

MEDIAÇÃO ENQUANTO  
POLÍTICA PÚBLICA:

*a teoria, a prática  
e o projeto de lei*



ORGANIZADORES

FABIANA MARION SPENGLER  
THEOBALDO SPENGLER NETO



**MEDIAÇÃO ENQUANTO POLÍTICA PÚBLICA:  
a teoria, a prática e o projeto de lei**



Reitor

**Vilmar Thomé**

Vice-Reitor

**Eltor Breunig**

Pró-Reitora de Graduação

**Carmen Lúcia de Lima Helfer**

Pró-Reitor de Pesquisa  
e Pós-Graduação

**Rogério Leandro Lima da Silveira**

Pró-Reitor de Administração

**Jaime Laufer**

Pró-Reitor de Planejamento  
e Desenvolvimento Institucional

**João Pedro Schmidt**

Pró-Reitora de Extensão  
e Relações Comunitárias

**Ana Luisa Teixeira de Menezes**

#### **EDITORA DA UNISC**

Editora

**Helga Haas**

#### **COMISSÃO EDITORIAL**

Helga Haas - Presidente

Rogério Leandro Lima da Silveira

Ademir Muller

*Cristina Luisa Eick*

*Eunice Terezinha Piazza Gai*

*Mônica Elisa Dias Pons*

*Sérgio Schaefer*

*Valter de Almeida Freitas*



Avenida Independência, 2293

Fones: (51) 3717-7461 e 3717-7462 - Fax: (051) 3717-7665

96815-900 - Santa Cruz do Sul - RS

E-mail: [editora@unisc.br](mailto:editora@unisc.br) - [www.unisc.br/edunisc](http://www.unisc.br/edunisc)

**Organizadores:  
FABIANA MARION SPENGLER  
THEOBALDO SPENGLER NETO**

**MEDIAÇÃO ENQUANTO POLÍTICA PÚBLICA:  
a teoria, a prática e o projeto de lei**

**Santa Cruz do Sul  
EDUNISC  
2010**

© Copyright: *Dos autores*  
1ª edição 2010

Direitos reservados desta edição:  
Universidade de Santa Cruz do Sul

Editoração: Clarice Agnes, Julio Mello

M489	Mediação enquanto política pública [recurso eletrônico] : a teoria, a prática e o projeto de lei / organizadores: Fabiana Marion Spengler, Theobaldo Spengler Neto. - 1.ed. - Santa Cruz do Sul : EDUNISC, 2010.  Dados eletrônicos. Texto eletrônico. Modo de acesso: World Wide Web: < <a href="http://www.unisc.br/edunisc">http://www.unisc.br/edunisc</a> > Bibliografia.  1. Mediação. 2. Mediação familiar. 3. Mediadores. 4. Políticas públicas. I. Spengler, Fabiana Marion. II. Spengler Neto, Theobaldo.  CDDdir: 341.162
------	---

Bibliotecária: Muriel Esperança Thürmer CRB10/1558

ISBN 978-85-7578-290-3

*“Posto diante de todos estes homens reunidos, de todas estas mulheres, de todas estas crianças (sede fecundos, multiplicai-vos e enchei a terra, assim lhes fora mandado), cujo suor não nascia do trabalho que não tinham, mas da agonia insuportável de não ter, Deus arrependeu-se dos males que havia feito e permitido, a um ponto tal que, num rebento de constrição, quis mudar o seu nome para um outro mais humano.*

*Falando à multidão, anunciou:*

*"A partir de hoje chamar-me-eis justiça".*

*E a multidão respondeu-;lhe:*

*"Justiça nós a temos, e não nos atende."*

*Disse-lhes Deus:*

*"Sendo assim, tomarei o nome de Direito."*

*E a multidão tornou a responder-lhe:*

*"Direito, já nós o temos, e não nos conhece".*

*E Deus:*

*"Nesse caso, ficarei com o nome de Caridade, que é um nome bonito."*

*Disse a multidão:*

*"Não necessitamos de caridade, o que queremos é uma Justiça que se cumpra e um Direito que nos respeite".*

*(José Saramago)*

## SUMÁRIO

PREFÁCIO .....	8
APRESENTAÇÃO .....	13

### PRIMEIRA PARTE - A TEORIA E A PRÁTICA DA MEDIAÇÃO

CAPÍTULO I MEDIAÇÃO: UM RETROSPECTO HISTÓRICO, CONCEITUAL E TEÓRICO Fabiana Marion Spengler .....	17
CAPÍTULO II A MEDIAÇÃO SUAS TÉCNICAS E SEUS ESTÁGIOS: A PRÁTICA MEDIATIVA COMO MEIO INOVADOR DE TRATAR CONFLITOS Fabiana Marion Spengler .....	58
TRANSFORMAÇÃO DE CONFLITOS, CONSTRUÇÃO DE CONSENSO E A MEDIAÇÃO – A COMPLEXIDADE DOS CONFLITOS Lilia Maia de Moraes Sales .....	85
MÍDIA, VIOLÊNCIA E MEDIAÇÃO Eligio Resta .....	102
CONFLITOS FAMILIARES E TÉCNICAS DE DESINCENTIVAÇÃO DA “LITIGATION”. A MEDIAÇÃO FAMILIAR NA EXPERIÊNCIA EUROPÉIA Virgínia Zambrano .....	107

### SEGUNDA PARTE - COMENTÁRIOS AO PROJETO DE LEI Nº. 4.827/1998, QUE INSTITUI A MEDIAÇÃO

CAPÍTULO I DISPOSIÇÕES GERAIS Tamires Becker Ferreira, Adam Hasselmann Teixeira .....	133
---	-----

<b>CAPÍTULO II</b> <b>DOS MEDIADORES</b> Ana Paula Kern, Milene Schlösser Rehbein , Michele Matiello Camargo .....	151
<b>CAPÍTULO III</b> <b>DO REGISTRO DE MEDIADORES E DA FISCALIZAÇÃO E CONTROLE DA</b> <b>ATIVIDADE DE MEDIAÇÃO</b> Lizana Leal Lima, Theobaldo Spengler Neto, Iedo Loureiro Junior .....	178
<b>CAPÍTULO IV</b> <b>DA MEDIAÇÃO PRÉVIA</b> Fabiana Marion Spengler, Eduardo Henrique Wartschow .....	196
<b>CAPÍTULO V</b> <b>DA MEDIAÇÃO INCIDENTAL</b> Sandro Seixas Trentin, Taise Rabelo Dutra, Sheila Marione Uihmann.....	219
<b>CAPÍTULO VI</b> <b>DISPOSIÇÕES FINAIS DO PROJETO DE LEI DE MEDIAÇÃO</b> Theobaldo Spengler Neto .....	249



## PREFÁCIO

Mediação? Como assim? Essa foi a pergunta que fiz à Professora Ada Pellegrini Grinover em setembro de 1998 quando vim passar uma semana no Brasil, interrompendo meus estudos na *Università Degli Studi di Milano*, na Itália. Fiz a pergunta porque nós tínhamos uma reunião em seu escritório, em São Paulo, e ela me disse para que ficasse por lá mais um pouco, pois depois de nosso encontro ela receberia os membros da comissão que estava elaborando um anteprojeto de lei que disciplinaria a mediação no Brasil. Mediação, perguntei-lhe, como assim? Mediação, disse a professora, fique e você conhecerá o trabalho que estamos fazendo. Foi assim que eu tive contato pela primeira vez com o tema da mediação, conforme hoje se conhece difusamente esse vocábulo, não somente no Brasil, mas no mundo afora. Trata-se, em resumo, de um MECANISMO DE INCENTIVO À AUTOCOMPOSIÇÃO.

Permaneci na companhia da ilustre professora e participei da reunião. Ali estavam, além da Professora Ada Pellegrini Grinover, que presidia a comissão, o advogado José Carlos de Melo Dias e os professores Arruda Alvim, Kazuo Watanabe, José Rogério Cruz e Tucci, Carlos Alberto Carmona, Sidnei Beneti e Antônio Carlos Mathias Coltro. Também fazia parte da comissão a Professora e hoje Ministra Fátima Nancy Andrichi, que foi a pioneira sobre o tema no Brasil, a coordenadora dos primeiros estudos e trabalhos e a incentivadora da criação da comissão. Tudo, porém, foi realizado sob a batuta do grande maestro Sálvio de Figueiredo Teixeira, renomado processualista, que, à época, além de Ministro do Superior Tribunal de Justiça, era o Presidente da Escola Nacional da Magistratura e Diretor do Instituto Brasileiro de Direito Processual. A comissão de mediação foi instituída por Sálvio Figueiredo em nome dessas duas instituições.

Voltei para a Itália com novos planos de estudo. Resolvi ampliar meu trabalho sobre a transação penal, para incluir, também, a civil; e passei a denominá-lo MECANISMOS DE INCENTIVO À AUTOCOMPOSIÇÃO CIVIL E PENAL. Ao voltar ao Brasil, percebi que os trabalhos restaram paralisados, por falta de meios políticos de levar adiante o anteprojeto. Tudo ficou parado por alguns anos, até que o IBDP – Instituto Brasileiro de Direito Processual resolveu retomá-lo, reformulando e atualizando o texto, tarefa que coube a mim e aos professores Ada Pellegrini, Athos Gusmão Carneiro e Carlos Alberto Carmona. Escrito e reescrito o texto final, o entregamos ao Ministro da Justiça, Márcio Thomaz Bastos, que lhe deu grande acolhida, com a condução dos trabalhos pela recém criada Secretaria de Reforma do Judiciário, conduzida pelos advogados Sergio Renault e Pierpaolo Bottini.

Na época, existia pendente de apreciação pelo Senado Federal o Projeto de Lei 4.827/98, de autoria da Deputada paulista Zulaiê Cobra. O projeto era simples e com apenas seis artigos definia o conceito de mediação, quem poderia ser mediador, a mediação judicial e extrajudicial, a obrigação de o juiz incentivar o acordo e que o acordo extrajudicial poderia ser homologado em juízo mesmo que não existisse qualquer processo. O melhor do projeto vinha em sexto e último artigo, estabelecendo que o interessado, ANTES DE AJUIZAR UMA DEMANDA, poderia requerer ao juiz a intimação da parte contrária para comparecer a uma audiência de conciliação ou mediação.

Diante da existência desse projeto, a Secretaria de Reforma do Judiciário convocou o IBDP e o grupo que redigiu o projeto Zulaiê, solicitando-lhes que fosse realizado um acordo para a fusão dos dois textos. Sergio Renault deu o exemplo, foi o primeiro mediador e aproximou os dois grupos “pais da ideia”. O acordo foi feito em apenas duas reuniões e umas taças de vinho, após um simples almoço, no próprio local de trabalho, nas dependências do IBEP, escola jurídica por mim dirigida em Brasília.

No Ministério da Justiça foi realizada uma audiência pública, na qual a Deputada Federal Zulaiê Cobra e a Presidente do IBDP, Ada Pellegrini Grinover, apresentaram a versão consensuada do projeto de lei. Na ocasião foram ouvidos diversos setores da sociedade, em especial as pessoas que já se dedicavam à mediação no Brasil, como Tânia Almeida e Adolfo Braga.

Ainda realizamos várias reuniões na Secretaria de Reforma do Judiciário, onde debati pessoalmente com representantes de vários órgãos do governo.

Depois disso, errou a Secretaria de Reforma do Judiciário. Ao invés de solicitar ao Presidente da República que apresentasse um Projeto de Lei, como é de costume, resolveu entregar o texto final consensuado ao Senador Pedro Simon, pelo simples motivo de ele ser o relator no Senado do Projeto Zulaiê, já aprovado na Câmara, solicitando-lhe que apresentasse o texto como substitutivo do Senado Federal. Esse erro custou caro. O Senador demorou muito em estudos e aceitou sugestões e pressões de pessoas que claramente demonstravam interesses egoístas de prevalecer suas ideias isoladas. Além disso, vários setores da sociedade tentaram influenciar, desde psicólogos, que não queriam que os mediadores fossem advogados, até juízes que até hoje querem manter uma espécie de monopólio judicial da conciliação.

Com muitas modificações, o anteprojeto consensuado do IBDP foi aprovado no Senado Federal e retornou à Câmara dos Deputados em 13 de julho de 2006. Foi designado Relator o Deputado José Eduardo Cardozo, que apresentou em tempo recorde seu voto pela aprovação integral do projeto modificado pelo Senado. Mas até hoje está parado no plenário da Câmara Federal.

O problema maior do projeto (e nesse ponto temos que fazer o “*mea culpa*”) é que ele confere muitas atribuições aos tribunais de justiça e à Ordem dos Advogados, mas essas instituições não participaram oficialmente da elaboração do projeto, embora tudo tenha começado na Escola Nacional da Magistratura, entidade ligada à AMB. Por falta dessa participação é que o Conselho Nacional de Justiça encaminhou Nota Técnica ao Senado Federal, solicitando a rejeição do projeto de lei.

Essa é a história (até agora) do Projeto de Lei comentado brilhantemente no livro que tenho a honra de prefaciá-lo, coordenado pelos professores Fabiana Marion Spengler e Theobaldo Spengler Neto. A obra tem em especial a qualidade intelectual de seus autores, que é de logo percebida quando da leitura dos textos. Mas todos têm ampla experiência na pesquisa e na prática do tema discorrido no livro. À qualidade dos autores e à clareza dos textos, soma-se a didática e a profundidade com que os problemas são analisados.

O livro é efetivamente dedicado a comentar o Projeto de Lei de Mediação, cuja história eu procurei resumir acima. A obra é bem inaugurada por uma parte inicial dedicada à definição da mediação e à apresentação de algumas de suas técnicas de trabalho.

É importante notar que a mediação é uma prática antiga porque ela é inerente à natureza humana. Sempre que tenho oportunidade (e essa é uma delas), tenho prazer em criticar quase todos os autores dos manuais de direito processual civil, quando afirmam, sem fundamento científico, que a forma primitiva de solução de conflitos é a autotutela, ou seja, a resolução do conflito por imposição de uma das partes, normalmente realizada por meio da força física, da astúcia ou de outro meio qualquer que proporcione a um dos envolvidos fazer valer o seu interesse sobre o de outra pessoa. Não creio nisso. Para mim (também sem fundamento antropológico, mas com base em ilações razoavelmente inteligentes) o homem começa sua vida em sociedade operando tanto a autotutela quanto a autocomposição.

Querer resolver seus conflitos pela força faz parte da natureza egoísta do ser humano, mas é também inerente a essa natureza a vontade de viver em paz com seus semelhantes, buscando resolver pacificamente seus conflitos. Não creio que o homem da caverna, ao ver uma caça, batia com uma pedra na cabeça do companheiro para saciar somente a sua fome. Creio que desde os primórdios da humanidade, o homem também aprendeu a conviver, unindo-se para caçar e para dividir a caça. Da mesma forma não é improvável que líderes tenham surgido nos grupos sociais primitivos e que tais líderes logo tenham se dedicado a resolver os conflitos entre quaisquer integrantes. Em resumo, é idêntica a probabilidade de serem contemporâneos os três meios de solução de conflitos: autotutela, autocomposição e heterocomposição.

A autocomposição se destaca nesta virada de milênio, não só pelo esgotamento da prestação jurisdicional do estado (como afirmam muitos autores), mas porque nela se resgata algo que é inerente à natureza humana. Quero dizer que a autocomposição é um excelente meio de solução de conflitos, ainda se (ou onde) a Justiça estatal for maravilhosamente administrada e realizada, com eficiência, presteza e rapidez. Por esse raciocínio é que afirmo que a mediação, como mecanismo para obtenção da autocomposição, não deve ser pregada e praticada como um substituto da jurisdição estatal, muito menos por afirmar que esta não vem sendo realizada a contento. Se assim fosse, bastaria que a jurisdição começasse a funcionar bem e os fundamentos da mediação estariam destruídos. Para mim, se a Justiça estatal começar a funcionar muito bem e a tempo razoável (como quer a Constituição Federal), a mediação será ainda mais eficiente e necessária. Sobretudo porque não será praticada apenas por frustração, mas por opção. É nesse sentido que muitos dizem que mediação não é um “meio alternativo” de solução de controvérsias, mas sim um MEIO ADEQUADO.

Ainda não há estudos suficientes para afirmar a eficácia sociológica da mediação, mas não tenho dúvidas em prever que uma sociedade é mais sadia na proporção em que seus integrantes resolvem sozinhos os seus próprios problemas. Privar o ser humano da possibilidade de resolver seus conflitos é mantê-lo sob tutela, é tolher sua liberdade. Quem pensa que o juiz ou árbitro sabe decidir melhor os conflitos do que os próprios envolvidos tem uma concepção de dignidade humana muito deficiente, ultrapassada e tacanha. O homem é capaz. Ele é o melhor para conhecer seus problemas e para decidir seu destino. Em termos populares se diz: “eu que sei onde dói o meu calo”.

Todavia, a sociedade ainda não logrou (será se um dia logrará?) alcançar a tão sonhada igualdade. Uns são mais ricos do que muitos. Outros poucos são

muito mais fortes do que a maioria. E ainda há os que são ricos e fortes ao mesmo tempo, convivendo com pobres e fracos. Fraqueza e pobreza, aqui, se diz a título de resumo ilustrativo, ou seja, são muitas as características que fazem a desigualdade; fraqueza e pobreza são apenas os termos mais simples e genéricos que encontro para expressá-la. Para entender a mediação é imprescindível conhecer a desigualdade humana. Para mediar duas pessoas é imprescindível observar se a desigualdade não está sendo um fator decisivo para macular a liberdade de decisão, que se expressará no acordo a ser realizado. Onde a desigualdade não é anulada não há lugar para a mediação. Do contrário se estará diante dos denominados vícios da vontade, ou melhor, dos defeitos do negócio jurídico. É importante o alerta: mediação só acontece entre pessoas livres e que estão agindo com verdadeira liberdade ao transacionar, quer dizer, ao realizar concessões recíprocas. O alerta é para evitar que o acordo seja em realidade uma autotutela travestida de autocomposição.

Voltemos ao Projeto de Lei, tão bem comentado pelos autores desta obra. O Projeto trata de um *tertium genus*: a MEDIAÇÃO PARAPROCESSUAL. Como perguntei à Professora Ada em 1999, agora muitos hão de perguntar: Paraprocessual? Como assim? É que mediação é um mecanismo eminentemente extraprocessual, ou melhor, um mecanismo não processual. Ele está fora do processo (extra), mas em uma situação em que não há e nem haverá processo judicial. Por esse motivo ultimamente eu tenho preferido dizer: mediação é um mecanismo não processual. Em termos populares diria: mediação nada tem a ver com processo judicial. Nem sequer é adequado falar em mediação judicial.

Isso porque eu procuro definir critérios científicos para distinguir MEDIAÇÃO de CONCILIAÇÃO.<sup>1</sup> Para mim mediação se aplica bem aos conflitos LATENTES e EMERGENTES, enquanto a conciliação se aplica melhor aos conflitos MANIFESTOS.<sup>2</sup> Nas palavras de FISHER, URY e PATTON, mediação vai melhor quando ainda NÃO HÁ POSIÇÕES.<sup>3</sup>

Outra distinção, muito difundida, mas nem sempre bem explicada, é a técnica ou as técnicas que são aplicadas na mediação e na conciliação. Não falo somente do fato de o mediador não manifestar proposta de acordo, mas de toda a técnica utilizada para chegar à finalidade de um e de outro mecanismo, pois seus escopos são distintos e distantes. Isso se constitui em uma terceira distinção. O escopo da conciliação é resolver o conflito. O escopo da mediação é pacificar pessoas (ainda que sejam pessoas jurídicas). Ora, para se explicar bem que a técnica da mediação exige que o mediador não faça propostas, é importante destacar o alvo a que se pretende chegar. Não é possível aproximar pessoas quando não se lhes permite formular propostas e buscar soluções sem interferências de quem quer que seja. O mediador é aquele que apenas faz nascer um diálogo produtivo onde não existia diálogo ou onde o diálogo que existia está morrendo de inanição. O mediador é o que promove a negociação direta. Mediação é uma negociação incentivada e auxiliada.

---

<sup>1</sup> Ver CALMON, PETRÔNIO, *Fundamentos da conciliação e da mediação*, Forense, 2007.

<sup>2</sup> Essa é a classificação de conflitos que nos ensina CHRISTOPHER MOORE, *El proceso de mediación*.

<sup>3</sup> Cf. FISHER, Roger. URY, William. PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim*. Rio de Janeiro: Imago. 2ª ed. 1994.

Desse escopo nasce uma quarta distinção: a mediação é mais recomendada para conflitos em relações continuadas, enquanto a conciliação vai melhor para os conflitos em relações eventuais. Por isso se diz que o mecanismo da conciliação apenas põe fim ao conflito, não logrando grande êxito em conciliar as pessoas nele envolvidas. Afinal estão envolvidas em um conflito surgido em relações eventuais (como um acidente de trânsito). É menos difícil resolver um conflito dessa natureza, como, por exemplo, em acidentes de trânsito, com danos apenas materiais. Em casos assim, as pessoas não se conheciam e provavelmente nunca mais se encontrarão. Não há uma relação pessoal abalada ou destruída pelo conflito. A mediação, nessa hipótese, não é necessária. Mas, tratando-se de pessoas que se relacionam cotidianamente, a mediação é mais indicada, pois não basta resolver a situação de hoje (ou de ontem), mas sim promover um ambiente seguro para a relação futura. Observo que relações continuadas ocorrem desde aquelas entre pessoas da mesma família, do mesmo trabalho ou do mesmo bairro, como entre empresas que costumeiramente fazem negócios entre si. A ambas interessa manter o bom relacionamento, para que novos negócios possam ser realizados.

Diante de todo esse quadro distintivo, como realizar mediação em um ambiente judicial? Eu digo mediação, não falo de conciliação. Quando falo em ambiente judicial quero dizer que as pessoas ali estão depois que uma delas já firmou posições, as expôs em uma petição inicial na forma de pedidos concretos e já apresentou seus argumentos dizendo-se certo e afirmando os erros daquele que passa a ser seu adversário (parte contrária). Há um ou vários pedidos específicos. Qualquer solução que não lhe contente totalmente será considerada uma derrota. Se a parte contrária (réu) contesta tudo, qualquer pedido do autor reconhecido pelo juiz será considerada uma derrota para ele (o réu). Como mediar? Como desarmar as partes? Como fazer isso em uma sala decorada à moda imperial? Com o juiz lá em cima, mostrando-se autoridade, quase sempre vestido com uma mortalha preta? O ambiente judicial não é bom para mediar. É bom para conciliar. É bom para chamar as partes para um diálogo produtivo com o objetivo claro de pôr fim àquele conflito apresentado formalmente. Se você pede 10 e o outro diz que paga 3, por que não fecham negócio em 6,5?

Criou-se, então, a ideia de mediação paraprocessual, um novo mecanismo, que não é mediação e não é conciliação. Tem traços dos dois. Da conciliação, óbvio, herdou o fato de que as posições já foram firmadas e o conflito já não é latente nem emergente, mas formal e objetivamente manifesto. Mas da mediação pode ganhar o escopo e a técnica. Por isso o projeto estabelece que a mediação será realizada bem longe do ambiente judicial.

Para saber mais, é só ler as páginas seguintes. Os SPENGLER e seu grupo explicam tudo muito bem. Espero que, assim como eu, os leitores também gostem do livro e o aproveitem para conhecer melhor o fenômeno da mediação. Espero, ainda, que o debate que se faz aqui sobre o Projeto de Lei da Mediação possa influenciar aqueles que efetivamente têm a responsabilidade de aprová-lo.

Brasília, novembro de 2009

Petronio Calmon

Doutor em Direito Processual pela Universidade de São Paulo – USP  
Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP  
Procurador de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

## APRESENTAÇÃO

O livro que agora se apresenta envolve o estudo das possibilidades de construir um novo modelo de tratamento<sup>4</sup> de conflitos, diante do exaurimento das formas tradicionais de agir da jurisdição, incapaz de lidar com a complexidade<sup>5</sup> multifacetária das relações sociais contemporâneas, marcado por um ambiente de crise(s) das instituições modernas.

Nesse contexto de crise, evidencia-se a preocupação com a efetividade/qualidade da prestação jurisdicional cujo modelo conflitual se caracteriza pela oposição de interesses entre as partes, que esperam pelo Estado (terceiro autônomo, neutro e imparcial) que deve dizer a quem pertence o direito. Atualmente, a tarefa de “dizer o direito” encontra limites na precariedade da jurisdição moderna, incapaz de responder às demandas contemporâneas produzidas por uma sociedade que avança tecnologicamente, permitindo o aumento da exploração econômica, caracterizada pela capacidade de produzir riscos sociais e pela incapacidade de oferecer-lhes respostas a partir dos parâmetros tradicionais.

De outro lado, o Judiciário foi organizado para atuar dentro de determinados limites estruturais, tecnológicos, pragmáticos e metodológicos, muito aquém da complexidade conflitiva que lhe ocorre. Conseqüentemente, em meio aos aspectos multifacetários que marcam as relações sociais atuais, é preciso buscar estratégias consensuadas de tratamento das demandas, dentre elas a mediação, não operando somente com a lógica do terceiro estranho às partes (juiz), mas buscando a instituição de outra cultura, que trabalhe com a concepção de fomento à constituição autonomizada do litígio.

Esses mecanismos consensuais de tratamento de conflitos precisam ter como escopo (além da celeridade processual, da proximidade entre o cidadão e a justiça,

---

<sup>4</sup> Aqui, utilizar-se-á a expressão “tratamento” em vez de “resolução” de conflitos, justamente por entender que os conflitos sociais não são “solucionados” pelo Judiciário no sentido de resolvê-los, suprimi-los, elucidá-los ou esclarecê-los. Isto porque “a supressão dos conflitos é relativamente rara. Assim como relativamente rara é a plena resolução dos conflitos, isto é, a eliminação das causas, das tensões, dos contrastes que os originaram (quase por definição, um conflito social não pode ser “resolvido”).” (BOBBIO, Norberto; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Tradução de Carmem C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cascais e Renzo Dini. 12. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2004, p. 228, BOLZAN DE MORAIS, José Luiz; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008 e SPENGLER, Fabiana Marion. *Da jurisdição à mediação: por uma outra cultura no tratamento dos conflitos*. Ijuí: UNIJUÍ (2010). Por conseguinte, a expressão “tratamento” torna-se mais adequada enquanto ato ou efeito de tratar ou medida terapêutica de discutir o conflito buscando uma resposta satisfativa.

<sup>5</sup> Importante é ressaltar que a expressão “complexidade” vem aqui utilizada como maneira de qualificar a sociedade atual destacando os diversos elementos diferenciados que a compõem e que lhe conferem uma forma intrincada e multifacetada. Assim, não se pretende trabalhar com categorias da Teoria dos Sistemas, dentre as quais está a “complexidade”, sendo lá entendida como aquilo que “indica el hecho de que no todos los elementos de dicha unidad pueden estar simultáneamente en relación com ellos mismos. Así, la complejidad significa que para actualizar las relaciones entre los elementos es necesaria una selección...” (CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. Traducción de Miguel Romero Pérez, Carlos Villalobos. México: Iberoamericana, 1996, p. 43).

da informalidade e da diminuição de custos) principalmente o rompimento da barreira de caráter triádico da jurisdição tradicional (partes mediadas por um terceiro que impõe a decisão) para assumir uma postura dicotômica, na qual a resposta à demanda seja construída pelos próprios litigantes. Para tanto é que se propõe a mediação como modelo de tratamento de conflitos capaz de lidar com a atual complexidade, assentada e, ao mesmo tempo, voltada à potencialização da democracia e do consenso que possibilite à sociedade a reapropriação do conflito não para negá-lo, uma vez que é inerente aos homens, mas para responder a ele por meio de construções autônomas e consensuadas.

Partindo dessas premissas nasceu o grupo de pesquisa intitulado “**Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos**”, cujo projeto tem por objetivo delinear alguns contornos básicos para a viabilização de um espaço de reflexão a partir das linhas de pesquisas e área de concentração do Programa de Mestrado e da Graduação em Direito da UNISC. De pronto importa destacar que o presente grupo de pesquisa está vinculado ao CNPq e tem como líder a Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Fabiana Marion Spengler e como vice-líder o Prof. Ms. Theobaldo Spengler Neto. Importa salientar também que o grupo de pesquisa ora em comento se encontra inserido na linha de pesquisa do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da UNISC nominada Políticas Públicas de Inclusão Social.

O grupo surgiu como uma construção continuada e presencial de acadêmicos da graduação e da pós-graduação, docentes e discentes, interligados por uma liderança administrativa e pedagógica horizontal. Assim, os seus integrantes gravitam em torno de uma problemática de pesquisa definida, tendo como ponto de início as mais variadas trocas de técnicas de estudo e de experiências. Essas trocas objetivaram o aperfeiçoamento acadêmico e a produção científica. Nesses termos, a metodologia de trabalho foi presencial, com reuniões quinzenais, com ênfase na troca de experiências e na discussão proveitosa.

O grupo de pesquisa se propôs a alcançar os seguintes objetivos: **a)** num primeiro momento, delimitar e discutir o desempenho da função jurisdicional do Estado, para, em seguida, identificar outras estratégias de tratamento que se abrem em face da complexidade dos conflitos sociais contemporâneos, propondo-se, para tanto, um modelo de abordagem desses conflitos, assentado numa perspectiva consensuada; **b)** demarcar os contornos fundacionais dos modelos de Estado e Jurisdição definindo seus pontos de exaurimento; **c)** perscrutar a natureza multifacetária da complexidade das relações sociais que determinam as transformações da jurisdição; **d)** propor a constituição de uma nova cultura performativa ao Estado-juiz e à jurisdição em face das mutações sociais, fundada na construção do consenso; **e)** investigar, na atual inserção social, a possibilidade de utilização da mediação como meio consensual e democrático para o tratamento de conflitos sociojurídicos.

Os primeiros objetivos geraram estudos, pesquisas e discussões. O último, de modo mais direto, deu origem ao presente livro que nada mais é do que o fruto da pesquisa e do amadurecimento de seus integrantes. Desse modo, o livro que agora se apresenta foi todo escrito pelos integrantes do grupo de estudos já citado e vem composto de duas partes: **a)** a primeira, que debate a teoria e a prática da mediação, composta por cinco capítulos que apontam para o histórico da mediação; a diferenciação entre esta e as demais estratégias de tratar os conflitos; para as técnicas e os estágios da mediação; para as relações entre conflito,

consenso e mediação; para as formas como essa vem sendo tratada no contexto europeu e finalmente para as relações entre a mídia, a violência e a mediação; **b)** a segunda parte vem constituída por seis capítulos que debatem de forma direta, artigo por artigo, o Projeto de Lei de mediação apontando seus pontos positivos e negativos.

Atrelado ao grupo de pesquisa foi elaborado um projeto que se intitulou: “Mediação de conflitos para uma justiça rápida e eficaz”. O projeto conta com a coordenação de Fabiana Marion Spengler e com a participação de Theobaldo Spengler Neto, Eligio Resta e Lilia Maia de Moraes Sales, entre outros. Toda a pesquisa realizada no projeto em comento foi financiada pelo Edital Universal do CNPq/2009 (processo 470795/2009-3) e pelo Edital Recém Doutor da FAPERGS 03/2009 (processo 0901814) o que viabilizou a aquisição de material de consumo, de expediente, livros e a reunião de seus autores para que os textos pudessem ser escritos e organizados. Desse modo, o presente livro é uma conjunção de esforços dos autores que, atrelada ao financiamento dos órgãos de fomento suprarreferidos, deu origem ao texto.

Assim, o que se pretende com o atual conjunto de textos é demonstrar a importância da pesquisa para a formação de uma nova cultura jurídica que vá além do processo tradicional e que fomente o consenso entre as partes. Esse é um pequeno e modesto passo que pode, agregado a tantas outras iniciativas, construir uma proposta de tratamento dos conflitos que seja ao mesmo tempo mais rápida, eficaz, mas, principalmente, mais humana.



**PRIMEIRA PARTE**

**A TEORIA E A PRÁTICA DA MEDIAÇÃO**



## CAPÍTULO I

### MEDIAÇÃO: UM RETROSPECTO HISTÓRICO, CONCEITUAL E TEÓRICO

*Fabiana Marion Spengler<sup>6</sup>*

#### 1 ASPECTOS HISTÓRICOS DA MEDIAÇÃO<sup>7</sup>

Embora ainda pouco conhecida e de escassa aplicabilidade no hodierno contexto jurisdicional, a mediação, contrário ao que se possa eventualmente pensar, não é técnica recente entre os meios de tratamento de conflitos, possuindo uma longa história e confundindo-se com as primeiras civilizações do mundo.

Seu aparecimento remonta às primeiras sociedades existentes e se encontra como uma das primeiras formas hábeis de resolver os conflitos, muito antes do surgimento do Estado como um ente politicamente organizado e monopolizador da tutela jurisdicional.

A necessidade de desbravar o passado, mais do que puramente doutrinário, é refletida no próprio objetivo de entendermos a mediação atualmente. Todas as coisas são fruto de um passado, de uma experiência anterior, e com a mediação não é diferente. Já dizia Maximiliano<sup>8</sup> que, “não é possível manejar com desembaraço, aprender a fundo uma ciência que se relacione com a vida do homem em sociedade, sem adquirir antes o preparo propedêutico indispensável”. É o caso.

Destaca Cachapuz<sup>9</sup> que, de tão antigo que é o instituto da mediação, “sua existência remonta aos idos de 3000 a.C, na Grécia, bem como no Egito, Kheta, Assíria e Babilônia, nos casos entre as Cidades-Estados”.

Indubitavelmente, a presença da mediação mostrava-se no seio de quase todas as culturas mundiais, sendo legitimada pelas respectivas comunidades locais como forma eficaz e preponderante na resolução dos conflitos. Christopher Moore<sup>10</sup> preleciona que “culturas judaicas, cristãs, islâmicas, hinduístas, budistas, confucionistas e muitas culturas indígenas têm longa e efetiva tradição na prática da mediação”.

---

<sup>6</sup> Doutora em Direito pelo programa de Pós-Graduação *stricto sensu* da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS – RS, mestre em Desenvolvimento Regional, com concentração na área Político-Institucional da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC – RS, docente dos cursos de Graduação e Pós-Graduação *lato e stricto sensu* da última instituição, coordenadora do grupo de pesquisa “Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos”, vinculado ao CNPq.

<sup>7</sup> Importante ressaltar que o primeiro item do presente capítulo foi escrito em parceria com Eduardo Wartschow que também integra o rol de autores da obra.

<sup>8</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 8ª ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1965, p. 137

<sup>9</sup> CACHAPUZ, Rozane da Rosa. *Mediação nos conflitos & Direito de Família*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 24.

<sup>10</sup> MOORE, Christopher W. *O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos*. Porto Alegre: Artmed, 1998, p. 32

Aliás, é de importante lembrança que a jurisdição, como atualmente conhecida e experimentada no atual contexto histórico-social vivenciado pela sociedade, é fruto de uma longa e importante mudança cultural e histórica. Inexistia no passado o monopólio da tutela jurisdicional, no qual o Estado intervinha nas relações interpessoais privadas, a fim de restabelecer a paz social e dizer o direito. Se hodiernamente a função jurisdicional é responsabilidade do Estado, que a exerce em caráter exclusivo e indelegável<sup>11</sup>, no passado a resolução dos conflitos era distribuída de forma nada unânime, de acordo com a cultura local e de suas tradições, através de intervenção de mediadores ou árbitros.

Especificamente sobre a mediação, tem-se notícia de que a Igreja Católica, através de seus representantes, atuava como mediadora entre seus seguidores, sendo a principal organização de mediação até a Renascença, cabendo ao clero mediar conflitos familiares, criminais e disputas entre a nobreza<sup>12</sup>.

Noticia-se, igualmente, a mediação no direito romano, berço da legislação de muitos países. Na Roma antiga, o arcaico *Diritto Fecciali*, expressão caracterizadora de um direito e de uma justiça provida da fé e da religião, era uma das formas mais encontradas de resolução de conflitos, onde a base funcional era a mediação<sup>13</sup>.

Ademais, ainda no direito romano, havia a previsão do *in iure* e do *in iudicio*, sendo que o primeiro significava na presença do juiz enquanto o segundo significava na presença do mediador ou árbitro<sup>14</sup>.

Na China, durante o período de Confúcio (cerca de 550-479 a.C.), os chineses eram influenciados pelas ideias desse filósofo que “acreditava ser possível construir-se um paraíso na terra, desde que os homens pudessem se entender e resolver pacificamente seus problemas. Para ele existia uma harmonia natural nas questões humanas que não deveria ser desfeita por procedimentos adversariais ou com ajuda unilateral. Seu pensamento estabelecia que a melhor e mais justa maneira de consolidar essa paz seria através da persuasão moral e de acordos e nunca através da coerção ou mediante qualquer tipo de poder”<sup>15</sup>.

Por tal razão que nessa época, na China, a resolução de eventuais conflitos através do processo era considerada algo desonroso entre os chineses e que atentava contra a pacificação social<sup>16</sup>. Portanto, era sempre necessário que se encontrasse a solução do impasse através de técnicas conciliativas, cujo acordo fosse construção das partes e não da imposição coercitiva de outrem. Dessa forma, a mediação era amplamente utilizada na China e inserida culturalmente na comunidade chinesa, sendo, inclusive, técnica utilizada até hoje entre os meios de tratamento de conflitos.

Entretanto, embora muito antiga, a mediação, como técnica e sistema estruturado e organizado, tem seu aparecimento mais recentemente, apenas a

---

<sup>11</sup> Sobre o monopólio da jurisdição, importante leitura se faz de CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

<sup>12</sup> MOORE, Christopher W. *O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos*. Porto Alegre: Artmed, 1998, p. 32

<sup>13</sup> CACHAPUZ, Rozane da Rosa. *Mediação nos conflitos & Direito de Família*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 24.

<sup>14</sup> Ibidem, p. 24.

<sup>15</sup> RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *A prática da mediação e o acesso à justiça*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 64

<sup>16</sup> Ibidem, p. 64.

partir do século XX. Explica Moore<sup>17</sup> que “a prática moderna da mediação expandiu-se exponencialmente pelo mundo, sobretudo nos últimos 25 anos”.

Os Estados Unidos são o primeiro país a estruturar a mediação como uma forma alternativa de resolução de conflitos, a fim de evitar a burocracia forense, a morosidade processual, os altos custos judiciais, etc. “Coerente com a cultura liberal (que domina não só a política, a economia e a sociedade, mas também o direito), em um país onde não se aceitam facilmente barreiras à liberdade de contratar, não surgiram fortes obstáculos ou oposição política à prática dos mecanismos de solução extrajudicial dos conflitos”<sup>18</sup>. Dessa forma, não demorou muito em surgir leis que regulamentavam a mediação em diversos setores da sociedade norte-americana, inserindo, definitivamente, a mediação como forma de tratamentos de conflitos familiares, criminais, disputas entre vizinhos, etc. A partir de então, a mediação tem sido inserida em vários países, principalmente da Europa e em países desenvolvidos.

Exemplificativamente, a Grã-Bretanha conta com o serviço da mediação desde 1978, quando foi fundado o serviço de Mediação Familiar no país. A França também sempre se utilizou da mediação, mesmo que inexistisse previsão legal para tanto, sendo realizada por organizações profissionais em relação às lides trabalhistas e comunitárias. Apenas em 1995, com o advento da lei francesa 95-125 que foi regulamentada a mediação no país<sup>19</sup>. Em 1981 surge a mediação no Canadá, passando a fazer parte do próprio Tribunal de Justiça como um serviço público gratuito nas questões familiares<sup>20</sup>.

No Brasil, preleciona Cachapuz<sup>21</sup>, se tem notícia da mediação desde o século XII, embora nunca prevista em nossas legislações. Fagundes Cunha<sup>22</sup> ensina que “no decorrer do período monárquico e nos primórdios da República, o direito brasileiro conheceu, pois, a busca da prévia conciliação entre as partes, visando à preservação da paz e ao afastamento da eternização das lides judiciais”.(sic) Dessa forma, culturalmente, no passado, existia a tendência nacional de adotar os chamados meios alternativos, entre eles, a mediação, como forma de resolver as pendências existentes, embora ausentes, de forma concreta e explícita, normas regulamentadoras da mediação no Brasil.

## 2 A (RE)SOLUÇÃO JUDICIAL DE CONFLITOS NA ATUALIDADE

Em Hobbes, é possível discutir o contrato de sujeição firmado pelos homens entre si (fugindo do estado de natureza e da guerra de todos contra todos), criador

---

<sup>17</sup> MOORE, Christopher W. *O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos*. Porto Alegre: Artmed, 1998, p. 34.

<sup>18</sup> CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 174.

<sup>19</sup> CACHAPUZ, Rozane da Rosa. *Mediação nos conflitos & Direito de Família*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 25.

<sup>20</sup> Ibidem, p. 26.

<sup>21</sup> CACHAPUZ, Rozane da Rosa. *Mediação nos conflitos & Direito de Família*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 27.

<sup>22</sup> FAGUNDES CUNHA, J. S. Da mediação e da arbitragem endoprocessual. In: GENESIS. *Revista de Direito Processual Civil*. ano II. n. 6 (setembro-dezembro), p. 640.

do poder supremo de um governante. Esse contrato social consiste numa “transferência mútua de prerrogativas” e vem baseado nas leis da natureza que, primeiramente, determinam a busca pela paz, possibilitando que se contrate para obtê-la. Essa contratação garantiria segurança aos homens que estariam obrigados a cumprir os pactos que tivessem celebrado. Segundo Hobbes, nela reside a fonte e a origem da justiça, determinando que justo é o cumprimento do pacto e injusto seu descumprimento.

Porém, não se pode perder de vista que o pacto assim vigente entre as criaturas era artificial, e que, para se tornar duradouro, foi preciso um poder comum que as mantivesse em respeito e dirigisse as suas ações para o benefício de todos. Nesse contexto, a determinação era conferir toda a força e poder a um homem, ou a uma assembleia que pudesse reduzir todas as vontades humanas, por pluralidade de votos, a uma só vontade. Estava criada a República<sup>23</sup>, que poderia assumir três formas distintas: Monarquia, Democracia e Aristocracia.

Consequentemente, o contrato social que fez nascer a República, e com ela a Democracia, determinou o surgimento de regras de racionalização das disputas, objetivando cessar a violência e o caos. Surgiu como meio de garantir segurança e certeza aos homens, protegendo-os dos demais. Pretendeu, assim, evitar a discórdia original e a transgressão, perdendo, no entanto, a capacidade de, ao invés de recalcar a luta de todos contra todos, superá-la através da deliberação consensuada entre homens livres e autônomos.

Assim, o que os membros de uma unidade política esperam do poder é que ele assegure, como proclamava Hobbes, sua proteção contra as diversas ameaças que possam sacudir a sociedade. Mais exatamente, esperam não estar expostos à luta, ou seja, à violência arbitrária de uns contra os outros e ao temor permanente próprio do estado natural. O mínimo que se pode ganhar com a política é transformar a luta indistinta em combate regulamentado. Uma das maneiras de cumprir o papel de proteção consiste precisamente na transformação, dentro da sociedade, da luta indistinta e confusa em combate graças à regulamentação dos conflitos por convenções ou leis. Desse modo, o Estado tende a eliminar, na medida do possível, o combate, substituindo-o pela competição regrada pelo Direito, fora de toda a violência<sup>24</sup>.

O Estado toma para si o monopólio da violência legítima, alçando-se no direito de decidir litígios e chamando à possibilidade de aplacar a violência através de um sistema diverso do religioso e do sacrificial<sup>25</sup>, denominado Sistema Judiciário. Esse último se diferencia dos primeiros porque não é ao culpado que se voltam os olhos, mas à vítima não vingada, sendo preciso dar a ela uma satisfação meticulosamente

---

<sup>23</sup> Uma instituição que, mediante pactos recíprocos uns com os outros, foi criada por todos, de modo que ela pode usar a força de recursos de todos, da maneira que considerar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comuns (HOBBS, Thomas. *Leviatã ou a matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 148).

<sup>24</sup> FREUND, Julien. *Sociología del conflicto*. Traducción de Juan Guerrero Roiz de la Parra. Madrid: Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica. D.L., 1995, p. 69-70.

<sup>25</sup> Sobre o assunto, é de grande importância a obra de Renè Girard, na qual ele demonstra como o sacrifício possibilitava o distanciamento da violência, interpretando-o como violência substitutiva, reconhecendo em seu âmago uma verdadeira operação de transferência coletiva que se efetua às expensas da vítima e que investe as tensões internas, os rancores, a rivalidade, todas as agressões no seio da comunidade (GIRARD, Renè. *La violencia e il sacro*. Traduzione di Ottavio Fatica e Eva Czerkl. Milano: Adelphi, 2005).

calculada, que apagará os seus desejos de vingança sem acendê-los novamente. Não se trata de legislar a propósito do bem ou do mal, não se trata de fazer respeitar uma justiça abstrata; trata-se de preservar a segurança do grupo afastando a vingança, de preferência com uma reconciliação baseada na composição ou em qualquer outra que resulte possível, mediante um encontro predisposto de modo tal que a violência não volte a ocorrer. Tal encontro se desenvolverá em campo fechado, de forma regulada entre adversários bem determinados<sup>26</sup>.

Para que se entenda melhor esse processo, é importante distinguir entre situação polêmica e estado agonal. A primeira é refletida na violência aberta e direta. É uma situação conflitiva ou que corre o risco de chegar a sê-lo, pouco importando o grau de violência. A característica essencial da situação polêmica é que os opositores se enfrentam como inimigos<sup>27</sup>, o que quer dizer que se dão, mutuamente, o direito de se suprimir fisicamente. Já o estado agonal consiste naquela situação que logrou desativar os conflitos e substituí-los por outra forma de rivalidade, conhecida pelo nome de competição, de competência ou de concurso. Nesses termos, se assimila ao jogo. A característica essencial é que os rivais não se comportam como inimigos, e sim como adversários<sup>28</sup>, o que quer dizer que de antemão a violência e a intenção hostil estão excluídas, ainda que permaneça a possibilidade de vencer ou de cair frente ao outro competidor<sup>29</sup>.

No estado agonal, os meios de jogar são definidos de antemão, sendo que ambos os competidores renunciam ao ataque da integridade física recíproca. Os meios de definir tais regras circulam desde o estabelecimento de instituições até a criação do Direito. Tais regras servem para impor condutas e proibições aos rivais, bem como para determinar as condições de vitória. Em resumo, o estado agonal é o fundador de uma ordem reconhecida por todos, que não está na vontade discricionária do vencedor, como ocorre ao acabar um conflito violento. No entanto, a estabilidade do estado agonal é precária, podendo sofrer abalos. Na

<sup>26</sup> GIRARD, Renè. *La violenza e il sacro*. Traduzione di Ottavio Fatica e Eva Czerkl. Milano: Adelphi, 2005, p. 39.

<sup>27</sup> Eligio Resta define "inimigo" como aquele "che indica uno stato di inimicizia, diversa dal non essere amico, che si colloca, o è collocato fuori non si sa da cosa, ma sempre all'esterno di un interno: da un gruppo, da una comunità, da uno Stato, da una nazione. Egli è sempre fuori da qualcosa che blinda i suoi confini più o meno immaginari giustificandoli con qualche cogente necessità imposta da una geografia, da una politica o da una cultura, se non da un semplice stato d'animo. Il nemico quando viene *identificato*, serve persino a rafforzare i confini di un *inside*, di un territorio qualsiasi e di qualsiasi natura che conserverà sempre la caratteristica di un *Nomos der Erde* segnato dall'appropriazione di una terra (RESTA, Eligio. *Il diritto fraterno*. Roma-Bari: Laterza, 2005, p. 97).

<sup>28</sup> Giovanni Cosi diferencia adversário de inimigo salientando: L'avversario è infatti colui senza il quale, nel conflitto, io non esisto: solo dove lui è, anch'io posso veramente essere. Con lui ci si *confronta*. L'avversario mi permette infatti non solo di misurarmi con lui, ma anche con me stesso: mi fa scoprire i miei limiti le mie possibilità. L'avversario è come me: ha i miei stessi timore e le mie stesse speranze; imparando a conoscerlo, scoprendo la sua forza e le sue ragioni, i suoi punti deboli e le sue incongruenze, imparo a conoscere anche i miei. Perciò gli devo rispetto. Il nemico è invece colui che mi impedisce di esistere: dove lui è, io non posso essere. Con lui si combatte; fino alla resa, o all'annientamento (COSI, Giovanni. *Interessi, diritti, potere. Gestione dei conflitti e mediazione*. In: *Ars Interpretandi*. Padova: CEDAM, 2004. n. 9, p. 23).

<sup>29</sup> FREUND, Julien. *Sociología del conflicto*. Traducción de Juan Guerrero Roiz de la Parra. Madrid: Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica. D. L., 1995, p. 66-76.

tentativa de manter a ordem a qualquer custo, muitas vezes se lança mão do uso abusivo da coerção, fazendo da mesma um instrumento de opressão.

Nesses termos, o estado agonal objetiva a submissão da vida à regulamentação e ao Direito<sup>30</sup>. É conhecido como o “estado dos juízes”, pois busca no procedimento judicial a solução de rivalidades e de divergências políticas. Contudo, as dúvidas nascem da incerteza de que a instauração do estado agonal seja sempre desejável, temendo que ele possa determinar um conservadorismo social ao impor regras de flexibilidade e plasticidade rígidas que não atendam à complexidade social na qual estão inseridas<sup>31</sup>.

No momento em que o Sistema Judiciário (ou estado agonal, como quer Freund) passa a reinar absoluto como único meio de impor regras de tratamento de conflitos, dissimula - e ao mesmo tempo revela - a mesma vingança avistada nos sacrifícios religiosos, diferenciando-se somente pelo fato de que a vingança judicial não será seguida de outra, rompendo, assim, a cadeia vingativa<sup>32</sup>. Desse modo, o Poder Judiciário racionaliza a vingança, a subdivide e limita como melhor lhe parece e a manipula sem perigo, buscando uma técnica eficaz de prevenção da violência. Essa racionalização da vingança se apoia sobre a independência da autoridade judiciária que recebeu tal encargo, atribuição que ninguém discute. Assim, o Judiciário não depende de ninguém em particular, é um serviço de todos e todos se inclinam diante de suas decisões<sup>33</sup>.

Somente ao Poder Judiciário se atribui o direito de punir a violência porque possui sobre ela um monopólio absoluto. Graças a esse monopólio, consegue sufocar a vingança, assim como exasperá-la, estendê-la, multiplicá-la. Nesses termos, o sistema sacrificial e o Judiciário possuem a mesma função, porém o segundo se mostra mais eficaz, desde que associado a um poder político forte. Todavia, ao delegar a tarefa de tratamento dos conflitos ao Poder Judiciário - num perfeito modelo hobbesiano de transferência de direitos e de prerrogativas - o cidadão ganha, de um lado, a tranquilidade de deter a vingança e a violência privada/ilegítima para se submeter à vingança e à violência legítima/estatal, mas perde, por outro, a possibilidade de tratar seus conflitos de modo mais autônomo e não violento, através de outras estratégias.

Por conseguinte, a sociedade atual permanece inerte enquanto suas contendas são decididas pelo juiz<sup>34</sup>. Da mesma forma, como o cidadão de outrora

---

<sup>30</sup> Il dominio, la repressione dei conflitti con la forza o con la minaccia del ricorso alla forza, è un grande male politico che ogni cittadino dovrebbe sentire come tale, anche se non condivide la posizione di altri cittadini che riconoscono a esso una particolare priorità rispetto ai grandi mali (HAMPSHIRE, Stuart. *Non c'è giustizia senza conflitto*. Democrazia come confronto di idee. Traduzione di Giovanna Bettini. Milano: Feltrinelli, 2000, p. 64).

<sup>31</sup> Ibidem, p. 75-76.

<sup>32</sup> Por isso, segundo Eligio Resta, é confiado ao mecanismo judiciário não o exercício da virtude, mas a difícil tarefa de *dizer* a última palavra sobre os conflitos e, graças a isso, minimizar a violência, evitando o seu perpetuar. Depurada da retórica mais ou menos justificada, esta é a função que o sistema legal atribui ao juiz: interromper o conflito e decidir (RESTA, Eligio. *Il diritto fraterno*. Roma-Bari: Laterza, 2005, p. 38).

<sup>33</sup> GIRARD, Renè. *La violenza e il sacro*. Traduzione di Ottavio Fatica e Eva Czerkl. Milano: Adelphi, 2005, p. 40-41.

<sup>34</sup> La nostra cultura appartiene da tempo al gruppo di quelle che hanno deciso di delegare prevalentemente al diritto statale e ai suoi strumenti formali di decisione delle controversie la gestione dei conflitti sociali. Non importa se di civil o di common law, se accusatori o inquisitori, i nostri sistemi giuridici ci sembrano i soli capaci di garantire un livello accettabile di ordine e

que esperava pelo Leviatã para que ele fizesse a guerra em busca da paz, resolvesse os litígios e trouxesse segurança ao encerrar a luta de todos contra todos, atualmente vemos o tratamento e a regulação dos litígios serem transferidos ao Judiciário, esquecidos de que o conflito é um mecanismo complexo que deriva da multiplicidade dos fatores, que nem sempre estão definidos na sua regulamentação; portanto, não é só normatividade e decisão<sup>35</sup>.

Unidos pelo conflito, os litigantes esperam por um terceiro que o “solucione”. Espera-se pelo Judiciário para que diga quem tem mais direitos, mais razão ou quem é o vencedor da contenda. Trata-se de uma transferência de prerrogativas que, ao criar “muros normativos”, engessa a solução da lide em prol da segurança, ignorando que a reinvenção cotidiana e a abertura de novos caminhos são inerentes a um tratamento democrático.

Essa transferência de responsabilidades quanto à gestão do conflito se direciona ao juiz que o traduz na linguagem dele<sup>36</sup>. Desse modo, partindo do processo de racionalização weberiana, o Estado, ao deter a forma de poder legal, detém, também, o monopólio legítimo da decisão vinculante. Assim, as atenções continuam centradas na figura do juiz, do qual se espera a última palavra, “não importa qual, mas a última”. O lugar do juiz entre os conflitantes é uma questão complicada, uma vez que ele não se deixa encerrar na fácil fórmula da lei que assegura “distância de segurança” das razões de um e do outro. Ele vive no conflito e do conflito que ele decide, pronunciando a última palavra. Entretanto, um Sistema Judiciário chamado a decidir sobre tudo, e com poderes muitas vezes discricionários e pouco controláveis, é o lugar que oculta quotas fortes de irresponsabilidade: consente álibis e cobre a aguda diferença entre aquilo que o sistema da jurisdição diz que é, e o que faz, e aquilo que na realidade é e faz<sup>37</sup>.

Assim, observa-se uma oferta monopolista de justiça incorporada ao *sistema da jurisdição*, delegado a receber e a regular uma conflitualidade crescente. Atualmente, chamamos essa conflitualidade crescente de explosão da litigiosidade, que tem muitas causas, mas que nunca foi analisada de forma mais profunda. É notório como a estrutura jurídico-política foi sempre muito atenta aos “remédios” e quase nunca às causas, deixando de lado análises mais profundas sobre a litigiosidade crescente, que é constantemente “traduzida” na linguagem jurídica e que se dirige à jurisdição sob a forma irrefreável de procedimentos judiciais<sup>38</sup>.

sicurezza, scongiurando al tempo stesso la necessità di ricorrere a interventi di controllo eccessivamente repressivi, se non addirittura totalitari (COSI, Giovanni. Interessi, diritti, potere. Gestione dei conflitti e mediazione. In: *Ars Interpretandi*. Padova: Cedam, 2004. n. 9, p. 21).

<sup>35</sup> RESTA, Eligio. *Il diritto fraterno*. Roma-Bari: Laterza, 2005, p. 74-75.

<sup>36</sup> Isso se dá, segundo Maurice Blanchot, porque o juiz tem o direito de ser único *maître du langage*. A expressão *maître du langage* é decisiva e densa, como pode ser aquela de um pensador como Maurice Blanchot, que trabalhou de maneira muito convincente sobre o poder da escrita e sobre a idéia de comunidade. A conexão entre linguagem e comunidade não é, obviamente, imprevista, mas encontrar ligações e mediações através do juiz abre caminhos insuspeitos por meio dos quais se descobre que a linguagem da comunidade não corresponde nunca à comunidade de linguagem (BLANCHOT, Maurice. *Pour l'amitié*. Paris: Fourbis, 1996).

<sup>37</sup> RESTA, Eligio. *Il diritto fraterno*. Roma-Bari: Laterza, 2005, p. 65-66.

<sup>38</sup> Dunque il compito del giudice, fuori da ogni retorica, è quello di assumere decisioni sulla base di decisioni e di permettere decisioni sulla base delle stesse decisioni. Paradossalmente, però, in un sistema ad altissima complessità, più si decide e più aumenta il bisogno di decisione dato il carattere di rete interrelata dei sistemi di comunicazione (Ibidem, p. 40).



A explosão de litigiosidade se dá quanto à quantidade e à qualidade das lides que batem às portas do Poder Judiciário, especialmente observando a existência de uma cultura do conflito. Em face de tal fato, a direção da política do Direito deve ser no sentido de uma “jurisdição mínima”, contra uma jurisdição ineficaz.

Quando se litiga judicialmente, ao juiz pede-se que “decida”, que diga a última palavra com base na lei, e não que desenvolva a tarefa de cimento social que compete a outros mais preparados para fazer. Mas o resultado, sabe-se, é paradoxal: incorpora-se no interior das competências judiciárias cada gênero de linguagem “funcional”, embocando, obviamente, em uma estrada errada. Os sintomas da inadequação de tais condições são percebidos de modo incisivo<sup>39</sup>.

No entanto, por que não cabe ao Poder Judiciário “eliminar” e sim “decidir” conflitos sociais? O fato de que o Judiciário tem como “função fundamental” a decisão de conflitos não quer dizer que a sua função seja a eliminação de conflitos. Assim, o conflito social representa um antagonismo estrutural entre elementos de uma relação social que, embora antagônicos, são estruturalmente vinculados – aliás, o “vínculo” é condição *sine qua non* do conflito. Portanto, se os elementos não são estruturalmente ligados, também não podem ser conflituosos ou divergentes. Nesse contexto, as funções (competências) do Poder Judiciário fixam-se nos limites de sua capacidade para absorver e decidir conflitos, ultrapassando os próprios limites estruturais das relações sociais. Não compete ao Poder Judiciário eliminar vínculos existentes entre os elementos – ou unidades – da relação social. A ele caberá, mediante suas decisões, interpretar diversificadamente esse vínculo, podendo, inclusive, dar-lhes uma nova dimensão jurídica (no sentido jurisprudencial). Não lhe “compete” dissolvê-los (no sentido de eliminá-los), porque estaria suprimindo a sua própria fonte ou impedindo o seu meio ambiente de fornecer-lhes determinados *inputs* (demandas)<sup>40</sup>.

Pormenorizando, é possível afirmar que a vida social gera as suas próprias relações. Se em qualquer uma dessas relações sociais nascer um conflito e uma decisão sobre o mesmo for demandada ao Judiciário, este poderá dar uma sentença sobre aquele tipo especial de relação social. Por conseguinte, não é pelo fato de o Judiciário decidir a respeito de divórcio ou separação, de uma ação de despejo ou homologar um dissídio coletivo entre patrões e empregados, que deixarão de existir vínculos familiares ou trabalhistas, convergentes ou divergentes<sup>41</sup>.

Consequentemente, o Judiciário funcionaliza (no sentido de que institucionaliza) ou processa conflitos sociais, mas suas decisões não eliminam relações sociais. Na verdade, ele decide sobre aquela relação social especificamente demandada, o que não impede, todavia, que outras tantas, com

---

<sup>39</sup> RESTA, Eligio. *Il diritto fraterno*. Roma-Bari: Laterza, 2005, p. 69.

<sup>40</sup> BASTOS, Marco Aurélio Wander. *Conflitos Sociais e Limites do Poder Judiciário*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 103.

<sup>41</sup> La pace assicurata dal diritto si dimostra spesso carente sia sul piano etico che su quello pratico dell'effettiva risoluzione del conflitto perché, come già si diceva, essa segue a una procedura che di fatto tende ad assimilare i contendenti più alla figura del nemico che non a quella dell'avversario. La pacificazione giuridica non farebbe del resto che riflettere, nei metodi utilizzati e nei risultati perseguiti, il modo tipicamente competitivo d'intendere le relazioni sociali diffuso nelle moderne società tecnologicamente avanzate: no esistono altri esiti possibili di una disputa, oltre la vittoria/sconfitta e il compromesso (COSI, Giovanni. Interessi, diritti, potere. Gestione dei conflitti e mediazione. In: *Ars Interpretandi*. Padova: CEDAM, n. 9. 2004, p. 26).

novas características, se manifestem ou que continue existindo a própria relação social enquanto relação social. O ato do Poder Judiciário interrompe apenas aquela relação conflitiva, mas não impede o desenvolvimento de outras tantas. Não cabe ao Judiciário eliminar o próprio manancial de conflitos sociais, mas sobre eles decidir, se lhe for demandado. Assim, ele funcionaliza os conflitos sociais, mas não a própria vida. O que se espera é que decida os conflitos que absorve, dados os graves riscos para a sua funcionalidade e para a própria sociedade<sup>42</sup>.

Não se pode perder de vista que os modos por meio dos quais um sistema social regula os conflitos que nascem no interior da sociedade são, de fato, muito diversos, mudam no tempo e no espaço, não são nada eternos<sup>43</sup>. Refugiam-se nos singulares sistemas sociais; dão eles próprios, por sua vez, complexos sistemas sociais. Somente em parte dependem do modo pelo qual se conflitam; às vezes ocorre o contrário, o modo pelo qual se briga e se conflita depende do modo pelo qual existem saídas para o conflito; os remédios (leis) são, então, dispostos cultural e socialmente<sup>44</sup>.

A lei substitui a violência privada ou sacrificial, determinando posições e tornando-se exigível e coercível. A ordem e a segurança dependem, assim, não só da validade da solução adotada como do consenso entre as partes e, principalmente, da eficácia do seu aparato de coerção. Contudo, os contendentes podem não estar satisfeitos e as raízes do conflito não estarem extirpadas, mas a paz do Direito funcionará repousando sobre a sua capacidade impositiva. Como certos remédios, o Direito parece capaz de tratar, sobretudo, os sintomas e não as causas de um mal-estar<sup>45</sup>.

O circuito *conflito/remédio* é aquele no qual mais empenhado se torna o reequilíbrio ecológico. Os conflitos aumentam progressivamente e se atribui tudo isso à ineficácia decorrente da falta de recursos; requerem-se aumentos consistentes desses pensando que, assim, os conflitos podem ser diminuídos. O remédio reage sobre o remédio, mas não tem nenhuma incidência direta sobre as causas, dimensões, efeitos da litigiosidade que determinam os conflitos<sup>46</sup>.

É claro que a regulação dos conflitos dentro de uma sociedade se transforma no tempo e no espaço, criando os “remédios” a serem aplicados, sendo que a ineficácia em sua aplicação produz a noção equivocada de que a causa é a falta de recursos estruturais, materiais e pessoais, dentre outros. Porém, o remédio age apenas sobre a ferida, não atacando a causa. É justamente nesse contexto que se faz necessário reportar ao problema do vínculo social exposto em Freud<sup>47</sup>, definido

---

<sup>42</sup> BASTOS, Marco Aurélio Wander. *Conflitos Sociais e Limites do Poder Judiciário*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001, p. 104.

<sup>43</sup> La cultura modela la forma en que los individuos entienden sus respectivos mundos sociales, clasifican la gente, evalúan las posibles acciones u sancionan ciertas respuestas y no otras. Los conflictos reflejan prioridades culturales pero también un matiz político, puesto que su control sobre la definición de acciones y actores legítimos favorece a cierta gente y grupos (ROSS, Marc Howard. *La cultura del conflicto*. Las diferencias interculturales en la práctica de la violencia. Traducción de José Ral Gutiérrez. Barcelona: Paidós Ibérica, 1995, p. 254).

<sup>44</sup> RESTA, Eligio. *Il diritto fraterno*. Roma-Bari: Laterza, 2005, p. 70.

<sup>45</sup> COSI, Giovanni. Interessi, diritti, potere. Gestione dei conflitti e mediazione. In: *Ars Interpretandi*. Padova: CEDAM, n. 9. 2004, p. 25.

<sup>46</sup> RESTA, Eligio. *Il diritto fraterno*. Roma-Bari: Laterza, 2005, p. 70-72.

<sup>47</sup> FREUD, Sigmund. *O mal estar da civilização*. Tradução de José Octávio de Aguiar Breu. Rio de Janeiro: Imago, 1997.

pelo jogo das competições e rivalidades geradoras do conflito. Esses podem ser interindividuais e/ou sociais (aqui encontramos os litígios étnicos, culturais, econômicos, bélicos, dentre outros), e, ao mesmo tempo em que rompem, reafirmam o vínculo social, merecendo regulação e decisão.

Desse modo, conforme Simmel<sup>48</sup>, existe um conflito “comunitário” entre os litigantes, pois aquilo que separa, justificando o litígio, é também o que os une, uma vez que compartilham a lide. Não se pode, então, deixar de pensar nas palavras de Freud<sup>49</sup>, o qual aponta para a intensa competição entre irmãos, mas também confirma a união dos mesmos na empreitada de matar o pai. Esse conflito entre “irmãos” acontece nas mais diversas formas relacionais e pode, hoje, ser especificado em um jogo de palavras que envolve antônimos como paz-guerra, centro-periferia, norte-sul, desenvolvimento-subdesenvolvimento.

Na busca de tratamento da grande maioria dos conflitos, ocorre a demanda processual, na qual os dois lados na batalha poderão vencer ou perder, mas não podem e/ou não querem desistir do confronto. É por isso que quem frequenta as salas dos tribunais reconhecerá, muitas vezes, no rosto neutro das partes, verdadeiros e próprios duelantes<sup>50</sup> que estão ali a demonstrar com a sua presença e com seu comportamento processual - do qual muitas vezes também outros são cúmplices - que a verdadeira razão do conflito judiciário não é um direito controverso, mas é simplesmente a “contraparte”, como se diz na linguagem do processo. Cada motivo é supérfluo: as causas em matéria de separação e divórcio<sup>51</sup>, que não terminam nunca, mesmo quando são concluídas, são seu emblema mais evidente, tanto é verdade que, melancolicamente, a teoria sugere que somos adultos quando “litigamos bem”<sup>52</sup>.

Todavia, tratar o conflito judicialmente significa recorrer ao magistrado e atribuir a ele o poder de dizer quem ganha e quem perde a demanda. É nesse sentido a afirmativa de que “quando se vai ao juiz se perde a face<sup>53</sup>”, uma vez que,

<sup>48</sup> SIMMEL, G. *Sull'intimità*. Roma: Armando Editore, 1996.

<sup>49</sup> FREUD, Sigmund. *O mal estar da civilização*. Tradução de José Octávio de Aguiar Breu. Rio de Janeiro: Imago, 1997, p. 1745-1851.

<sup>50</sup> Nel duello nessuna delle parti può godere di un vantaggio iniquo: la sola ineguaglianza dev'essere quella tra il temperamento e l'abilità dei contendenti. Com'è ovvio, il duello presenta un esempio molto chiaro di istituto preposto alla risoluzione dei conflitti, governato da regole e rituali tradizionali oltre che da un ideale di equità procedurale (HAMPSHIRE, Stuart. *Non c'è giustizia senza conflitto. Democrazia come confronto di idee*. Traduzione di Giovanna Bettini. Milano: Feltrinelli, 2000, p. 24).

<sup>51</sup> O tratamento de conflitos na área de direito de família sempre foi alvo de estudos e debates. Sobre o tema, é importante a leitura de GORVEIN, Nilda S. *Divorcio y mediación – construyendo nuevos modelos de intervención en mediación familiar*. 2. ed. República Argentina: Córdoba; HAYNES, John M. *Fundamentos de la fundamentación familiar: como afrontar la separación de pareja de forma pacífica... para seguir disfrutando de la vida*. Madrid: Gaia, 1993; MARTÍN, Nuria Belloso. *Estudios sobre mediación: la ley de mediación familiar de castilla y león*. [s. l.]: Junta de castilla y león. 2006; ORTEMBERG, Osvaldo D. *Mediación familiar aspectos jurídicos y prácticos*. Buenos Aires: Biblos, 1996; YANIERI, Alcira Ana. *Mediación en el divorcio alimentos y régimen de visitas*. Buenos Aires: Júris, 1994.

<sup>52</sup> RESTA, Eligio. *Il diritto fraterno*. Roma-Bari: Laterza, 2005, p. 78-79.

<sup>53</sup> É nesse contexto que Eligio Resta recorda o estudioso norueguês Eckhoff, que, no ensaio *The Mediator, the Judge and the Administrator in Conflict Resolution*. *Acta Sociologica*, 1996, p. 158, avançava a hipótese de que nas culturas religiosas de tipo conciliatório, como o confucionismo, havia escassa propensão privada e baixa atenção pública à lide judiciária. Não é que ali não houvesse litígios, mas existe uma forte ligação entre a desvalorização do litígio e a interiorização

imbuído do poder contratual que todos os cidadãos atribuem ao Estado, sendo por ele empossado, o magistrado regula os conflitos graças à monopolização legítima da força<sup>54</sup>. O principal problema da magistratura é que ela decide litígios que lhe são alheios, sem sentir os outros do conflito, encaixando-o num modelo normativo, sem ouvir/sentir as partes. “Para os juízes, o outro não existe, sempre decidem a partir de si mesmos, de seus egos enfermos. Decidem sem responsabilidade, porque projetam a responsabilidade na norma. Decidem conflitos sem relacionar-se com os outros. As decisões dos juízes são sem rosto”. Nesses termos, os juízes creem que sua função é administrar justiça e que a realizam, quando decidem, a partir de um conceito, simultaneamente, metafísico e determinista, que não leva em consideração, salvo raras exceções, o que as partes sentem como o justo no litígio que vivem, a tal ponto que, em alguns casos, a distribuição de justiça termina sendo uma violência para com uma das partes. Quando um juiz se preocupa em comparar se seu conceito abstrato de justiça corresponde às expectativas do que é justo para as partes<sup>55</sup>?

Paralelamente às formas jurisdicionais tradicionais, existem possibilidades não jurisdicionais de tratamento de disputas, nas quais se atribui legalidade à voz de um conciliador/mediador, que auxilia os conflitantes a compor o litígio. Não se quer aqui negar o valor do Poder Judiciário. O que se pretende é discutir uma outra maneira de tratamento dos conflitos, buscando uma nova racionalidade de composição dos mesmos, convencionada entre as partes litigantes.

Esse novo modelo de composição dos conflitos possui base no direito fraterno<sup>56</sup>, centrado na criação de regras de compartilhamento e de convivência mútua que vão além dos litígios judiciais, determinando formas de inclusão de proteção dos direitos fundamentais. Existem outros mecanismos de tratamento das demandas, podendo-se citar a conciliação, a arbitragem e a mediação. Tratam-se de elementos que possuem como ponto comum o fato de serem diferentes, porém não estranhos ao Judiciário, operando na busca da “face” perdida dos litigantes

---

dos preceitos religiosos. Diz que para a religião confuciana, “quando se vai ao juiz se perde a face”, quase que litigar seja pecado. Isso não ocorre nas culturas católicas nas quais, não obstante a ética do perdão e a proibição do ressentimento, recorre-se cada vez mais freqüentemente ao juiz (RESTA, Eligio. *Il diritto fraterno*. Roma-Bari: Laterza, 2005, p. 80).

Sobre o assunto, Warat acrescenta: “a noção de rosto foi trabalhada entre nós por Levinas, que revela o que não se pode conhecer do outro, o inacessível, ao qual podemos nos aproximar por intelecção sensível, não por interpretações racionais. O acesso ao rosto não é perceptivo, não é intencional, dá-se longe do conhecimento. É uma aproximação do outro a partir de nosso próprio corpo, e não a partir de lugares de saber, lugares de conhecimento ou modelos de significado. O rosto é o que eu chamo de reserva selvagem ou reserva de sensibilidade. [...] O rosto pode também ser entendido como a força moral do outro. A resistência do outro não nos faz violência, não se abre negativamente; tem uma estrutura ética positiva. É o limite à onipotência do ser.” (WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001. v. 1, p. 145).

<sup>54</sup> FERRARI, V. *Lienamenti de sociologia del diritto*. Roma-Bari: Laterza, 1997. v. 1.

<sup>55</sup> WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001. v. 1, p. 151.

<sup>56</sup> O direito fraterno coloca, pois, em evidência toda a determinação histórica do Direito fechado na angústia dos confins estatais e propõe um espaço de reflexão ligado ao tema dos direitos humanos, com uma consciência a mais: a de que a humanidade não é apenas um lugar “comum”, em cujo interior pode-se pensar o seu reconhecimento e tutela. Assim, ser homem e ter humanidade são coisas diferentes: ser homem não significa que se possua o sentimento singular de humanidade. O direito fraterno propõe uma auto-responsabilização (RESTA, Eligio. *Il diritto fraterno*. Roma-Bari: Laterza, 2005, p. XI a XIII da introdução).

numa relação de cooperação pactuada e convencionada, definindo uma “*justiça de proximidade*” e, sobretudo, uma filosofia de justiça do tipo restaurativo que envolve modelos de composição e gestão do conflito menos autoritariamente decisórios<sup>57</sup>”.

Na busca por uma justiça mais próxima - não em termos geográficos, econômicos ou sociais, mas em termos que signifiquem autonomização e responsabilização do cidadão pelas decisões dela vertidas - a mediação pode surgir como um “um salto qualitativo para superar a condição jurídica da modernidade, que vem baseada no litígio e possuindo como escopo objetivo idealizado e fictício, como é o de descobrir a verdade, que não é outra coisa que a implementação da cientificidade como argumento persuasivo”. Essa verdade<sup>58</sup> deve ser “descoberta por um juiz que pode chegar a pensar a si mesmo como potestade de um semideus” na tentativa de “descoberta da verdade que é só imaginária”<sup>59</sup>. A ciência e o pensamento linear cartesiano têm como pressuposto evitar a dúvida, apontando o certo, o verdadeiro, o indubitável. Desse modo, as verdades científicas impossibilitam a indagação e o risco.

A procura da verdade, nos termos da ciência mecanicista<sup>60</sup>, é, por si mesma, violenta. Traduz-se numa forma de manipulação do mundo e dos outros. Ninguém pode predizer o real, ninguém sabe o que vai acontecer; por isso, as verdades como momentos predizíveis do saber da ciência são uma ficção, mito destinado a satisfazer nossa criança insatisfeita e os lugares comuns de medo, com as quais pretendemos dotar “de sentido o sentido da existência”<sup>61</sup>.

É por isso que precisam ser pensados outros mecanismos de tratamento dos litígios, tais como a mediação, enquanto *locus* democrático que trabalhe com a concepção de autorregulamentação dos conflitos por parte do sistema social, redefinindo, de forma radical, o modelo de terceiro e a forma de decisão, reconhecendo, ainda que de forma indireta, o papel não exclusivo da jurisdição.

<sup>57</sup> RESTA, Eligio. *Il diritto fraterno*. Roma-Bari: Laterza, 2005, p. 82-83.

<sup>58</sup> A verdade formal que emerge do processo, das provas e da capacidade das partes de produzi-las, retrata um sistema tradicional de solução de conflitos que necessita de socorro. Na jurisdição tradicional, o Estado-juiz enquanto definidor dos direitos das partes, detentor do poder de estabelecer o melhor direito, decorre e depende que o litígio siga até o seu final. As partes, em regra, “ganham” e/ou “perdem”; o julgador decide quem tem o melhor direito e assim define. Ao contrário, na mediação, as partes constituem, com o auxílio dos mediadores, um mecanismo capaz de gerir seus próprios conflitos (BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.)

<sup>59</sup> WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001. v. 1, p. 18.

<sup>60</sup> Dove c'è intersecazione tra vero e possibile, il metodo scientifico, si sa non da oggi, perde il riferimento e si auto-describe come qualcosa di diverso, ad esempio, come mercato delle idee definito dall'immediatezza degli scopi e, nel migliore dei casi, “deciso” e regolato dall'autorità della comunità scientifica. La delega operata dal diritto alla verità scientifica ha funzionato fin quando le intersecazione non erano forti e dove il modello “positivistico” era in grado di placare le indecisioni. Il modello tecnocratico che ne derivava finiva per ribadire che *scienze speaks truth to power*, essendone essa l'unica detentrica e la sola legittima portavoce: il diritto visi rimetteva neutralizzando la propria debolezza insita nell'indefinito delle Humanities, dove, peraltro, era più facile occultare le background ideologies (RESTA, Eligio. Le verità e il processo. In: *Politica del Diritto*. Bologna: Il Mulino. Anno XXXV, n. 3, settembre, 2004, p. 397).

<sup>61</sup> WARAT, Luis Alberto. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador*. v. 3. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 117-18.

### 3 O TRATAMENTO DE CONFLITOS E AS PRÁTICAS DE ADR

O contexto cultural contemporâneo fomentou e, principalmente, determinou o surgimento de outras práticas de tratamento de conflitos de modo responsável – por indivíduos, organizações e comunidades –, possibilitando o diálogo e promovendo uma mudança de paradigmas<sup>62</sup>. Essas práticas se conduzem em caminho diverso daquele até então privilegiado pela cultura jurídica que funcionava em torno de uma lógica determinista binária, na qual as opções estavam limitadas a “ganhar” ou “perder”. Essas práticas passam a observar a singularidade de cada participante do conflito, considerando as opções de “ganhar conjuntamente”, construindo em comum as bases de um tratamento efetivo, de modo colaborativo e consensuado.

Tais práticas tiveram origem nos Estados Unidos sob o nome de Alternative Dispute Resolution (ADR)<sup>63</sup>, cuja expressão foi reservada para designar todos os procedimentos de resolução de disputas sem a intervenção de uma autoridade judicial<sup>64</sup>. Conceitualmente, trata-se de vários métodos de liquidação de desajustes entre indivíduos ou grupos através do estudo dos objetivos de cada um, das possibilidades disponíveis e da maneira como cada uma percebe as relações entre

---

<sup>62</sup> Cabe ressaltar que o terceiro capítulo já discutiu o paradigma da atual cultura jurídica, fazendo-lhe uma crítica e apontando as suas deficiências. Aqui, o que se pretende abordar é um novo paradigma no tratamento de conflitos, não necessariamente atrelado ao Estado e ao Poder Judiciário. Naquele momento, a palavra paradigma foi utilizada (segundo Thomas Kuhn) como uma visão de mundo articulada sob a forma de explicações científicas, determinando os problemas a serem utilizados e o tipo de solução admitida. Tratava-se de um paradigma científico que poderia conduzir à certeza e ao previsível, que trabalhavam com marcos universais unificadores e com visões inclusivas, sem espaço e conhecimento para lidar com o espontâneo e o inesperado. Agora, quando se discute um “novo paradigma” ou uma “mudança de paradigmas”, o enfoque que se pretende dar é aquele que atende à noção de complexidade social, partindo do pressuposto de que o tempo possui papel inovador e criativo desde que se possa observar o caos como fonte unificadora, a aleatoriedade, a complexidade e a novidade como oportunidades de construir nosso lugar ativamente e o conhecimento como um processo construtivo gerador. Assim, pode-se resumir dizendo que a estratégia é trabalhar coparticipativamente na complexidade e na incerteza (Vide MORIN, Edgar. *Epistemología de la complejidad*. In: SCHINITMAN, Dora Fried. *Nuevos paradigmas. Cultura e subjetividad*. Buenos Aires: Paidós, 1994, p. 421-442; PRIGOGINE, Ilya; STENGERS, I. *La nouvelle alliance: Métamorphose de la science*. Paris: Gallimard, 1979; BRUNER, Jerome. *Realidad mental y mundos posibles*. Barcelona: Gedisa, 1988; SCHINITMAN, Dora Fried, *Novos paradigmas na resolução de conflitos*. In: SCHINITMAN, Dora Fried; LITTLEJOHN, Stephen. *Novos paradigmas em mediação*. Tradução de Jussara Haubert Rodrigues e Marcos A. G. Domingues. Porto Alegre: ARTMED, 1999, p. 17-27).

<sup>63</sup> Contudo, a quase totalidade dos autores reconhece a impropriedade da expressão “alternativa de resolução de disputas”. Alternativa a quê? Presumivelmente se faz referência ao mecanismo judicial de resolução de disputas. Então, a palavra alternativa, que tem suas raízes no latim (*alter* = “o outro”), e que significa a sucessão de duas coisas mutuamente exclusivas, explicaria a opção por outro mecanismo. Que outro? A ADR tem sido usada para designar vários mecanismos de resolução de disputas, afora o Judiciário, o que por si só revelaria impobridade da expressão (SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e Prática da Medição de Conflitos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999, p. 81).

<sup>64</sup> Sobre o tema, vide VILAR, Silvia Barona. *Solución extrajudicial de conflictos alternativa dispute resolución (ADR) y derecho procesal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999.

os seus objetivos e as alternativas apresentadas<sup>65</sup>. As práticas de ADR possuem inúmeros pontos positivos, dentre os quais aliviar o congestionamento do Judiciário, diminuindo os custos e a demora no trâmite dos casos, facilitando o acesso à justiça; incentivando o desenvolvimento da comunidade no tratamento de conflitos e disputas<sup>66</sup>, e possibilitando, principalmente, um tratamento qualitativamente melhor dos conflitos, no qual reside a sua importância.

Essas estratégias (que fogem do código binário ganhar/perder) permitem aumentar a compreensão e o reconhecimento dos participantes, construir possibilidades de ações coordenadas – mesmo que na diferença –, incrementar diálogos e a capacidade de pessoas e comunidades que possam/queiram comprometer-se responsabilmente para com decisões e acordos participativos, especificando as mudanças que ocorrerão. Os acordos/arranjos alcançados através dessas metodologias apresentam resultados efetivos que permitem considerar – e em muitos casos resolver – disputas e diferenças, permitindo aos participantes elaborar novas ferramentas para organizar as suas relações. É nesse sentido que essas metodologias para o tratamento dos conflitos se definem como práticas emergentes que operam entre o existente e o possível<sup>67</sup>.

Porém, antes de escolher o método de solução/administração/resolução/tratamento<sup>68</sup> dos conflitos, é preciso diferenciá-los, objetivando uma escolha apropriada. Quando alguém faz referência à solução de um conflito, entende-se que ele será extinto, não importando como esse processo ocorrerá: de forma legítima ou ilegítima, legal ou ilegal. O objetivo é pôr fim ao conflito criando um estado de uniformidade de propósitos ou meios que significará a sua morte<sup>69</sup>. A mãe

---

<sup>65</sup> NAGEL, S. S.; MILLS, M. K. *Systematic analysis in dispute resolution*. New York: Quorum Book, 1991, p. 8 et seq.

<sup>66</sup> No entanto, existem algumas críticas quanto às formas alternativas de resolução de disputas, tais como: a) *o comum desequilíbrio de poder entre as partes*, pois a maioria dos conflitos envolve pessoas com posições econômicas diferentes, o que acaba por influenciar a parte com menos poder a acordar por falta de recursos; b) *o problema da representação* que, muito embora estes mecanismos pressuponham indivíduos agindo por si mesmos, por vezes, os advogados ou representantes das pessoas jurídicas, grupos ou organizações então constituídos, firmam acordos que não são os que melhor atenderiam aos interesses de seus clientes, subordinados, membros, etc; c) *a falta de fundamento para a atuação judicial posterior*, a qual, segundo os críticos, faz crer que a resolução alternativa minimiza o juízo a um remédio e erroneamente supõe que o acordo realizado pelas partes agirá como um substituto da sentença, pondo fim ao processo. Assim, quando as mesmas solicitarem alguma modificação ou decisão, o juiz estará limitado pelos pactos de decisões já firmadas; d) *a justiça deve prevalecer antes que a paz*, afirmam os críticos. Considerar a equivalência entre um acordo firmado e uma sentença proferida seria reduzir a função social da decisão jurisdicional à mera resolução de conflitos privados, o que privaria os tribunais de emitirem interpretações acerca de textos legais e a sociedade de ter a seu alcance autênticos critérios de justiça (Ver a respeito, BONAFÉ-SCHIMITT, Jean-Pierre, *La Mediation: Une Justice Douce*. Paris: Syros, 1992, p. 16-17 e BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 108).

<sup>67</sup> SCHINITMAN, Dora Fried; LITTLEJOHN, Stephen. *Novos paradigmas em mediação*. Tradução de Jussara Haubert Rodrigues e Marcos A. G. Domingues. Porto Alegre: ARTMED, 1999, p. 17-27.

<sup>68</sup> Conforme a introdução, a opção foi por fazer referência sempre ao “tratamento” de conflitos por considerar esse termo mais adequado. Porém, aqui se pretende diferenciar “tratar” de solucionar, administrar, etc. Por isso a utilização de tais palavras.

<sup>69</sup> FOLBERG, Jay; TAYLOR, Alison. *Mediation: a comprehensive guide to resolving conflicts without litigation*. Washington: San Francisco: Londo: Jessey Bass Publishers, 1984, p. 25.

conclama a decidir com quem fica o controle remoto da televisão; ao designá-lo para um dos filhos ou retirá-lo de circulação, dá uma solução para o conflito, ainda que ele continue latente entre os irmãos. A sentença judicial, de outro lado, promove, em tese, o equilíbrio de poder e determina um ganhador ou um perdedor, e também soluciona o conflito<sup>70</sup>, mesmo que a “solução” seja passageira e possa vir a dar origem, posteriormente, a uma nova demanda judicial. Os métodos de solução vão desde a simples desistência da disputa, numa extremidade, até a violência, na outra. O objetivo, todavia, desses meios é comum: não é o resultado positivo ou negativo do conflito, mas, sobretudo, seu fim<sup>71</sup>.

A administração do conflito, por sua vez, somente realinha ou converge os propósitos ou meios para submeter as forças opostas a um acomodamento. Ocupa-se em neutralizar os choques e minimizar os danos que a situação pode provocar. Uma empresa, através de seu administrador, pode protelar, mediante novos compromissos ou estabelecimento de alguma compensação, o pagamento a seus credores. A administração do conflito não exige identidade de propósitos, métodos ou processos voltados para um resultado positivo do conflito, nem atenta para o alinhamento de interesses e forças. Demanda atos que, simplesmente, permitam a continuidade do relacionamento das partes, sem interferir ou atuar no litígio propriamente dito<sup>72</sup>.

Já a resolução<sup>73</sup> trabalha com a manipulação das relações sociais por meio de técnicas de interação, objetivando restaurar essas relações em nível de legitimidade. Não determina necessariamente mudanças de valores ou modelos sociais, nem significa uma solução permanente. Diferente da administração ou da solução de conflitos, que podem ou não perdurar até que outros fatores desencadeiem um novo conflito<sup>74</sup>. Nestes termos, a resolução não se limita a aliviar as tensões e contemporizar os problemas, ela não só dissolve o litígio, e com ele as suas relações, mas, principalmente, reestrutura o momento conflituoso em bases próprias<sup>75</sup>.

O Poder Judiciário é um meio de solução, administração ou resolução de conflitos (dificilmente de tratamento), porém não o único e com certeza não é o mais democrático. Giovanni Cosi sintetiza os principais modos de gestão conflitual

---

<sup>70</sup> Le parole del giudice, che dice il diritto, sono quelle definitive, sono le ultime parole tra le parole dei contendenti. Non c'è altra virtù nel processo giudiziario che dire l'ultima parola ingannando la cattiva infinità delle liti (RESTA, Eligio. *Le verità e il processo*. In: MARINI, Alarico Mariani. *Processo e verità*. Pisa: Plus, 2004, p. 370).

<sup>71</sup> SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e Prática da Mediação de Conflitos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999, p. 51.

<sup>72</sup> Ibidem, p. 52.

<sup>73</sup> De todas as expressões anteriormente vistas (solução, administração, gestão, etc), “resolução” é aquela que mais se aproxima – conceitualmente – de “tratamento”, meio escolhido no presente trabalho para designar as estratégias propostas para lidar com a realidade conflitiva atual. A escolha se deu com base em Norberto Bobbio e José Luis Bolzan de Moraes.

<sup>74</sup> HAYNES, J. M.; GRETCHEN, L. *Divorce mediation: case book strategies for successful family negotiations*. San Francisco: Jossey Bass, 1989, p. 237.

<sup>75</sup> Porém, no presente contexto preferimos utilizar a expressão “tratamento” em vez de “resolução” de conflitos, uma vez que, conforme o já exposto na introdução, entende-se que os conflitos sociais não são “solucionados” pelo Judiciário no sentido de resolvê-los, suprimi-los, elucidá-los ou esclarecê-los. Consequentemente, parte-se do pressuposto que a expressão “tratamento” torna-se mais adequada enquanto ato ou efeito de tratar ou medida terapêutica de discutir o conflito, buscando uma resposta satisfativa.



no contexto de uma sociedade através de um esquema que chama de “geografia do conflito”. Da esquerda para a direita, numa perspectiva de diminuição do controle direto sobre a gestão do conflito e de seus resultados, observa-se o aumento da dureza do confronto, sendo que as partes podem: renunciar unilateralmente<sup>76</sup>; manter aberta a comunicação e iniciar autonomamente uma negociação bilateral; tentar uma conciliação/mediação com a assistência de um terceiro neutro; submeter-se à decisão de um árbitro designado por elas; submeter-se à sentença de um juiz imposto pelo ordenamento; ou, finalmente, confrontar-se mediante força física para verificar quem detém o maior poder<sup>77</sup>.

Geografia do conflito		
Renúncia	negociação	mediação
	arbitrio	juízo autotutela
← Solução baseada nos interesse →	← Solução baseada nos direitos	Solução baseada no poder
Diminuição da comunicação e do controle sobre o procedimento e o resultado		→
Aumento da coerção e do confronto		→

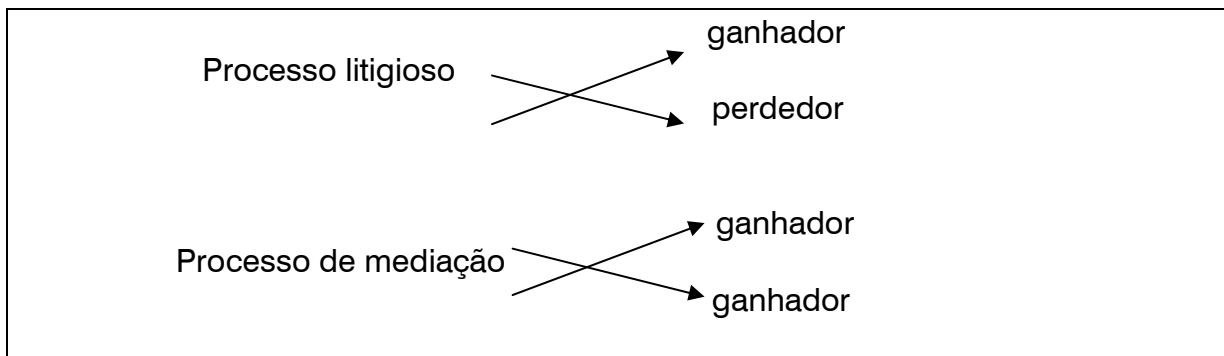
Fonte: COSI, Giovanni; FODDAI, Maria Antonietta. *Lo spazio della mediazione*. Conflitti di diritti e confronto di interessi. Milano: Giuffrè, 2003, p. 11

Contudo, para que todos esses métodos de “resolução” de disputas possam ser postos em prática, o primeiro passo é deixar de considerar o conflito como um evento social patológico, um mal a ser curado, para vê-lo como um fenômeno fisiológico, muitas vezes positivo<sup>78</sup>. Isso significa abrir mão da lógica processual judiciária de ganhador/perdedor para passar a trabalhar com a lógica ganhador/ganhador desenvolvida por outros meios de tratamento (dentre os quais a mediação), que auxiliam não só na busca de uma resposta consensuada para o litígio, como também na tentativa de desarmar a contenda, produzindo, junto às partes, uma cultura de compromisso e participação. Nesses casos, não há um ganhador ou um perdedor: ambos são ganhadores.

<sup>76</sup> A desistência das questões é a primeira maneira de resolução dos conflitos, tratando-se, principalmente, de uma forma de evitá-lo. É o modo mais simples e, de certa forma, o menos dispendioso. Implica a aceitação das questões de acordo com o ponto de vista do opositor, sem qualquer discussão com relação à veracidade dos fatos, sua legalidade ou quanto à precisão dos dados que envolvem o conflito. Ela possibilita a continuidade do relacionamento e as partes têm absoluto controle sobre o resultado do conflito (SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e Prática da Mediação de Conflitos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999, p. 54).

<sup>77</sup> COSI, Giovanni; FODDAI, Maria Antonietta. *Lo spazio della mediazione*. Conflitti di diritti e confronto di interessi. Milano: Giuffrè, 2003, p. 11.

<sup>78</sup> Il conflitto di per sé è un *fatto*, un evento, un fenomeno neutrale: sono le valutazioni che lo qualificano come “utile” o “inutile”, “positivo” o “negativo”, e simili (COSI, Giovanni; FODDAI, Maria Antonietta. *Lo spazio della mediazione*. Conflitti di diritti e confronto di interessi. Milano: Giuffrè, 2003, p. 10).



Fonte: BREITMAN, Stella; PORTO, Alice Costa. *Mediação familiar: uma intervenção em busca da paz*. Porto Alegre: Criação Humana, 2001, p. 51.

Tratando-se de procedimentos informais, particulares e muitas vezes confidenciais, os métodos de tratamento de conflitos estabelecem uma ordem consensuada contrária àquela solução imposta pelo Poder Judiciário e que, na maioria das vezes, não significa uma solução efetiva para o litígio. Na ordem consensuada, as partes mantêm do início ao fim o controle sobre o procedimento e o seu eventual resultado. É um procedimento autônomo, uma vez que estipulam suas regras, e informal, no sentido que não seguem prescrições ou modelos prontos (ao menos aparentemente). Já na ordem imposta, as partes possuem um controle limitado sobre o procedimento e o seu êxito. As regras procedimentais são impostas e impera a formalidade<sup>79</sup>.

### Métodos de tratamento de conflitos

**Ordem consensuada:** as partes decidem que seja o seu acordo a pôr fim ao conflito  
 Características: autonomia, informalidade  
 Exemplos: negociação, mediação, conciliação

**Ordem imposta:** as partes delegam a uma terceira pessoa a decisão do conflito  
 Características: heteronomia, formalidade  
 Exemplos: arbítrio, juízo, legislação

Fonte: COSI, Giovanni; FODDAI, Maria Antonietta. *Lo spazio della mediazione. Conflitti di diritti e confronto di interessi*. Milano: Giuffrè, 2003, p. 18.

Assim, a ordem consensuada utiliza mais de uma estratégia no tratamento de conflitos, baseando-se, principalmente, na sua diferenciação para estabelecer a mais adequada. Dessas estratégias, a negociação aparece como um procedimento muito comum na vida do ser humano, utilizado desde a tenra infância, quando a criança negocia um brinquedo. Ela acontece a qualquer tempo e lugar e, antes de ser “um fato jurídico”, é um acontecimento natural<sup>80</sup>.

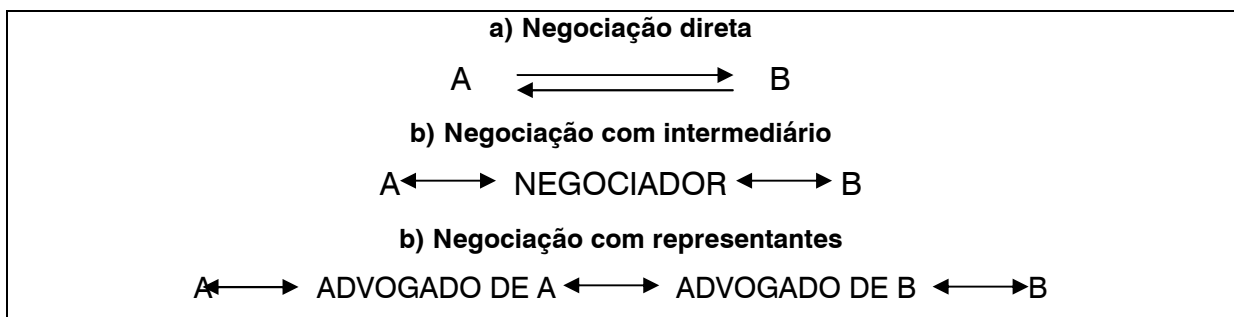
Na negociação, as partes chegam ao tratamento do conflito satisfatoriamente por meio do método da autocomposição. Nela não se desencadeia a participação

<sup>79</sup> COSI, Giovanni; FODDAI, Maria Antonietta. *Lo spazio della mediazione. Conflitti di diritti e confronto di interessi*. Milano: Giuffrè, 2003, p. 18-19.

<sup>80</sup> SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 36.

de terceiros, tratando-se de um processo no qual os envolvidos entabulam conversações no sentido de encontrar formas de satisfazer os seus interesses<sup>81</sup>.

Já a negociação direta é o modo mais completo e complexo, requerendo um grande investimento pessoal quanto ao envolvimento direto das partes e sua responsabilidade pelo resultado. Além disso, implica um engajamento conjunto no processo e comprometimento com as decisões. É um processo informal e, por isso, são considerados todos os fatores (psicológicos, socioculturais, legais, etc) que envolvem o conflito e eventualmente emergem na negociação. O processo de negociação direta possui cinco estágios: 1) identificação do problema; 2) comunicação a pessoas envolvidas no problema; 3) desenvolvimento e apresentação de possíveis soluções; 4) decisão alternativa; 5) ação de resolução (verificação do procedimento final a ser acatado e posterior ação de cumprimento da decisão)<sup>82</sup>.



Fonte: COSI, Giovanni; FODDAI, Maria Antonietta. *Lo spazio della mediazione. Conflitti di diritti e confronto di interessi*. Milano: Giuffrè, 2003, p. 23.

A negociação pode ocorrer de forma direta<sup>83</sup>, conforme o esquema a), de uma maneira considerada cotidiana, no qual as partes mantêm aberta a comunicação e administram os seus conflitos de modo autônomo e informal; todavia, a negociação pode se dar também com o auxílio de negociador; segundo o esquema b), pode dar-se uma relação mais complexa, normalmente quando as partes já não possuem condições de entabular a comunicação direta, sem o auxílio de um intermediador que fará o trabalho de porta-voz de ambas, levando e trazendo as propostas; por fim, a negociação pode ocorrer de acordo com o esquema c), no qual pode-se avistar a típica representação de um conflito administrado por advogados. Nele, a situação se torna ainda mais complexa: a parte A fala ao seu advogado que escreve ao advogado da parte B, que fala com B, e vice-versa. Essa técnica é lenta e custosa e, principalmente, representa uma probabilidade maior de envolver-se na estrutura decisional típica da nossa sociedade: o processo.

<sup>81</sup> SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e Prática da Mediação de Conflitos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999, p. 108.

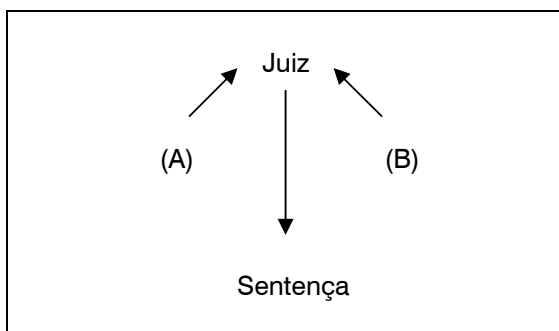
<sup>82</sup> Ibidem, p. 53.

<sup>83</sup> Sobre o assunto, Warat salienta que a mediação difere da negociação direta por ser, precisamente, uma autocomposição assistida. E, se não assistida, nunca poderia ser nomeada mediação. O que se procura com a mediação é um trabalho de reconstrução simbólica, imaginária e sensível, com o outro do conflito; de produção com o outro das diferenças que nos permitam superar as divergências e formar identidades culturais. Isso exige, sempre, a presença de um terceiro que cumpra as funções de escuta e implicação (WARAT, Luiz Alberto. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 57-58).

A representação nada mais é do que a delegação de poder para promover a negociação. Consiste no ato de transferir a terceiros o poder de atuar em prol dos interesses envolvidos no conflito. Nela, a parte perde o controle das decisões, porque a negociação com representante também é um processo dinâmico e criativo. No seu desenrolar surgem muitos fatores não previstos. A dificuldade da representação se resume no fato de que, por mais poder que seja delegado, esse será sempre limitado.

O julgamento é o modo tradicional de tratamento de conflitos. Como instituição, os tribunais têm desempenhado esse papel, sendo que o Direito e as leis têm sido os instrumentos norteadores das questões conflituosas. O tratamento se dá mediante um processo judicial no qual o terceiro interventor tem poder de decisão.

O tratamento de conflitos através do processo junto ao Poder Judiciário aponta para a presença de uma terceira pessoa: o juiz, que, mesmo não sendo escolhido pelas partes, julga o processo, pondo fim (aparentemente) ao litígio. As partes não se comunicam entre si e nem com o juiz. Esse, sim, se comunica com as partes, colhe informações que lhe parecem necessárias para formar sua convicção e, finalmente, julgar. O produto do processo judicial é a sentença, que define um vencedor e um perdedor. Os envolvidos A e B são postos entre parênteses porque nessa fase do conflito a sua presença é considerada quase supérflua: o papel principal é desenvolvido pelos advogados e pelo juiz, que debatem o problema em termos técnicos. O procedimento é formal e heterônomo; a sentença foge ao controle das partes<sup>84</sup>.



Fonte: COSI, Giovanni; FODDAI, Maria Antonietta. *Lo spazio della mediazione. Conflitti di diritti e confronto di interessi*. Milano: Giuffrè, 2003, p. 24.

Nesse contexto, o juiz é capaz de, mas também é obrigado a, “resolver” todos os conflitos, e não somente aqueles que são previstos por uma deliberação legal específica. A proibição do *non liquet* é, então, algo mais do que uma previsão processual; além de ser diretiva da ação para o juiz, é também o princípio-chave da legalidade moderna, mas aqui também é o problema, o qual funciona como cláusula de fechamento sistêmico. A legalidade assume, dessa maneira, um caráter onicompreensivo e um pouco totalizante. Aquele princípio indica competência, mas

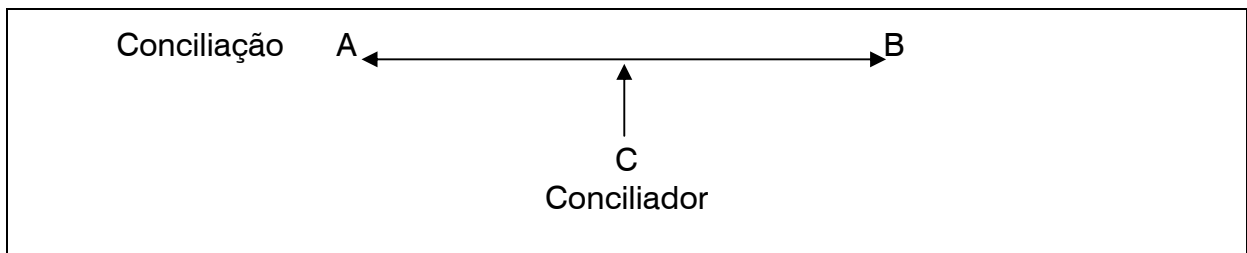
<sup>84</sup> COSI, Giovanni; FODDAI, Maria Antonietta. *Lo spazio della mediazione. Conflitti di diritti e confronto di interessi*. Milano: Giuffrè, 2003, p. 25. “O Modelo Conflitual caracteriza-se pela oposição de interesses entre indivíduos iguais em direitos e a atuação de um terceiro encarregado de “dizer” (declarar) a quem pertence o Direito – é o modelo tradicional triádico de Jurisdição” (BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 112).

também exercício obrigatório de uma função resolutive: o juiz deve, contudo, decidir os conflitos em cada caso, porque o sistema social não suportaria a má infinidade das lides<sup>85</sup>.

Ninguém nega o valor do processo judiciário no caminho da legalidade moderna, todavia, disso inferir a perenidade do “monopólio estatal da jurisdição” e a racionalidade da competência generalizada do juiz sobre cada gênero de conflito, obviamente, é algo que não se cogita<sup>86</sup>.

Dentro do procedimento judiciário, ou fora dele, a conciliação é também uma forma de tratamento de conflitos. No Brasil, ela é exercida por força de lei, conforme os arts. 125, IV<sup>87</sup> e 447<sup>88</sup> do CPC, que preveem sempre a necessidade de proposta de conciliação em todas as demandas judiciais. Por outro lado, o conciliador privado nasce com a lei 9.958/00. Esse conciliador é eleito pelos trabalhadores das empresas para compor comissões intersindicais de conciliação; neste caso, são escolhidos por sindicatos dos trabalhadores e patronais.

Mas a diferença fundamental entre conciliação e mediação reside no conteúdo de cada instituto. Na conciliação, o objetivo é o acordo, ou seja, as partes, mesmo adversárias, devem chegar a um acordo para evitar o processo judicial ou para nele pôr um ponto final, se porventura ele já existe. Na conciliação, o conciliador sugere, interfere, aconselha, e na mediação, o mediador facilita a comunicação sem induzir as partes ao acordo. Na conciliação, se resolve o conflito exposto pelas partes sem analisá-lo com profundidade. Muitas vezes, a intervenção do conciliador ocorre no sentido de forçar o acordo<sup>89</sup>.



Fonte: ALMEIDA, Tânia. *Mediação Transformativa*. Palestra do 22º Congresso Brasileiro de Terapia Familiar. Gramado: 1996.

A conciliação se apresenta, assim, como uma tentativa de se chegar voluntariamente a um acordo neutro, que conta com a participação de um terceiro que intervém entre as partes de forma oficiosa e desestruturada para dirigir a discussão sem ter um papel ativo<sup>90</sup>. Diferencia-se, pois, a mediação da conciliação

<sup>85</sup> RESTA, Eligio. *Il diritto fraterno*. Roma-Bari: Laterza, 2005, p. 81.

<sup>86</sup> Ibidem, p. 81.

<sup>87</sup> Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: IV – tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes.

<sup>88</sup> Art. 447. Quando o litígio versar sobre direitos patrimoniais de caráter privado, o juiz, de ofício, determinará o comparecimento das partes ao início da audiência de instrução e julgamento.

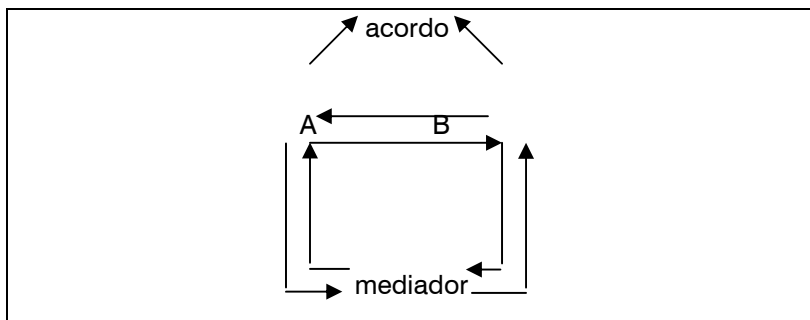
Parágrafo único. Em causas relativas à família, terá lugar igualmente a conciliação, nos casos e para fins em que a lei consente à transação.

<sup>89</sup> SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 38.

<sup>90</sup> BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 126.

pelo fato de que na segunda o tratamento dos conflitos é superficial, encontrando-se um resultado muitas vezes parcialmente satisfatório. Já na primeira, existindo acordo, esse apresenta total satisfação dos mediados.

A mediação<sup>91</sup>, como ética da alteridade<sup>92</sup>, reivindica a recuperação do respeito e do reconhecimento da integridade e da totalidade de todos os espaços de privacidade do outro. Isto é, um respeito absoluto pelo espaço do outro, e uma ética que repudia o mínimo de movimento invasor. É radicalmente não invasora, não dominadora, não aceitando dominação sequer nos mínimos gestos. As pessoas estão tão impregnadas do espírito e da lógica da dominação que terminam, até sem saber, sendo absolutamente invasoras do espaço alheio<sup>93</sup>.



Fonte: COSI, Giovanni; FODDAI, Maria Antonietta. *Lo spazio della mediazione*. Conflitti di diritti e confronto di interessi. Milano: Giuffrè, 2003, p. 26.

Na mediação, a autocomposição está referida na tomada das decisões. Fala-se de autocomposição na medida em que as mesmas partes envolvidas no conflito assumem o risco da decisão que corre por conta dos árbitros, da mesma forma que esse risco é assumido pelos magistrados no momento em que se decidem, judicialmente, os litígios<sup>94</sup>.

O acordo resultante da mediação pode ou não ter força executiva. Se ele não for escrito e posteriormente levado à homologação judicial (art. 475, “n”, inciso III e IV<sup>95</sup> CPC) ou reduzido a termo, assinado pelas partes e por duas testemunhas,

<sup>91</sup> É importante dizer que a mediação será objeto de análise mais profunda no próximo capítulo.

<sup>92</sup> Sobre alteridade, Warat escreve que “falar de alteridade é dizer muito mais coisas que fazer referência a um procedimento cooperativo, solidário, de mútua autocomposição. Estamos falando de uma possibilidade de transformar o conflito e de nos transformarmos no conflito, tudo graças à possibilidade assistida de poder nos olhar a partir do olhar do outro, e colocarmo-nos no lugar do outro para entendê-lo e a nós mesmos... Enfim, é a alteridade, a outridade como possibilidade de transformação do conflito, produzindo, no mesmo, a diferença com o outro... nesse sentido, também se fala em outridade ou alteridade: a revalorização do outro do conflito em detrimento do excessivo privilégio outorgado aos modos de dizer do direito, no litígio” (WARAT, Luiz Alberto. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 62).

<sup>93</sup> Ibidem, p. 54.

<sup>94</sup> Ibidem, p. 59.

<sup>95</sup> Art. 475-N. São títulos executivos judiciais:

...

III - a sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que inclua matéria não posta em juízo;

IV - a sentença arbitral;

caracterizando, assim, um título executivo extrajudicial (art. 585, II<sup>96</sup> CPC), ele não possuirá força executiva.

Já na arbitragem, as partes elegem um árbitro para solucionar as divergências. Ao contrário da negociação e da mediação, nelas as partes não possuem o poder de decisão que se encontra com o árbitro. No Brasil, a lei 9.307/96<sup>97</sup> estabeleceu que as pessoas capazes de contratar podem valer-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, podendo os envolvidos escolher um árbitro de sua confiança para decidi-lo<sup>98</sup>.

O árbitro é o juiz de fato e de direito e a decisão arbitral não é sujeita à homologação ou passível de recurso ao Poder Judiciário. O cumprimento da decisão é obrigatório. O árbitro deve ser um técnico ou um especialista no assunto em discussão para dar um parecer e decidir a controvérsia. A ele se atribui o poder do juiz e sua decisão é soberana.

Assim, na arbitragem, a autocomposição não acontece devido à presença de um terceiro que decide. A autocomposição relativa pode estar presente na arbitragem nos momentos em que o árbitro convoca as partes para uma conciliação, ou solicita-lhes a colaboração conjunta na reconstrução do relato que precisa ouvir para tomar a decisão arbitral. Porém, em nenhuma circunstância, as partes, na arbitragem, se autocompõem para decidir o conflito<sup>99</sup>.

---

<sup>96</sup> Art. 585. São títulos executivos extrajudiciais:

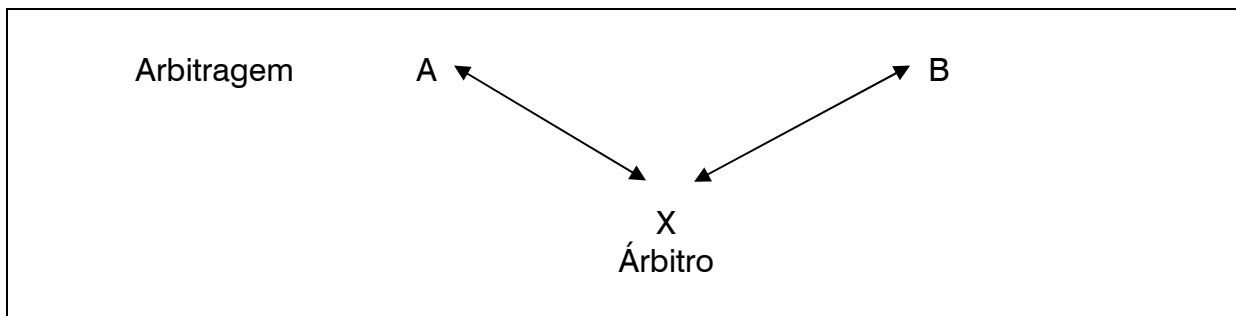
...

II – a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor; o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas; o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados transatores.

<sup>97</sup> A lei brasileira de arbitragem pode ser melhor analisada em: CASELLA, Paulo Borba. *Arbitragem a nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional*. São Paulo: LTr, 1996; MOREIRA TEIXEIRA, Paulo César. *A nova arbitragem comentários à Lei 9.307, de 23.09.96*. Porto Alegre: Síntese, 1997; MUJALLI, Walter Brasil. *Juízo arbitral a nova lei de arbitragem comentários e legislação*. São Paulo: Led, 1997; PARIZATTO, João Roberto. *Arbitragem comentários à lei 9.307, de 23-09-98 revogações dos artigos 1.037 a 1.048 do código de processo civil*. Leme: Led, 1997; TEIXEIRA, Elza Spanó. *Comentários e práticas forenses da arbitragem lei nº 9.307, de 23.09.96*. Leme: Led, 1997; KROETZ, Tarcísio Araújo. *Arbitragem conceito e pressupostos de validade de acordo com a lei 9.307/96*. São Paulo: RT, 1997.

<sup>98</sup> Sobre a arbitragem, é importante a leitura de CAIVANO, Roque J. *Arbitraje su eficacia como sistema alternativo de resolución de conflictos*. Buenos Aires: Ad-Hoc, [s. d.]; CORRÊA, Antonio. *Arbitragem no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1998; FIUZA, César Augusto de Castro. *Teoria geral da arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995; LERA, Silvia Gaspar. *El ámbito de aplicación del arbitraje*. Pamplona: Aranzadi, 1998; LIMA, Cláudio Viana de. *Arbitragem a solução*. Rio de Janeiro: Forense, 1994; RODRÍGUES-CANO, Rodrigo Bercovitz. *Comentarios a la ley de arbitraje*. Madrid: Editorial Tecnos, 1991; ROSSANI GARCEZ. *A arbitragem na era da globalização*. Rio de Janeiro: Forense, 1997; STRENGER, Irineu. *Arbitragem comercial internacional*. São Paulo: LTR, 1996; ZUDDAS, Goffredo. *L'arbitraggio*. Napoli: Jovene Editore Napoli, 1992.

<sup>99</sup> WARAT, Luiz Alberto. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 58-59.



Fonte: ALMEIDA, Tânia. *Mediação Transformativa*. Palestra do 22º Congresso Brasileiro de Terapia Familiar. Gramado: 1996.

Concluindo, verifica-se uma grande afluência de práticas de tratamento de conflitos cuja proposta difere daquela oferecida pelo Judiciário. As práticas de ADR têm como escopo entender os sujeitos enquanto coconstrutores de suas realidades, transitando por um caminho entre o existente e o possível. A proposta consiste em passar de uma visão do conhecimento hegemônico como reflexo do mundo, a uma visão diferenciada na qual o conhecimento e as práticas sociais elaborem uma realidade não mais unidimensional, mas multidisciplinar. Essa nova realidade atravessa fronteiras, trabalha com a diferença (enriquecendo-se com ela), envolve-se no conflito, dissolve-o, literalmente “suja as mãos”<sup>100</sup> para fins de alcançar um tratamento qualitativamente adequado, restabelecendo a comunicação perdida entre os conflitantes.

### 3.1 A mediação enquanto arte “de estar no meio”: o compromisso com a alteridade

É possível dizer que as duas últimas décadas do século passado foram as da mediação. Especialmente entre os anos de 1980 a 1990, se pode vislumbrar a sua explosão: em todos os lugares falava-se de mediação. O que ocorreu foi a banalização do termo, utilizando-o para todo propósito, a torto e a direito. Todavia, a função “mediação” não se exprime somente nas relações interpessoais, mas naquelas que cada um pode ter com as instituições e, entre outras, com as administrações dessas últimas. Assim, não há somente o emprego – bastante intempestivo – do termo “mediação”; existe uma preocupação cada vez mais expressa de achar meios para responder ao problema real: uma enorme dificuldade de se comunicar; dificuldade essa paradoxal numa época em que a mídia conhece um extremo desenvolvimento. Entretanto, a multiplicação de mídias não é sinônimo de real “mediação”. O emprego múltiplo dessa palavra – e de seu conteúdo – testemunha, no final das contas, a necessidade imperiosa, hoje, de situar a mediação na nossa sociedade, de inseri-la, e profundamente<sup>101</sup>.

Nesse contexto, no qual a necessidade de comunicação se demonstra constante, permeado por partes que não conseguem restabelecer o liame perdido,

<sup>100</sup> Essa expressão é cunhada por Eligio Resta ao fazer referência ao trabalho desenvolvido pelo mediador, dizendo que a ele cabe “sporcare le mani”, sujar as mãos, afirmando que não se pode tratar conflitos a distância, sendo necessário envolver-se (RESTA, Eligio. *Il diritto fraterno*. Roma-Bari: Laterza, 2005).

<sup>101</sup> SIX, Jean François. *Dinâmica da mediação*. Tradução de Giselle Groeninga de Almeida, Águida Arruda Barbosa e Eliana Riberti Nazareth. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 27-28.



rompido pelo litígio (cuja consequência é a necessidade de uma comunicação “mediada”), surge a mediação como uma outra forma de tratamento de conflitos que possa responder a tal demanda. O termo “mediação” procede do latim *mediare*, que significa mediar, intervir, dividir ao meio. Derivada da palavra *mediare* também a expressão *mediatione* e toda uma série de outras palavras<sup>102</sup>.

Outras três palavras provenientes do prefixo *med* possuem sua importância apontada por Elígio Resta<sup>103</sup>. O autor explica que entre dois valores extremos, mas opostos e conflitantes, a relação escalonada oferece resultados diversos: a *média*, a *moda* e a *mediana*. Nesse contexto, a *média* pressupõe a separação e a divisibilidade, porém, exclui a conjunção, como recorda a notória decisão do juízo salomônico. A *média* resolve o conflito, porém, o faz cortando, interrompendo cada comunicação e excluindo passado e futuro: é o que faz o juízo quando decide com base numa escolha fria e contábil.

A *moda*, que dentro da escala numericamente exprimível indica simplesmente o valor mais utilizado, também aponta as preferências mais expressas, aproxima, certamente, a maior parte, mas exclui as minorias; tem, justamente, uma característica de princípio majoritário. Já a posição da *mediana* é aquela mais significativa para a experiência de mediação. Enquanto a *média* separa, a *mediana*, une, constituindo, um lugar de partida do qual é possível que a comunicação recomece; enquanto a primeira decide, a segunda conserva espaços argumentativos, para que cada outra possibilidade se realize. A mediação é, pois, isso, e essa é sua diferença a respeito do juízo; ela não deve concluir nem decidir nada, deve somente fazer com que as partes conflitantes estejam em condições de recomeçar a comunicação.

Por conseguinte, a palavra mediação evoca o significado de centro, de meio, de equilíbrio, compondo a ideia de um terceiro elemento que se encontra entre as duas partes, não sobre, mas entre elas. Por isso, a mediação é vista como um processo em virtude do qual um terceiro (o mediador) ajuda os participantes em uma situação conflitiva a tratá-la, o que se expressa em uma solução aceitável e estruturada de maneira que permita ser possível a continuidade das relações entre as pessoas envolvidas no conflito<sup>104</sup>. Trata-se de uma “gestão ativa de conflitos pela catálise de um terceiro” através de uma “técnica mediante a qual são as partes mesmas imersas no conflito quem tratam de chegar a um acordo com a ajuda do mediador, terceiro imparcial que não tem faculdades de decisão<sup>105</sup>”.

---

<sup>102</sup> Todas essas palavras possuem como prefixo *med*, cujos exemplos são: a) *medeor*: cuidar, tratar, curar; b) *meditor*: meditar, pensar em, considerar; c) *modestus*: moderado, mensurado, comedido, razoável; d) *modero*: manter dentro da medida, regular, guiar; e) *modus*: medida, tamanho, maneira; f) *modius*: medida de capacidade; g) *medhyo*: médio; h) *medius*: que está ao centro (Vide ROBERTS, E. A.; PASTOR, B. *Diccionario etimológico indoeuropeo de la lengua española*. Madrid: Alianza, 1997).

<sup>103</sup> RESTA, Elígio. *Il diritto fraterno*. Roma-Bari: Laterza, 2005, p. 91 et seq.

<sup>104</sup> HAYNES, John M. *Fundamentos de la fundamentación familiar: como afrontar la separación de pareja de forma pacífica... para seguir disfrutando de la vida*. Madrid: Gaia, 1993, p. 11.

<sup>105</sup> SIX, Jean François. *Dinâmica da mediação*. Tradução de Giselle Groeninga de Almeida, Águida Arruda Barbosa e Eliana Riberti Nazareth. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 191. Nessa mesma linha: SUARES, Marines. *Mediación*. Conducción de disputas, comunicación y técnicas. Buenos Aires: Paidós, 1997; GOTTHEIL, J.; SCHIFFRIN, A. *Mediación: una transformación en la cultura*. Buenos Aires: Paidós, 1996.

Dentre as várias propostas de definição da expressão “mediação”, aquela construída por Bonafé-Schmidt se sobressai quando propõe considerá-la uma “justice douce”, cujo processo, na maioria das vezes, é informal, através do qual uma terceira pessoa tenta, mediante a organização de trocas entre as partes, confrontar as opiniões, procurando o tratamento para o conflito que as opõe<sup>106</sup>.

O tratamento do conflito através da mediação pode acontecer mediante uma pluralidade de técnicas que vão da negociação à terapia. Os contextos nos quais é possível aplicá-la são vários: mediação judicial, mediação no Direito do trabalho, no Direito familiar, na escola, dentre outros. Possuem como base o princípio de religar aquilo que se rompeu, restabelecendo uma relação para, na continuidade, tratar o conflito que deu origem ao rompimento.

Nesse contexto, a mediação é considerada atualmente como maneira “ecológica de resolução dos conflitos sociais e jurídicos, uma forma na qual o intuito de satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal<sup>107</sup>”. Diz-se dela uma forma consensuada de tratamento do litígio, uma vez que o terceiro mediador<sup>108</sup> tem “um poder de decisão limitado ou não autoritário, e que ajuda as partes envolvidas a chegarem voluntariamente a um acordo, mutuamente aceitáveis com relação às questões em disputa”. Por isso, não se pode perder de vista a importância desta prática em uma sociedade cada vez mais complexa, plural e multifacetada, produtora de demandas que a cada dia se superam qualitativa e quantitativamente.

Justamente por isso a mediação surge como espaço democrático, uma vez que trabalha com a figura do mediador que, ao invés de se posicionar em local superior às partes, se encontra no meio delas, partilhando de um espaço comum e participativo, voltado para a construção do consenso num pertencer comum. Isso se dá porque a mediação não é uma ciência, mas uma arte na qual o mediador não pode se preocupar em intervir no conflito, oferecendo às partes liberdade para tratá-lo. Porém, a mediação suscita um paradoxo composto pelo fato de dizer ao juiz que não desenvolva o papel que disseram ser o seu, isto é, deixar de decidir e adjudicar para propô-la. Consequentemente, o que se pede é que pacifique sem decidir, quando o seu papel é tradicionalmente o de decidir sem, necessariamente, pacificar<sup>109</sup>.

Se comparada à decisão judicial, à composição consensuada entre as partes, percebe-se que a primeira tem por base uma linguagem terceira normativamente regulada. Ao contrário, a mediação desmancha a lide, decompõe-na nos seus conteúdos conflituosos, avizinhando os conflitantes que, portanto, perdem as suas

---

<sup>106</sup> BONAFÈ-SCHMITT, Jean Pierre. Una, tante mediazioni dei conflitti. In: PISAPIA, G.V.; ANTONUCCI, D. *La sfida della mediazione*. Padova: CEDAM, 1997, p. 17. Do mesmo autor é importante a leitura de BONAFÈ-SCHMITT, Jean Pierre. *La Mediation: une justice douce*. Paris: Syros, 1992, p. 161.

<sup>107</sup> WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001. v. 1, p. 5.

<sup>108</sup> “O mediador exerce uma função como que de conselheiro, pois pode aconselhar e sugerir, porém, cabe às partes constituir suas respostas” (BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 134). Luis Alberto Warat afirma que a função do mediador é “provocar-te, estimular-te, para te ajudar a chegar ao lugar onde possas reconhecer algo que já estava ali (ou em ti)”. Esse é o papel do mestre, e também o papel do mediador (WARAT, Luiz Alberto. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 13).

<sup>109</sup> RESTA, Eligio. *Il diritto fraterno*. Roma-Bari: Laterza, 2005, p. 83-84.

identidades construídas antagonicamente. A mediação pretende ajudar as partes a desdramatizar seus conflitos, para que se transformem em algo de bom à sua vitalidade interior.

Contextualmente, enquanto em juízo tudo se movimenta em torno do magistrado (autoridade que tem poder de decidir e de dizer quem ganha e quem perde o processo), na mediação, os conflitantes tomam em suas mãos o tratamento do litígio. A figura do mediador não possui papel central; via de regra, possui papel secundário, poder de decisão limitado ou não oficial; ele não pode unilateralmente obrigar as partes a resolverem a contenda ou impor decisão. Deve mediá-las ou reconciliar os interesses conflitivos, conduzindo para que elas concluam com o seu impulso a melhor solução<sup>110</sup>.

É nessa linha que a mediação, como ética da alteridade<sup>111</sup>, reivindica a recuperação do respeito e do reconhecimento da integridade e da totalidade dos espaços de privacidade do outro, repudiando o mínimo de movimento invasor e dominador. A mudança de lentes ao olhar para os conflitos traz uma nova concepção deles. As divergências passam a ser vistas como oportunidades alquímicas, as energias antagônicas como complementares, e o Direito como solidariedade. As velhas lentes que fragmentavam, classificavam e geravam distâncias vão para a lixeira. Começamos a entender que cada homem não é uma mônada isolada, que não são fragmentos sem conexão. Cada um é interdependente e produto forçado das interações. A sociedade é unicamente produto da complexidade desses vínculos<sup>112</sup>.

Paralelamente à ética da alteridade, deve-se pensar a outridade no sentido de “captar o outro”: é necessário “captar a alteridade ética do outro e a honestidade que trata de se instalar em sua outridade”. Mas quem é o outro? Como se relacionar com ele? As respostas dadas na modernidade eram totalitárias, reducionistas,

---

<sup>110</sup> A conduta do mediador deve se pautar por um procedimento ético que leva a um resultado saudável para as partes. Bolzan de Moraes e Fabiana Marion Spengler anotam os princípios estabelecidos pelo *Modelo-padrão de conduta para mediadores: autodeterminação*, que leva ao reconhecimento, pelo mediador, que as partes devem chegar ao resultado final; *imparcialidade*, afirmando ao mediador a possibilidade de somente mediar as questões nas quais puder manter-se idôneo; *conflito de interesses*, configurada qualquer possibilidade de caracterização de conflito entre os interesses do mediador e das partes, seja de ordem material, seja de ordem ideológica, deverão elas ser alertadas; *competência*, assim entendendo a qualificação técnica a respeito do tema a ser mediado; *confidencialidade*, sendo-lhe defesa a divulgação de quaisquer informações que lhe sejam de conhecimento em razão da atividade; *qualidade do processo*, assim entendendo o bom orquestramento dos atos necessários, preservando a isonomia de tratamento, diligência e ordem; *anúncios ou solicitações*, a seriedade e veracidade de afirmações não deve prevalecer apenas no curso do processo de mediação, mas antes dele, quando de sua escolha; *custos*, sejam eles quanto às despesas necessárias para o andamento do estudo a ser produzido, seja dos honorários de mediação. De outra forma, buscar a definição dos melhores e menos onerosos caminhos às partes; e, por fim, *a obrigatoriedade de desenvolvimento de práticas de mediação*, muito embora evidente, há que se registrar a necessidade de o mediador envidar esforços no sentido de realmente aplicar seus conhecimentos para fins de obter o resultado frutífero para ambas as partes. (grifos dos autores) (BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 165-167, passim).

<sup>111</sup> Sobre o tema vide BUBER, Martin. *Eu e tu*. Tradução de Newton Aquiles Von Zuben. 8. ed. São Paulo: Centauro, 2004.

<sup>112</sup> WARAT, Luiz Alberto. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 55.

manipuladoras, eurocêntricas, egocêntricas, etnocêntricas. Respostas que procuram dissolver o outro em sua alteridade, para terminar devorado pelos modelos hegemônicos que pertenciam à cultura referencial colocada em posição de domínio. Modelos de egos coletivos ou egos-padrões. Ego logocêntrico, que considera a alteridade como duplicação da subjetividade de cada um, que, por sua vez, se imagina coincidente com a razão universal. Nossa subjetividade como medida de tudo alheio a nós. É a violência de reduzir o outro a nós. A nova visão da outridade pretende mostrar que é possível ascender partindo da responsabilidade, que é algo inclusive anterior à nossa liberdade, à nossa autonomia<sup>113</sup>.

O fim da mediação é exatamente responsabilizar os conflitantes pelo tratamento do litígio que os une a partir de uma ética da alteridade, encontrar, com o auxílio de um mediador, uma garantia de sucesso, aparando as arestas e divergências, compreendendo as emoções reprimidas e buscando um consenso que atenda aos interesses das partes e conduza à paz social<sup>114</sup>. Para chegar a esse fim, existem duas formas básicas de mediação: mandatária e voluntária. A mandatária é aquela que decorre de determinação legal ou da vontade previamente definida contratualmente pelas partes. Voluntária é aquela definida pelas partes, em comum acordo, quando da existência do impasse. Não pode ser imposta a nenhuma delas<sup>115</sup>.

Existem, ainda, dois tipos de mediação, um que busca a institucionalização da mediação; outro que a vê como possibilidade autônoma. Desse modo, temos a mediação institucional, que cumpre um trabalho específico a serviço, ao mesmo tempo, de sua instituição e dos clientes dessa. Nesses termos, a própria justiça quis instituir mediadores que atenuassem o congestionamento dos tribunais, tentando que tal ou qual litígio não chegasse justamente a esses tribunais, sendo prévia e amigavelmente regulado, sob o controle de um mediador. Ao lado dos mediadores institucionais, há os mediadores cidadãos. Sua origem é totalmente diferente. Eles não são fabricados pelas instituições, são mediadores “naturais”, que nascem nos grupos sociais; são como que secretados por eles para as necessidades da comunicação. Eles não têm poder como tal, não são juízes que vão sentenciar, nem árbitros aos quais se delega a conclusão de uma contenda; eles não têm mais do que a autoridade moral. Se alguém se dirige a eles é porque considera que são, não gurus que decidem, mas, ao contrário, sábios que sugerem. Eles abrem uma via nova em relação ao impasse em que alguém se perdeu, a um dilema do qual se quer sair, envolvendo a si mesmo ou aos outros<sup>116</sup>.

Além de possuírem origens diferentes, os mediadores institucionais e cidadãos também possuem condutas/maneiras de agir diferentes. Primeiramente, os mediadores institucionais são essencialmente especialistas formados para atender a um problema específico, bem definido, pelo qual vão responder. Já os mediadores cidadãos são os cidadãos entre os cidadãos. E se aos primeiros, porque aparecem como que exprimindo um poder, pede-se trazerem respostas a

---

<sup>113</sup> Ibidem, p. 145.

<sup>114</sup> TORRES, Jasson Ayres. *O acesso à justiça e soluções alternativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 171.

<sup>115</sup> BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 140.

<sup>116</sup> SIX, Jean François. *Dinâmica da mediação*. Tradução de Giselle Groeninga de Almeida, Águida Arruda Barbosa e Eliana Riberti Nazareth. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 28-31.

problemas, outra será a posição relativa aos mediadores cidadãos. Dirige-se a esses de igual para igual, pede-se que sejam verdadeiramente uma terceira pessoa: alguém que não será de modo algum o árbitro que sentencia, alguém que não fará recair o peso de seu poder, alguém que não levará antes uma ajuda e assistência material e técnica. O que se pedirá aos mediadores cidadãos? Deve ser, por sua presença, sua acolhida, sua escuta, alguém que permitirá avançar no tratamento do problema – no qual você não vê a decisão a tomar – que existe com outro, na família, na empresa, no bairro. Assim, os mediadores cidadãos destinam-se a encontrar pessoas, primeiramente. Eles não resolvem conflitos: encontram pessoas que estão dentro de uma situação de conflito. Os mediadores cidadãos não vêm trazer uma solução externa, mas estimulam a liberdade, a coragem, a vontade própria. Ser mediador cidadão é uma arte que, como todas as artes, não termina jamais de refinar-se <sup>117</sup>.

Independentemente se feita por um mediador institucional ou cidadão, a privacidade é uma das características da mediação, uma vez que o processo é desenvolvido em ambiente secreto e somente será divulgado se esta for a vontade das partes. O mediador é compromissado a zelar para que assim se desenvolvam os trabalhos e da mesma forma deve agir. Essa característica somente será desconsiderada quando o interesse público se sobrepõe ao das partes, ou seja, quando a quebra da privacidade for determinada por decisão legal ou judicial, ou

---

<sup>117</sup> Ibidem, p. 34-35.

Um texto que reflete bem o trabalho dos mediadores voluntários/cidadãos é datado da década de 70 e resulta de uma pesquisa realizada numa favela brasileira que o autor, Boaventura de Sousa Santos, chama de Pasárgada. A pesquisa foi publicada na forma de livro em 1988 e, não obstante já se terem passado algumas décadas desde sua elaboração, é rica fonte de consulta quando o objetivo é entender e analisar essa forma inoficial de gestão de conflitos. Na pesquisa realizada por Boaventura de Sousa Santos, ele observou que a proliferação dos bairros marginais nos grandes centros urbanos dos países do chamado terceiro mundo constitui uma das características mais salientes do processo de reprodução social do operariado industrial (e do exército de reserva) no capitalismo periférico. A luta pela legalização do espaço, pela melhoria de condições habitacionais e pela segurança faz com que a comunidade se una em torno de tais objetivos. O trabalho desenvolvido em prol da satisfação das necessidades da favela é feito por associações de bairros que, com o passar do tempo, assumem funções diferenciadas daquelas previstas nos estatutos, como a de arbitrar conflitos entre os vizinhos. O direito de Pasárgada é um direito paralelo não oficial, cobrindo uma interação jurídica muito intensa à margem do sistema jurídico estatal (o direito do asfalto, como lhe chamam os moradores das favelas, por ser o direito que vigora apenas nas zonas urbanizadas e, portanto, com pavimentos asfaltados). Pasárgada ainda apresenta um “*modelo decisório: mediação versus adjudicação*”, pois se assenta na mediação, ao contrário do modelo de adjudicação, que se encontra expressamente orientado para a “contabilização plena dos méritos relativos das posições no litígio e que, por essa via, maximiza o potencial de persuasão do discurso e o conseqüente potencial de adesão à decisão”. A partir do relato e da discussão sobre a resolução dos litígios, comparando, pode-se concluir que atualmente o Direito oficial apresenta um elevado grau de institucionalização da função jurídica, que se tornou especializada, autônoma, burocrática e sistematizada, apontando tarefas rigidamente definidas e hierarquizadas. Tais características trazem como conseqüências a padronização e a impessoalização de procedimentos, a falta de celeridade e, por último, a ineficácia na aplicação da lei em determinados litígios. Utilizando o estudo realizado em Pasárgada e verificando a negociação e a aplicação de leis inoficiais na solução dos conflitos, sempre feitas através de um mediador representado na figura do presidente da associação de bairros, pode-se verificar que a conseqüência de não ser alcançado pelo Estado é a criação do direito inoficial, uma vez que “enquanto se está à margem da justiça oficial tudo é negociável” (SANTOS, Boaventura de Sousa. *O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988).

ainda por uma atitude de política pública. A economia financeira e de tempo também se sobressai como marco importante, pois, ao contrário dos processos judiciais que, lentos, mostram-se custosos, os litígios levados à discussão através da mediação tendem a ser resolvidos em tempo menor, o que acarreta uma diminuição do custo indireto, eis que, quanto mais se alongar a pendência, maiores serão os gastos com a sua resolução<sup>118</sup>.

O procedimento de mediação se caracteriza, ainda, pela oralidade, uma vez que trata-se de um processo informal<sup>119</sup> no qual as partes têm a oportunidade de debater os problemas que lhes envolvem, visando encontrar possibilidades. O fato é que essa oralidade serve também para reaproximar os conflitantes, visto que o instituto da mediação, ao contrário da jurisdição tradicional, busca o tratamento das pendências através do debate e do consenso, tendo como objetivo final a restauração das relações entre os envolvidos. O consenso tem como ponto de partida a autonomia das decisões, que uma vez tomadas pelas partes não necessitarão ser alvo de futura homologação pelo Judiciário. Compete às partes optarem pelo melhor para si mesmas. Entretanto, se produzirem uma decisão totalmente injusta ou imoral, é porque alguma falha ocorreu ao longo do procedimento de mediação. Não compete ao mediador oferecer a solução do conflito, porém é de sua competência a manutenção e a orientação do seu tratamento.

Para que seja exitoso o procedimento de mediação, é necessário que exista equilíbrio das relações entre as partes: não obterá êxito a mediação na qual as partes estiverem em desequilíbrio de atuação. É fundamental que a todos seja conferida a oportunidade de se manifestar e garantida a compreensão das ações que estão sendo desenvolvidas. A prioridade do processo de mediação é a restauração da harmonia. Buscar-se-á harmonia através do favorecimento das trocas entre as partes, utilizando-se de um método conciliatório<sup>120</sup>.

Mas, não obstante as vantagens oferecidas pela mediação, ela não possui só adeptos. Muitas críticas são tecidas especialmente quanto a um dos seus aspectos principais: a informalidade que, segundo os críticos, gera a insegurança e a incerteza jurídica. Sobre o assunto, se debaterá adiante.

---

<sup>118</sup> BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 134-135.

<sup>119</sup> Em função de apresentar “exigências processuais mínimas, a mediação proporciona oportunidade ilimitada para que as partes exerçam flexibilidade ao comunicar suas preocupações e prioridades básicas em relação à disputa. A mediação pode mostrar às partes soluções alternativas potenciais, dar-lhes condições de melhorar e reforçar suas relações em interações futuras e estimulá-las a explorar e a atingir soluções criativas que permitam ganhos mútuos e um alto grau de acato às decisões” (COOLEY, John; LUBET, Steven W. *A advocacia de arbitragem*. Tradução de René Locan. Brasília: Universidade de Brasília, 2001, p. 29). Vide também SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

<sup>120</sup> BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 137.

#### 4 AS CRÍTICAS À MEDIAÇÃO

Se a mediação é um instrumento que permite o restabelecimento da comunicação entre os litigantes, por que suscita tanta resistência quanto à sua utilização e se torna alvo de críticas dos operadores do Direito e da justiça? Pode-se responder a tal pergunta elencando alguns motivos dessa resistência: a) primeiramente, porque é um instrumento relativamente novo<sup>121</sup> de tratamento de conflitos; b) em segundo lugar, porque se trata de uma técnica não disciplinada legalmente em alguns países<sup>122</sup>; c) por último - e esse é o ponto de maior importância -, a perspectiva de uma verdade consensual que se opõe à verdade processual, de uma responsabilidade que não desemboca em uma sanção, mas na possibilidade de escolha das partes, na ausência da figura do juiz, na presença do mediador - figura que guia as pessoas no tratamento do conflito sem, todavia, impor uma decisão -, soa na mente dos juristas como um resquício de justiça privada. Percebe-se, nesse último caso, que a mediação é vista como “una zona d’ombra”<sup>123</sup> na qual se aninha o perigo através de formas paternalistas de controle social, exercitadas sem as tutelas que a justiça formal oferece<sup>124</sup>.

Nesse contexto, a mediação realiza, através de uma pluralidade de formas, o fim que o Direito, na sua generalidade, parece negar ao singular: a possibilidade de recuperação daqueles espaços decisoriais que a organização estatal, sempre invasiva e juridificada, passo a passo subtraiu. No entanto, opor a mediação ao Direito significa recair na lógica conflitual da qual se busca a liberdade. Talvez seja melhor (e mais útil) considerá-los com instrumentos diferentes que se inserem em estados e níveis diversos na trama da conflitualidade<sup>125</sup>.

<sup>121</sup> Ainda que existam diversos autores que afirmem a existência da mediação desde os primórdios da civilização, trata-se de um instituto novo enquanto instrumento de tratamento de conflitos reconhecido pelo mundo do Direito como eficiente. Nesse contexto, Moore afirma que a mediação já era prática para tratar os litígios bíblicos, especialmente nas comunidades judaicas. Posteriormente, seu uso se difundiu entre várias culturas, dentre elas a islâmica, a hindu, a chinesa, a japonesa. Todavia, o próprio autor ressalta que foi nos últimos 25 anos que a mediação se expandiu exponencialmente no mundo, ganhando espaço e tornando-se reconhecida como meio de tratamento de litígios alternativo às práticas judiciais (MOORE, Christopher W. *O Processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos*. Tradução de Magda França Lopes. Porto Alegre: Artmed, 1998, p. 32-34).

<sup>122</sup> O Brasil é um exemplo. Possuímos dois projetos de lei que pretendem disciplinar a mediação (Projeto de Lei nº 94, de 2002 – nº 4.827 de 1998 da casa de origem - e Projeto de Lei n. 4.945, de 2005), mas que ainda não foram votados.

<sup>123</sup> Para debater essa concepção da mediação como uma zona de sombra do direito, é importante a leitura de PUPOLIZIO, Ivan. *Una comunità all’ombra del diritto*. La mediazione sociale e la giustizia informale nel modello statunitense e nell’esperienza italiana. Milano: Giuffrè, 2005.

<sup>124</sup> COSI, Giovanni; FODDAI, Maria Antonietta. *Lo spazio della mediazione. Conflitti di diritti e confronto di interessi*. Milano: Giuffrè, 2003, p. 62 .

<sup>125</sup> Michele Taruffo escreve sobre o tema traçando um paralelo entre a “cultura do direito” e a “cultura da mediação”, tecendo críticas à segunda, especialmente quanto à inexistência de previsão e certeza em suas técnicas de tratamento dos conflitos. Assim, “tutto questo non deve però far pensare che la cultura dei diritti sia in fase di estinzione, per essere sostituita da una vera e propria cultura della mediazione, e che quindi l’ordinamento si vada complessivamente adeguando a questa sorta di mutazione culturale. La vera ragione della proliferazione, soprattutto legislativa, della mediazione, é culturalmente assai meno qualificata e risiede nella conclamata incapacità del legislatore di provvedere forme decorose di tutela giurisdizionale dei diritti.

No concernente à necessidade de legislação específica sobre a mediação, ao discutir a experiência francesa no campo da mediação penal, Jacques Faget elabora considerações que podem ser aproveitadas em qualquer contexto no qual a mediação esteja inserida. Segundo o autor, é oportuna a aprovação de uma legislação que coloque a mediação em um quadro ético e jurídico, tornando-a adequada às exigências do sistema social, frente aos possíveis riscos e abusos que possibilitaria enquanto instrumento privado de controle jurídico<sup>126</sup>.

Porém, nem todos aqueles que se ocupam da mediação concordam com a tão aclamada necessidade de juridificação através da criação de legislação específica que a regule determinando seus objetivos, formas e possibilidades. O temor nasce da possibilidade de perda de seu caráter não decisionista e não autoritário de tratamento de conflitos<sup>127</sup>. O que não se pretende é ver cristalizadas as suas principais características que lhe permitem conservar a fluidez possibilitadora de adequação a situações diversas.

Paralelamente, torna-se importante observar com particular atenção a relação entre prática e teoria da mediação<sup>128</sup>, uma vez que fazer mediação e pensar na mediação parecem duas atividades heterogêneas que respondem a ritmos, critérios e exigências diferentes. Em parte, essa crença foi induzida de uma imagem simplificada da mediação, exibida como uma prática que não tem necessidade de uma teoria para funcionar adequadamente: mais do que o êxito de um projeto político, de um programa rigorosamente definido nos seus aspectos teóricos, a mediação “tem as características de uma prática em busca de uma teoria que a justificasse<sup>129</sup>”. Os seus defensores, de fato, afirmavam que a mediação não tinha necessidade de uma legitimação teórica, apenas precisava demonstrar sua eficácia no campo social<sup>130</sup>.

Ocorre que a rápida aceitação social da mediação enquanto técnica não correspondeu às expectativas de dispensabilidade teórica, de modo que, atualmente, as maiores dificuldades e resistências não são de natureza exclusivamente técnica, mas ideológica. Duvida-se que mediação e Direito possam conviver lado a lado, pacificamente, pois possuem valores que interagem desestruturando-se mutuamente<sup>131</sup>.

É por isso que o risco de introduzir a mediação no sistema jurisdicional é reduzi-la à condição de um mero instrumento a serviço de um Sistema Judiciário em crise, mais do que da paz social. A sua institucionalização pode resultar útil se

---

(TARUFFO, Michele. Considerazioni sparse su mediazione e diritti. *Ars Interpretandi*. Padova: CEDAM, 2004, n. 9).

<sup>126</sup> FAGET, Jacques. Le cadre juridique et éthique de la médiation pénale. In: CARIO, R. *La médiation pénale*. Paris: L'Harmattan, 1997, p. 37 et seq.

<sup>127</sup> CASTELLI, S. *La mediazione*. Milano: Raffaello Cortina, 1996, p. 30 et seq.

<sup>128</sup> Ainda que a prática da mediação não seja o objeto principal da presente tese, cujas atenções estão voltadas muito mais para a teoria da mediação, tal discussão se mostra importante uma vez que dela pode-se examinar uma das principais resistências à sua utilização como meio de tratamento de conflitos.

<sup>129</sup> COSI, Giovanni. *La responsabilità del giurista*. Torino: Giappichelli, 1998, p. 343.

<sup>130</sup> COSI, Giovanni; FODDAI, Maria Antonietta. *Lo spazio della mediazione. Conflitti di diritti e confronto di interessi*. Milano: Giuffrè, 2003, p. 66.

<sup>131</sup> Assim, “law aims to resolve disputes on the basis of rules, whereas alternative disputes resolution mechanism turn to nonlegal values” (EDWARDS, H. T. *Alternative dispute resolution: panacea or anatema?* In: *Harvard law review*. 1986. v. 99, p. 668-684, passim).



observada conforme critérios econômicos, mas perigosa de acordo com critérios jurídico-políticos. A alteridade da mediação quanto ao Direito nasce dos fins e dos princípios que a inspiram, de uma modalidade diversa de entendimento das relações interpessoais. Nesses termos, mediação e Direito propõem dois modelos diversos na forma, na estrutura decisional e, principalmente, nos princípios inspiradores<sup>132</sup>.

A comparação quanto à forma e ao conteúdo das regras seguidas judicialmente na gestão e tratamento de conflitos e na mediação evidenciam o porquê da última ser chamada de justiça doce<sup>133</sup>. Em função de tais características, para muitos a mediação não pode ser considerada como justiça porque é privada de critérios de igualdade – o que pode ser entendido como falta de garantias de isonomia no tratamento de todos aqueles que a ela recorrem –, de certeza<sup>134</sup> e de respeito aos direitos, uma vez que se baseia em princípios éticos, como ouvir e compreender.

A falta de certeza dos procedimentos de ADR – dentre eles a mediação – é uma das principais críticas<sup>135</sup>. A argumentação possui dois pontos principais: 1) o primeiro diz respeito à diferenciação entre segurança e certeza jurídicas<sup>136</sup>. Quando o nascimento da segurança jurídica se acompanha da possibilidade de um conhecimento certo das normas por parte dos destinatários, esses podem manejar a informação sobre o que é proibido, determinado ou permitido. Isso permite organizar a sua conduta programando as expectativas de sua atuação jurídica futura segundo modelos razoáveis de previsibilidade. Esses são os elementos que constituem a certeza jurídica. 2) O segundo critério diz respeito ao papel atribuído à certeza e à segurança jurídicas que se encontra vinculado à realização de certos bens dos seus destinatários. Em resumo, a certeza como percepção de previsibilidade das ações dos outros permite organizar a conduta presente dos destinatários, assim como estabelecer projetos de vida futura sob um plano de liberdade e justiça.<sup>137</sup>

---

<sup>132</sup> COSI, Giovanni; FODDAI, Maria Antonietta. *Lo spazio della mediazione. Conflitti di diritti e confronto di interessi*. Milano: Giuffrè, 2003, p. 68-69.

<sup>133</sup> BONAFÈ-SCHMITT, Jean Pierre. *La Mediation: une justice douce*. Paris: Syros, 1992.

<sup>134</sup> A importância da “certeza jurídica” na legislação e nos procedimentos judiciais foi analisada no terceiro capítulo. No entanto, é importante retomar o conteúdo desse critério para fins de clarear a discussão agora entabulada.

<sup>135</sup> [...] manca tanto una formulazione di criteri di valutazione e di decisione, quanto la possibilità di qualsiasi tipo di controllo diffuso degli organi che gestiscono questi metodi. Questi concedono un valore assoluto alla decisione ad hoc, basata sulla situazione specifica, senza fare riferimento a dei criteri generali. Una conseguenza di ciò è che molte soluzioni vengono applicate seguendo la logica del “caso per caso”, senza che si possa individuare nessuna certezza o almeno previsione sul risultato delle controversie, né alcuna uniformità di criteri per risolverle [...]. (TARUFFO, Michele. *Aspetti della giustizia civile: frammentazione e privatizzazione*. In: *Anuário de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*. 3, 1999, p. 73-74).

<sup>136</sup> Assim, a) conceito de segurança jurídica é ligado à coincidência de uma regularidade estrutural e funcional do sistema jurídico. Essas duas “regularidades” se constituem a partir da promulgação das leis e da criação das instituições; b) já o conceito de certeza depende do conceito de segurança jurídica; a certeza torna-se o seu aspecto subjetivo (LUÑO, Perez. *La seguridad jurídica*. Barcelona: Ariel, 1991, p. 23-27).

<sup>137</sup> SOLER, Raúl Cavo. I Giochi senza arbitro né segnapunti. La mancanza di certezza nella risoluzione dei conflitti. Traduzione di Caterina Briguglia. In: *Ars Interpretande*. Padova: CEDAM, 2004. n. 9.

A tão almejada certeza jurídica e seus critérios de previsibilidade são apontados como uma falha nos procedimentos de mediação, se comparada ao tratamento judicial dos conflitos, uma vez que, na segunda hipótese, a autonomia privada é substituída por uma autoridade que impede a prevaricação de uma parte sobre a outra. Essa afirmativa divide-se em dois pontos principais: a) a assimetria do poder, segundo a qual o fato de confiar o tratamento do conflito a uma figura portadora de autoridade pode depender da presença de uma assimetria de poder na relação<sup>138</sup>. A parte em desvantagem sabe que, se a resolução depende da autonomia, é possível que o acordo final requeira grandes concessões suas. Contudo, mediante a intervenção de uma autoridade que estabeleça a solução, a princípio, existe a confiança de não ocorrer pressões para que estas concessões aconteçam; b) a preservação das relações futuras<sup>139</sup>, uma vez que se uma das partes impõe sua posição ao outro, provavelmente prejudica a sua relação futura<sup>140</sup>.

Nesse mesmo contexto, o tratamento de conflitos baseado na certeza busca soluções objetivas e não posicionamentos que expressem preferências, crenças ou desejos das partes envolvidas. Em resumo, os métodos jurisdicionais são ligados à realidade inevitável da “solução”. O processo termina com uma “solução” para o conflito, na qual o juiz diz a última palavra, não importa se justa, se correta, se aplicável ao caso, mas a última<sup>141</sup>. Na mediação não é assim, o princípio da autonomia não vem substituído pela autoridade de um terceiro. Ao contrário, as partes buscam o tratamento adequado de seu conflito. Nesses termos, a mediação corresponde a um jogo sem árbitro e sem pontuação: são sempre os jogadores que controlam a partida<sup>142</sup>.

---

<sup>138</sup> Nesse sentido, o modo de assegurar uma adequada proteção à parte mais fraca dos conflitos é um problema ressaltado por Michele Taruffo, quando argumenta: “[...] nonché il problema di ammettere o di escludere la presenza dei difensori, di una parte o di entrambi le parti. In ogni caso, sembra necessario che vi sia un procedimento ‘visibile’, guidato da regole predefinite, nel quale tutte le parti abbiano modo di far valere le loro pretese in modo adeguato. [...] informalità del procedimento non può significare disparità ed arbitrio. (TARUFFO, Michele. Considerazioni sparse su mediazione e diritti. *Ars Interpretandi*. Padova: CEDAM, 2004. n. 9).

<sup>139</sup> Um tanto quanto paradoxal esta afirmação, uma vez que a mediação também pretende manter e proteger o relacionamento futuro entre as partes, justamente por isso um dos seus objetivos é manter um canal aberto de comunicação entre elas.

<sup>140</sup> SOLER, Raúl Cavo. I Giochi senza arbitro né segnapunti. La mancanza di certezza nella risoluzione dei conflitti. Traduzione di Caterina Briguglia. In: *Ars Interpretande*. Padova: CEDAM, 2004. n. 9.

<sup>141</sup> Segundo Eligio Resta, “bela é a expressão de Blanchot: ‘o valor ‘soberano’ da palavra!’. A palavra reina soberana no mundo da contabilidade jurídica. É sua expressão e seu veículo. Nela, sedimentam-se a validade e o vigor. A gramática dela é a gramática de um poder, que “diz o direito”, ou melhor, “diz a última palavra”. A sua validade está toda em ser a última palavra. Certamente que outras linguagens reivindicarão esta definitividade; o farão a religião, a filosofia, a ética, até a literatura, de maneira mais sóbria, talvez menos prepotente e mais cintilante. Cada uma delas produzirá juízes; de resto, na linguagem comum, diz-se “cuspir sentenças”, que indicam o vício inveterado de cada um de nós julgar.[...] De um ponto de vista frio do sistema social, tudo isso é um dos mecanismos para interromper a maldosa infinitude da violência e ferir a própria capacidade de conviver com ela. Somos obviamente distantes do exercício de artes ou de práticas da virtude, da prudência (RESTA, Eligio. *Il diritto Fraterno*. Roma-Bari: Laterza, 2005, p. 64).

<sup>142</sup> SOLER, Raúl Cavo. I Giochi senza arbitro né segnapunti. La mancanza di certezza nella risoluzione dei conflitti. Traduzione di Caterina Briguglia. In: *Ars Interpretande*. Padova: CEDAM, 2004. n. 9.

De fato, o que a mediação propõe é um modelo de justiça que foge da determinação rigorosa das regras jurídicas, abrindo-se à participação e à liberdade de decisão entre as partes, à comunicação de necessidades e de sentimentos, à reparação do mal mais que a punição de quem o praticou. Contudo, esse modelo diferenciado que propõe uma outra forma de tratar os conflitos, buscando não só uma solução para o Poder Judiciário (cujo modelo de jurisdição se encontra esgotado), mas também a autonomia das partes, possui, na falta de previsibilidade (baseada nas regras e nos procedimentos), uma causa de vantagem e outra de desvantagem. A vantagem fundamental é a não submissão a uma *lex previa*, o que permitirá um grau maior de atenção ao caso concreto, favorecendo a identificação de uma pluralidade de caminhos condizentes com as características de cada conflito.

Porém, a desvantagem advém da falta de previsibilidade no processo de criação do acordo, uma vez que, quando duas partes interagem apelando a uma determinada norma, essa funciona como ponto focal em torno do qual gravitam as suas pretensões. Ao contrário, a falta deste ponto focal permite ampliar o conjunto de possíveis tratamentos do conflito. Entretanto, esse aumento de opções permite o distanciamento entre as pretensões de cada parte. Assim, quanto mais estratégias é possível imaginar, mais provável é que aquilo que cada parte pretenda se distancie consideravelmente daquilo que quer a outra. Essa desvantagem pode ser reparada pela figura do mediador dotado de recursos necessários para conduzir os envolvidos a um ponto comum de análise do conflito. E isso só é possível quando se aceita a proposta de um mediador estratégico<sup>143</sup>.

Nesse sentido, existem duas posições extremas: a) de um lado, se encontra a proposta de um mediador que restrinja o seu próprio campo de ação à facilitação da comunicação entre os atores do conflito. Nesse caso, o papel do mediador vem substancialmente assimilado àquele do moderador de um debate; b) em contraposição a essa proposta, observa-se o papel desenvolvido por um mediador mais estratégico<sup>144</sup>, que deverá ter em mente uma possível via para o tratamento do conflito<sup>145</sup>.

Diante das duas propostas de mediadores, é possível resumir dizendo que o mediador estratégico é aquele que aponta as possíveis formas de tratar o conflito, conduzindo as partes à escolha de uma delas. É aquele cuja certeza e previsibilidade são mais presentes, de modo a corresponder às expectativas baseadas na regularidade de comportamento. De fato, um dos temores é que a falta de previsibilidade possa condicionar, inicialmente, o alcance do acordo no momento em que quanto menores são as informações a respeito dos potenciais comportamentos dos atores, maiores serão as variáveis que esses mesmos autores pretenderão incluir para fazer frente a cada eventualidade<sup>146</sup>.

---

<sup>143</sup> Ibidem.

<sup>144</sup> Vide CALCATERRA, R. *Mediación estratégica*. Barcellona: Gedisa, 2002.

<sup>145</sup> SOLER, Raúl Cavo. I Giochi senza arbitro né segnapunti. La mancanza di certezza nella risoluzione dei conflitti. Traduzione di Caterina Briguglia. In: *Ars Interpretande*. Padova: CEDAM, 2004. n. 9.

<sup>146</sup> Una dimostrazione dell'applicazione di questa regola è, per esempio, che la formalizzazione dei vincoli commerciali tra imprese che cominciano una collaborazione richiede una maggiore quantità di considerazioni rispetto al caso in cui il rapporto è già assestato. Ciò avviene anche nelle situazioni in cui la previsione di ciò che farà l'altro abbia una connotazione negativa: se

Ao criticar a mediação como meio de tratamento de conflitos, argumentando também em torno da falta de certeza e de previsão legal, Michele Taruffo salienta dois temas aos quais dá especial atenção. O primeiro deles está ligado à figura do mediador que, segundo o autor, deveria apresentar ao menos duas ordens de características: uma adequada preparação profissional, que inclua não só competências jurídicas, mas também um específico conhecimento das técnicas de mediação; o segundo diz respeito a independência e imparcialidade quanto às partes e ao objeto do litígio, uma vez que, não observados tais critérios, poderia favorecer um dos lados em detrimento do outro, alcançando um tratamento não satisfativo do conflito<sup>147</sup>.

Ainda, a falta de previsibilidade no procedimento de mediação institui uma segunda problemática constituída na inexistência de expectativas *ex ante*, baseadas sobre uma regra que resolva o conflito e faça com que as previsões sobre como se comportará o outro sejam ligadas à história dessa pessoa<sup>148</sup>. A questão se torna problemática porque uma vez aceito que a relação conflitual se manifeste nas histórias dos atores e que as suas previsões sejam funcionais a tais histórias, é muito provável que cada uma faça previsões não compartilhadas e até mesmo opostas<sup>149</sup>.

O desencontro de posicionamentos vertidos de uma situação conflituosa, a figura do mediador enquanto terceiro intermediário do conflito, a inexistência de previsibilidade e certeza jurídicas são vistos como limitadores da mediação. Essa visão nasce da necessidade de ordem<sup>150</sup> estabelecida pelas prerrogativas de um sistema jurisdicional cuja racionalidade vê na autoridade estatal o direito de dizer quem ganha e quem perde o litígio. O que se observa é a necessidade de limitar a violência e a desordem através do monopólio dessa própria violência por parte do Estado.

É justamente isso que propõe a mediação: um espaço para acolher a desordem social, um espaço no qual a violência e o conflito possam transformar-se, um espaço no qual ocorra a reintegração da desordem, o que significaria uma verdadeira revolução social que possa refutar o espírito, os usos e os costumes pouco democráticos e pouco autônomos impostos aos conflitantes. A mediação

---

conosco l'errore posso darmi da fare per eliminarlo. La maggiore complessità di questa situazione può compromettere la realizzazione degli accordi (Ibidem).

<sup>147</sup> TARUFFO, Michele. Considerazioni sparse su mediazione e diritti. In: *Ars Interpretandi*. Padova: CEDAM, 2004. n. 9.

<sup>148</sup> CALCATERRA, R. *Mediación estratégica*. Barcellona: Gedisa, 2002, p. 183 et seq.

<sup>149</sup> Essa visão é traduzida por Michele Taruffo quando argumenta que a mediação possui tradicionalmente uma idéia que se assemelha a uma *black box*, na qual ninguém sabe ou deve saber que coisa acontece, e na qual o mediador e as partes fazem aquilo que querem sem seguir nenhuma “regola del gioco”. Esse é um dos argumentos nos quais se fundam as críticas.

<sup>150</sup> “Ordem é ordem”. É impossível que o caráter definitivo e indiscutível atrelado à ordem seja a causa da pouca reflexão a seu respeito. Aceita-se a ordem como algo que sempre existiu; ela parece tão natural quanto imprescindível. Desde pequeno, o homem acostuma-se às ordens; nelas consiste, em boa parte, tudo aquilo a que se chama educação; e mesmo a totalidade da vida adulta encontra-se impregnada dela, seja na esfera do trabalho, da vida ou da fé. Pouquíssimas vezes o homem se perguntou o que, de fato, é a ordem: se ela é tão simples quanto parece; se, a despeito da prontidão e facilidade com a qual produz o efeito esperado, ela não deixaria outras marcas mais profundas e talvez até hostis, naquele que obedece a elas (CANETTI, Elias. *Massa e poder*. Tradução de Sérgio Tellaroli. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 303).

oferece tudo isso, a sua especificidade e a sua função essencial é justamente acolher a desordem<sup>151</sup>. De que modo? O conflito é a manifestação mais representativa da desordem (independentemente se individual ou coletivamente), para que possam tratá-lo, as partes devem estar conscientes do caráter excepcional do encontro que emerge da mediação. No curso do procedimento de mediação, a cólera, as diferenças (não reconhecidas ou não aceitas), os desejos obstaculizados e a violência têm o direito de existir. Os mediadores se encontram em frente a um perseguido e a um perseguidor (e vice-versa). Somente uma rigorosa representação do conflito pode acolher a desordem e representar cada momento do drama, deixando o seu espaço e o seu tempo<sup>152</sup>.

A mediação é a melhor fórmula até agora encontrada para superar o imaginário do normativismo jurídico, esfumando a busca pela segurança, previsibilidade e certeza jurídicas para cumprir com objetivos inerentes à autonomia, à cidadania, à democracia e aos direitos humanos. Portanto, as práticas sociais de mediação configuram-se em um instrumento de exercício da cidadania, na medida em que educam, facilitam e ajudam a produzir diferenças e a realizar tomadas de decisões, sem a intervenção de terceiros que decidem pelos afetados em um conflito. Falar de autonomia, de democracia e de cidadania, em um certo sentido, é ocupar-se da capacidade das pessoas para se autodeterminarem em relação e com os outros; autodeterminarem-se na produção da diferença (produção do tempo com o outro). A autonomia é uma forma de produzir diferenças e tomar decisões em relação à conflitividade que nos determina e configura em termos de identidade e cidadania; um trabalho de reconstrução simbólica dos processos conflitivos das diferenças que nos permite formar identidades culturais e nos integramos no conflito com o outro, com um sentimento de pertinência comum. É uma forma de poder perceber a responsabilidade que toca a cada um em um conflito, gerando devires reparadores e transformadores<sup>153</sup>.

---

<sup>151</sup> [...] la scommessa del diritto del XXI secolo sta proprio nel rinunciare a imporre un ordine dato ed accettare il disordine come elemento che caratterizza la convivenza umana; o, meglio, si tratta di concepire un ordine fondato sulla ricerca costante del consenso, sui bisogni sociali e individuali espressi (ancorché manipolati) piuttosto che su astratte concezioni del mondo. (BOUCHARD, Marco; MIEROLO, Giovanni. *Offesa e riparazione. Per una nuova giustizia attraverso la mediazione*. Milano: Bruno Mondadori, 2005, p. 194).

<sup>152</sup> MORINEAU, Jacqueline. *Lo spirito della mediazione*. Traduzione di Federica Sossi. Milano: Franco Angel, 2000, p. 56-57.

Sobre o tema: o programa de mediação e sensibilidade pretende que o mediador ajude as partes a desdramatizar seus conflitos, que os transformem para que só restem os sentimentos que acrescentem algo de bom à sua vitalidade interior. Esse programa não é uma técnica, nem uma filosofia ao modo tradicional; ele é uma forma de ver a vida que encontra o sentido da mesma, unicamente, vivendo-a. Falo da mediação como de uma cultura, um determinante de uma forma de vida (WARAT, Luis Alberto. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. v. 3, p. 33).

<sup>153</sup> Ibidem, p. 66.

Por isso, a mediação é, essencialmente, um procedimento democrático<sup>154</sup>, porque rompe, dissolve, os marcos de referência da certeza determinados pelo conjunto normativo, postos e expostos de forma hierarquizada. É democrática porque acolhe a desordem – e, por conseguinte, o conflito – como possibilidade positiva de evolução social. É democrática quanto ao fundamento da relação de um com o outro. É uma aposta na diferença entre o tratamento dos conflitos de maneira tradicional (Estado produtor de regulação e de jurisdição, único meio de resposta) para uma estratégia partilhada e convencionada que tenha por base um Direito inclusivo. A mediação aposta numa matriz autônoma, cidadã e democrática, que seja um salto qualitativo ao ultrapassar a dimensão de “resolução adversária de disputas jurídicas modernas”, baseadas no litígio e apoiadas na cientificidade que determina o descobrimento da verdade.

A mediação, como espaço de reencontro, utiliza a arte do compartilhar para tratar conflitos e oferecer uma proposta inovadora de pensar o lugar do Direito na cultura complexa, multifacetada e emergente do terceiro milênio. Essa proposta diferenciada de tratamento dos conflitos emerge como estratégia à jurisdição tradicional, propondo uma sistemática processual que faça novas abordagens linguístico-temporais.

## REFERÊNCIAS

BASTOS, Marco Aurélio Wander. *Conflitos Sociais e Limites do Poder Judiciário*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

BLANCHOT, Maurice. *Pour l'amitié*. Paris: Fourbis, 1996.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BONAFÉ-SCHIMITT, Jean-Pierre, *La Mediation: Une Justice Douce*. Paris: Syros, 1992.

\_\_\_\_\_. Una, tante mediazioni dei conflitti. In: PISAPIA, G.V.; ANTONUCCI, D. *La sfida della mediazione*. Padova: CEDAM, 1997.

BOUCHARD, Marco; MIEROLO, Giovanni. *Offesa e riparazione*. Per una nuova giustizia attraverso la mediazione. Milano: Bruno Mondadori, 2005.

BRUNER, Jerome. *Realidad mental y mundos posibles*. Barcelona: Gedisa, 1988.

---

<sup>154</sup> Todavia, críticas existem também quanto aos aspectos democráticos da mediação, que são apontados como meios de possibilitar a dominação sobre os mais fracos, não servindo para restaurar as relações comunitárias, pelo contrário, destruindo-as em razão de sua inspiração essencialmente individualista. Assim, primeiramente concebida para deixar de lado a burocracia judiciária da justiça formal, ela seria substituída por uma nova corporação de profissionais da justiça informal. Porém, não se pode confundir o formalismo e a exigência de formas. O primeiro é estéril, a segunda se constitui em garantias para os pleiteantes “como a checagem dos instrumentos de vôo garante a segurança dos passageiros nos aviões”. Ademais, os ritos constituem um comportamento simbólico que se bem utilizados podem introduzir o conflito em um procedimento que visa desarmá-lo, tratá-lo, restaurando a continuidade da troca social (ROULAND, Norbert. *Nos confins do direito*. Antropologia Jurídica da modernidade. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martim Fontes, 2003, p. 143-145).

- BUBER, Martin. *Eu e tu*. Tradução de Newton Aquiles Von Zuben. 8. ed. São Paulo: Centauro, 2004.
- CACHAPUZ, Rozane da Rosa. *Mediação nos conflitos & Direito de Família*. Curitiba: Juruá, 2003.
- CAIVANO, Roque J. *Arbitraje su eficacia como sistema alternativo de resolución de conflictos*. Buenos Aires: Ad-Hoc, [s. d.]
- CALCATERRA, R. *Mediación estratégica*. Barcellona: Gedisa, 2002.
- CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- CANETTI, Elias. *Massa e poder*. Tradução de Sérgio Tellaroli. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- CASELLA, Paulo Borba. *Arbitragem a nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional*. São Paulo: LTr, 1996.
- CASTELLI, S. *La mediazione*. Milano: Raffaello Cortina, 1996.
- COOLEY, John; LUBET, Steven W. *A advocacia de arbitragem*. Tradução de René Locan. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.
- CORRÊA, Antonio. *Arbitragem no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- COSI, Giovanni. Interessi, diritti, potere. Gestione dei conflitti e mediazione. In: *Ars Interpretandi*. Padova: CEDAM, 2004. n. 9.
- COSI, Giovanni. *La responsabilità del giurista*. Torino: Giappichelli, 1998.
- \_\_\_\_\_; FODDAI, Maria Antonietta. *Lo spazio della mediazione. Conflitti di diritti e confronto di interessi*. Milano: Giuffrè, 2003.
- EDWARDS, H. T. Alternative dispute resolution: panacea or anatema? In: *Harvard law review*. 1986. v. 99.
- FAGET, Jacques. Le cadre juridique et éthique de la médiation pénale. In: CARIO, R. *La médiation pénale*. Paris: L'Harmattan, 1997.
- FAGUNDES CUNHA, J. S. Da mediação e da arbitragem endoprocessual. In: GENESIS. *Revista de Direito Processual Civil*. ano II. n. 6 (setembro-dezembro).
- FERRARI, V. *Lienamenti de sociologia del diritto*. Roma-Bari: Laterza, 1997. v. 1.
- FIUZA, César Augusto de Castro. *Teoria geral da arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- FOLBERG, Jay; TAYLOR, Alison. *Mediation: a comprehensive guide to resolving conflicts without litigation*. Washington: San Francisco: Londo: Jessey Bass Publishers, 1984.
- FREUD, Sigmund. *O mal estar da civilização*. Tradução de José Octávio de Aguiar Breu. Rio de Janeiro: Imago, 1997.
- FREUND, Julien. *Sociología del conflicto*. Traducción de Juan Guerrero Roiz de la Parra. Madrid: Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica. D.L., 1995.

GIRARD, Renè. *La violenza e il sacro*. Traduzione di Ottavio Fatica e Eva Czerkl. Milano: Adelphi, 2005.

GORVEIN, Nilda S. *Divorcio y mediación – construyendo nuevos modelos de intervención en mediación familiar*. 2. ed. República Argentina: Córdoba.

GOTTHEIL, J.; SCHIFFRIN, A. *Mediación: una transformación en la cultura*. Buenos Aires: Paidós, 1996.

HAMPSHIRE, Stuart. *Non c'è giustizia senza conflitto*. Democrazia come confronto di idee. Traduzione di Giovanna Bettini. Milano: Feltrinelli, 2000.

HAYNES, J. M.; GRETCHEN, L. *Divorce mediation: case book strategies for successful family negotiations*. San Francisco: Jossey Bass, 1989.

HAYNES, John M. *Fundamentos de la fundamentación familiar: como afrontar la separación de pareja de forma pacífica... para seguir disfrutando de la vida*. Madrid: Gaia, 1993.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou a matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KROETZ, Tarcísio Araújo. *Arbitragem conceito e pressupostos de validade de acordo com a lei 9.307/96*. São Paulo: RT, 1997.

LERA, Silvia Gaspar. *El ámbito de aplicación del arbitraje*. Pamplona: Aranzadi, 1998.

LIMA, Cláudio Viana de. *Arbitragem a solução*. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

LUÑO, Perez. *La seguridad jurídica*. Barcelona: Ariel, 1991.

MARTÍN, Nuria Beloso. *Estudios sobre mediación: la ley de mediación familiar de castilla y león*. [s. l.]: Junta de castilla y león. 2006.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 8ª ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1965.

MOORE, Christopher W. *O Processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos*. Tradução de Magda França Lopes. Porto Alegre: Artmed, 1998.

MOREIRA TEIXEIRA, Paulo César. *A nova arbitragem comentários à Lei 9.307, de 23.09.96*. Porto Alegre: Síntese, 1997.

MORIN, Edgar. Epistemología de la complejidad. In: SCHINITMAN, Dora Fried. *Nuevos paradigmas. Cultura e subjetividad*. Buenos Aires: Paidós, 1994.

MORINEAU, Jacqueline. *Lo spirito della mediazione*. Traduzione di Federica Sossi. Milano: Franco Angel, 2000.

MUJALLI, Walter Brasil. *Juízo arbitral a nova lei de arbitragem cometários e legislação*. São Paulo: Led, 1997.

NAGEL, S. S.; MILLS, M. K. *Systematic analysis in dispute resolution*. New York: Quorum Book, 1991.

ORTEMBERG, Osvaldo D. *Mediación familiar aspectos jurídicos y prácticos*. Buenos Aires: Biblos, 1996.



PARIZATTO, João Roberto. *Arbitragem cometários à lei 9.307, de 23-09-98 revogações dos artigos 1.037 a 1.048 do código de processo civil*. Leme: Led, 1997.

PRIGOGINE, Ilya; STENGERS, I. *La nouvelle alliance: Métamorphose de la science*. Paris: Gallimard, 1979.

PUPOLIZIO, Ivan. *Una comunità all'ombra del diritto*. La mediazione sociale e la giustizia informale nel modello statunitense e nell'esperienza italiana. Milano: Giuffrè, 2005.

RESTA, Eligio. *Il diritto fraterno*. Roma-Bari: Laterza, 2005.

\_\_\_\_\_. Le verità e il processo. In: MARINI, Alarico Mariani. *Processo e verità*. Pisa: Plus, 2004.

ROBERTS, E. A.; PASTOR, B. *Diccionario etimológico indoeuropeo de la lengua española*. Madrid: Alianza, 1997.

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

RODRÍGUES-CANO, Rodrigo Bercovitz. *Comentarios a la ley de arbitraje*. Madrid: Editorial Tecnos, 1991.

ROSS, Marc Howard. *La cultura del conflicto*. Las diferencias interculturales en la práctica de la violencia. Traducción de José Ral Gutiérrez. Barcelona: Paidós Ibérica, 1995.

ROSSANI GARCEZ. *A arbitragem na era da globalização*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

ROULAND, Norbert. *Nos confins do direito*. Antropologia Jurídica da modernidade. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martim Fontes, 2003. p. 143-145.

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

SANTOS, Boaventura de Sousa. *O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988.

SCHINITMAN, Dora Fried, Novos paradigmas na resolução de conflitos. In: SCHINITMAN, Dora Fried; LITTLEJOHN, Stephen. *Novos paradigmas em mediação*. Tradução de Jussara Haubert Rodrigues e Marcos A. G. Domingues. Porto Alegre: ARTMED, 1999.

SCHINITMAN, Dora Fried; LITTLEJOHN, Stephen. *Novos paradigmas em mediação*. Tradução de Jussara Haubert Rodrigues e Marcos A. G. Domingues. Porto Alegre: ARTMED, 1999.

SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e Prática da Mediação de Conflitos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.

SIMMEL, G. *Sull'intimità*. Roma: Armando Editore, 1996.

SIX, Jean François. *Dinâmica da mediação*. Tradução de Giselle Groeninga de Almeida, Águida Arruda Barbosa e Eliana Riberti Nazareth. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SOLER, Raúl Cavo. I Giochi senza arbitro né segnapunti. La mancanza di certezza nella risoluzione dei conflitti. Traduzione di Caterina Briguglia. In: *Ars Interpretande*. Padova: CEDAM, 2004. n. 9.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Da jurisdição à mediação: por uma outra cultura no tratamento dos conflitos*. Ijuí: UNIJUÍ, 2010

STRENGER, Irineu. *Arbitragem comercial internacional*. São Paulo: LTR, 1996; ZUDDAS, Goffredo. *L'arbitraggio*. Napoli: Jovene Editore Napoli, 1992.

SUARES, Marines. *Mediación*. Conducción de disputas, comunicación y técnicas. Buenos Aires: Paidós, 1997.

TARUFFO, Michele. Aspetti della giustizia civile: frammentazione e privatizzazione. In: *Anuário de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*. 3, 1999.

\_\_\_\_\_. Considerazioni sparse su mediazione e diritti. In: *Ars Interpretandi*. Padova: CEDAM, 2004. n. 9.

TEIXEIRA, Elza Spanó. *Comentários e práticas forenses da arbitragem lei nº 9.307, de 23.09.96*. Leme: Led, 1997

TORRES, Jasson Ayres. *O acesso à justiça e soluções alternativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

VILAR, Silvia Barona. *Solución extrajudicial de conflictos alternativa dispute resolución (ADR) y derecho procesal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999.

WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001. v. 1.

\_\_\_\_\_. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. v. 3.

YANIERI, Alcira Ana. *Mediación en el divorcio alimentos y régimen de visitas*. Buenos Aires: Júris, 1994.

## Capítulo II

### A MEDIAÇÃO SUAS TÉCNICAS E SEUS ESTÁGIOS: A PRÁTICA MEDIATIVA COMO MEIO INOVADOR DE TRATAR CONFLITOS<sup>155</sup>

Fabiana Marion Spengler<sup>156</sup>

#### PRINCIPAIS TÉCNICAS DE MEDIAÇÃO

##### O rapport

Antes do início da mediação é necessário construir o *rapport*, pois ele é o maior fator na aceitação do mediador. O *rapport* se refere ao grau de liberdade na comunicação das partes e à qualidade do contato humano. Ele expressa a aceitação do mediador e a confiança no seu trabalho por parte dos mediandos.

Na maioria das vezes o elo de confiança entre mediador e mediandos tem início no primeiro contato. Em questão de minutos a empatia surge e gera confiança o que permitirá um procedimento de mediação tranquilo. Nesses termos, o *rapport* varia de acordo com as pessoas e pode ser muito rápido para o fim de garantir a empatia e a harmonia do trabalho ou não. A qualidade no relacionamento – sintonia, confiança, empatia - é pressuposto da solução mais adequada (flui naturalmente) para o conflito.

O *rapport* é importante para estabelecer o *coaching* que tem origem no mundo dos esportes, representando o técnico - agregador de capacidades de cada um dos elementos da cadeia - (*Coach* do inglês - treinador);

Por isso o *coaching* é um processo de estímulo, de motivação, para desenvolver habilidades e competências para alcançar resultados, (objetivos comuns) em determinado período de tempo.

##### A técnica do resumo

Através do resumo o mediador apresenta a forma mediante à qual foram identificadas as questões, os interesses e os sentimentos. Naturalmente, as partes debaterão o conteúdo desse resumo, bem como os esclarecimentos acerca das

---

<sup>155</sup> O presente texto foi elaborado a partir de pesquisa realizada junto ao projeto intitulado “Mediação de conflitos para uma justiça rápida e eficaz” financiado pelo CNPq (Edital Universal 2009 – processo 470795/2009-3) e pela FAPERGS (Edital Recém-Doutor 03/2009, processo 0901814) coordenado pela autora.

<sup>156</sup> Doutora em Direito pelo programa de Pós-Graduação *stricto sensu* da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS – RS; mestre em Desenvolvimento Regional, com concentração na área Político-Institucional da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC – RS; docente dos cursos de Graduação e Pós-Graduação *lato e stricto sensu* da última instituição, coordenadora do Grupo de Pesquisa “Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos”, vinculado ao CNPq; advogada.

questões suscitadas. Durante esse período todos discutirão as informações que ainda necessitam de algum complemento, procurando, ao mesmo tempo, conseguir compreender melhor quais são as principais questões, necessidades e, também, possibilidades.

A técnica do resumo é muito importante no desenvolvimento de habilidades sociais na construção de conciliações frente às mais diversas facetas conflituais. Assim, com base na obra de André Gomma de Azevedo e Roberto Portugal Bacellar<sup>157</sup> o que se pretende é apresentar essa técnica, bem como todas as suas etapas.

A aplicação da técnica do resumo tem início logo após a manifestação das partes, quando o mediador faz um resumo de toda a controvérsia até então apresentada, verificando as principais questões presentes, como também os interesses subjacentes, juntamente com as partes. Recomenda-se que não se faça o resumo logo após apenas uma das partes ter se manifestado, pois, ao assim proceder, o mediador poderá dar a entender à outra parte que está endossando o ponto de vista apresentado. Esse resumo é de suma importância, uma vez que dá um norte ao processo de mediação e, sobretudo, centraliza a discussão nos principais aspectos presentes. Para o mediador, trata-se de uma efetiva organização do processo, pois se estabelece uma versão imparcial, neutra e prospectiva dos fatos identificando quais são as questões a serem debatidas na mediação e quais são os reais interesses e necessidades que as partes possuem<sup>158</sup>.

O resumo faz com que as partes percebam o modo e o interesse com que o mediador tem focalizado a controvérsia, bem como possibilita a esse testar sua compreensão sobre o que foi indicado.

Para que essa compreensão ocorra existem autores que defendem o resumo em forma de perguntas, concentrando-se em pontos específicos do conflito<sup>159</sup>. Assim:

- a) o que os outros estão observando: “Você está reagindo à quantidade de noites em que estive fora na semana passada?”
- b) como os outros estão se sentindo e quais as necessidades que estão gerando esses sentimentos: “Você está magoado porque gostaria de receber mais reconhecimento por seus esforços do que obteve?”
- c) o que os outros estão pedido: “Você está querendo que eu exponha meus motivos para ter dito o que disse?”

Partindo de perguntas ou de frases afirmativas, cabe ao mediador ter cautela ao relatar às partes o resumo, uma vez que qualquer incoerência ou exposição que não seja neutra pode gerar a perda de percepção de imparcialidade que o mediador começou a adquirir com a declaração de abertura.

A técnica de resumo pode ser normalmente empregada em etapas posteriores do procedimento, como por exemplo: 1) após uma troca de informações relevantes;

---

<sup>157</sup> AZEVEDO, André Gomma de; BACELLAR, Roberto Portugal. *Manual de Autocomposição Judicial*. Coleção: Estudos em arbitragem, mediação e negociação. André Gomma de Azevedo e Ivan Machado Barbosa (Org.). Brasília: Grupos de Pesquisa, 2007, p. 54-57.

<sup>158</sup> Ibidem, p. 54.

<sup>159</sup> ROSENBERG, Marshall B. *Comunicação não-violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais*. Tradução Mário Vilela. São Paulo: Agora, 2006, p. 140.

2) após as partes terem implicitamente sugerido algumas possíveis soluções à controvérsia; 3) para lembrar às partes seus reais interesses; 4) pode ser utilizada para apaziguar os ânimos na eventualidade de o mediador ter se descuidado a ponto de permitir que a comunicação se desenvolva de forma improdutiva<sup>160</sup>.

Porém, como determinar se uma ocasião requer a utilização da prática do resumo? Toda vez que não existe a certeza de ter compreendido a mensagem com exatidão essa é uma boa técnica para provocar a correção do palpite. Não existem regras infalíveis que determinem quando se deve parafrasear, mas, de modo geral, é seguro presumir que as pessoas que expressam mensagens intensamente emocionais apreciarão ouvir repetir o que se ouviu delas<sup>161</sup>.

Vale ressaltar que o tom de voz utilizado ao verbalizar o que se ouviu do outro é muito importante. Quando as pessoas nos ouvem repetir o que disseram, é provável que estejam sensíveis ao menor indício de crítica ou sarcasmo. Da mesma forma elas são negativamente afetadas por um tom declarativo, que implique que estamos lhes dizendo o que está acontecendo dentro delas.

Ao apresentar o resumo, o mediador deve:

- c) enfatizar apenas o que for essencial para os fins da mediação;
- d) filtrar as informações e trabalhá-las de modo a afastar todo aspecto que possa ser negativo para o sucesso do processo, tal como a linguagem improdutiva e a agressividade na apresentação de uma questão;
- e) focalizar as questões, interesses, necessidades e perspectivas.

Depois da apresentação do resumo, é importante certificar-se de que ele esteja de acordo com o que as partes pensam e, caso não esteja, deve se dar a oportunidade para correções. Assim, basta perguntar: “*Vocês estão de acordo com essa síntese dos fatos? Há algo que queiram acrescentar?*”<sup>162</sup>.

Terminada a apresentação do resumo e feita a certificação quanto ao seu conteúdo com as partes, o mediador deve dar andamento à mediação de imediato, formulando, por exemplo, alguma pergunta, caso entenda que se pode passar para a próxima fase com as partes ainda reunidas ou, então, explicar que se dará prosseguimento às sessões individuais.

Por fim, “resumir” economiza tempo. Estudos de negociações trabalhistas demonstram que o tempo necessário para atingir a solução do conflito é reduzido à metade quando cada negociador concorda, antes de responder, em repetir precisamente o que o interlocutor anterior disse.

Desse modo, a técnica do resumo tem por escopo não só o reconhecimento mútuo de interesses e de sentimentos mas também a humanização do conflito enquanto sociação positiva e possibilidade de crescimento pessoal/social. Nesses termos, ela aproxima as partes fazendo com que elas possam refletir sobre suas

---

<sup>160</sup> AZEVEDO, André Gomma de; BACELLAR, Roberto Portugal. *Manual de Autocomposição Judicial*. Coleção: Estudos em arbitragem, mediação e negociação. André Gomma de Azevedo e Ivan Machado Barbosa (Org.). Brasília: Grupos de Pesquisa, 2007, p. 55.

<sup>161</sup> ROSENBERG, Marshall B. *Comunicação não-violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais*. Tradução Mário Vilela. São Paulo: Agora, 2006, p. 141.

<sup>162</sup> AZEVEDO, André Gomma de; BACELLAR, Roberto Portugal. *Manual de Autocomposição Judicial*. Coleção: Estudos em arbitragem, mediação e negociação. André Gomma de Azevedo e Ivan Machado Barbosa (Org.). Brasília: Grupos de Pesquisa, 2007, p. 56.

posturas e entender por que algumas soluções apontadas satisfazem ou não seus desejos e os desejos do outro envolvido na disputa.

### Paráfrase

Nesse mesmo sentido, a técnica do resumo é denominada de “parafraseando” por Marshall Rosenberg<sup>163</sup> quando o mesmo propõe a comunicação não violenta como meio para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais. Assim, o autor salienta que se recebida com precisão a mensagem da outra pessoa, a paráfrase confirmará isso para ela. Por outro lado, se a paráfrase estiver incorreta, a pessoa terá a oportunidade de corrigi-la. Uma outra vantagem de optar por repetir a mensagem para a outra pessoa é que isso lhe dá tempo para refletir no que disse e uma oportunidade de mergulhar mais profundamente em si mesma.

Complementando, William Ury<sup>164</sup> salienta que raramente acreditamos que fomos entendidos e respeitados em uma situação de confronto. Mas quando isso acontece, quase sempre nos sentimos surpresos e propensos a relaxar. Nesses termos o autor aconselha a manter os ouvidos abertos ao outro e fazendo-o saber que você o está escutando. Uma ferramenta útil para esse fim é parafrasear-repetir com suas palavras o que ouvir do outro.

Porém, se a paráfrase ocorrer de maneira mecânica ou insincera, o efeito será o oposto do desejado, causando irritação no outro. No entanto, se o fizer de peito aberto, com sinceridade, três finalidades úteis serão atendidas: o outro verá que você busca entendê-lo, ou seja, manifestou-lhe respeito; você terá certeza de que entendeu o que está sendo dito e, além disso, o processo lhe permitirá chegar até a varanda por alguns minutos e pensar antes de responder.

Para dar início ao processo de paráfrase, Ury<sup>165</sup> sugere algumas frases:

- “Deixe-me ver se entendi o que você disse.”
- “Se entendi direito, você disse que...”
- “Ajude-me a entender. Se ouvi direito, você disse...”

No entanto, é preciso estar preparado também para uma interpretação equivocada da paráfrase por parte dos conflitantes. Eles podem argumentar: “não me venha com essa baboseira de psicologia!” Se isso acontecer, é possível continuar concentrado nos sentimentos e necessidades do interlocutor; talvez seja possível verificar que ele não confia nas motivações e precisa compreendê-las melhor antes de ser capaz de ouvir as paráfrases<sup>166</sup>.

O mediador deverá apresentar uma versão que implicitamente demonstre que conflitos são naturais em quaisquer relações humanas e que às partes cabe a busca do melhor tratamento possível diante do contexto existente. Essa ferramenta

<sup>163</sup> ROSENBERG, Marshall B. *Comunicação não-violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais*. Tradução Mário Vilela. São Paulo: Agora, 2006, p. 139 et seq.

<sup>164</sup> URY, William. *O poder do não positivo: como dizer não e ainda chegar ao sim*. Tradução de Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 169.

<sup>165</sup> URY, William. *O poder do não positivo: como dizer não e ainda chegar ao sim*. Tradução de Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 169.

<sup>166</sup> ROSENBERG, Marshall B. *Comunicação não-violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais*. Tradução Mário Vilela. São Paulo: Agora, 2006, p. 144.

é comumente denominada de *normalização*<sup>167</sup>.

### **A arte de perguntar**

Um dos principais instrumentos de trabalho na mediação são as perguntas. Elas servem para acolher os mediandos, para esclarecer os sentimentos, os interesses e as questões envolvidas no conflito, para construir uma lista de opções de solução do acordo e para testar o mesmo. As perguntas tradicionalmente são construídas com base em: o que, quando, onde, quanto e quem.

Primeiro o mediador precisa ouvir, depois perguntar. Ao invés de aconselhar, ele deve perguntar. Perguntas apropriadas apoiam e complementam o processo de escuta e reconhecimento. Perguntar esclarece, sem ofender. A pergunta protege o mediador da pressa em julgar o outro ou da mania de dar conselhos. Por meio da pergunta é possível auxiliar os mediandos a narrar e a melhor interpretar o seu próprio comportamento<sup>168</sup>.

Pergunte para aprender e não faça afirmações disfarçadas como perguntas são duas dicas da obra “Conversas difíceis<sup>169</sup>”. Os autores continuam afirmando que essa é uma sugestão importante para aprimorar a arte do perguntar: se você não tem uma pergunta não a faça. Nunca faça uma afirmação como pergunta. Esse ato cria confusão e ressentimento porque tais perguntas podem ser ouvidas, inevitavelmente como sarcásticas ou mesquinhas. Exemplo:

- “Você vai deixar a porta da geladeira aberta assim?” (Em vez de: “Por favor, feche a porta da geladeira” ou “Eu fico decepcionado quando você deixa a porta da geladeira aberta”)
- “Será que você tem que correr tanto?” (Em vez de: “Estou nervosa” ou “é difícil relaxar quando não estou no volante”)

A dificuldade se dá porque compartilhar nossos sentimentos e pedir são duas coisas que temos dificuldade de fazer de modo direto, uma vez que nos sentimos vulneráveis quando procedemos assim. A saída para quem se sente vulnerável é fazer uma pergunta que pode se transformar num ataque, porque isso traz mais segurança. Porém, essa pergunta feita em tom sarcástico faz estragos uma vez que o ouvinte da mesma ao invés de focar nos sentimentos ou no pedido foca no sarcasmo e no ataque feito de maneira implícita na pergunta. Assim, a mensagem verdadeira não é compreendida e nem absorvida.

Outro erro bastante comum é utilizar perguntas para inquirir novamente, como por exemplo<sup>170</sup>:

- “Parece que você acha que isto é culpa minha. Porém, com certeza, você vai concordar que cometeu mais erros do que eu, não é?”

---

<sup>167</sup> BARUCH BUSH, Robert et al. *The promise of Mediation: responding to conflict through empowerment and recognition*. 2. ed. São Francisco: editora Jossey- Bass, 2005.

<sup>168</sup> VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. Modelos, processos, ética e aplicações. São Paulo: Editora Método, 2008, p. 66.

<sup>169</sup> STONE, Douglas; PATTON, Bruce; HEEN, Sheila. *Conversas difíceis*. Tradução de Miriam Crohmal. 8. ed. Rio de Janeiro: Elseiver, 2004, p. 177.

<sup>170</sup> Ibidem, p. 178.

- “Se é verdade que você fez tudo para realizar a venda, como explica o fato de Kate ter conseguido realizá-la logo depois de você ter desistido?”

Estes exemplos de perguntas demonstram um dos principais erros cometidos: a tentativa de persuadir a outra pessoa de que você está certo e ela errada. Para organizar tais perguntas de forma correta é preciso retirar as afirmações embutidas. Assim:

- “Compreendo que você ache que fez tudo o que podia para realizar a venda. Para mim, isto parece incompatível com o fato de Kate ter realizado a venda logo depois de você ter desistido. O que pensa sobre isso?”

Em resumo, as perguntas devem ser feitas com muito cuidado. Elas podem ser orientadas no sentido de buscar informações que sirvam para caracterizar<sup>171</sup>:

- Situação
- Problemas
- Implicações
- Ganhos

Além disso, as perguntas podem ser do tipo “aberto” ou “fechado”<sup>172</sup>. A escolha de uma ou outra forma de perguntar está atrelada ao momento de sua elaboração, ou seja, ao “estágio” no qual se encontra a mediação. Conseqüentemente:

**a) perguntas abertas:** são aquelas que incentivam o interlocutor a desenvolver ideias na forma de um conjunto de frases para respondê-las. Por isso as perguntas abertas são prioritárias, elas podem ser fonte de uma explicação mais esmiuçada do conflito servindo também para a construção de possíveis opções de resposta ao mesmo. Elas dão amplitude maior para que a outra pessoa se expresse. Na verdade, elas são variações do “conte-me mais a respeito” ou do “ajude-me a compreender melhor”.

Exemplos de perguntas abertas:

- “O que você pensa sobre isso?”
- “Fale-me acerca do seu novo trabalho”
- “Quando vocês se casaram?”
- “Onde você pretende morar?”

**b) perguntas fechadas:** as perguntas fechadas permitem respostas “sim”, “não” e outras bem específicas. Essas perguntas podem ser utilizadas para comprometer as pessoas e saber quais são as suas posições. Além disso são

<sup>171</sup> ALMEIDA JÚNIOR, Sebastião de. *Negociação: técnica e arte*. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2005, p. 125.

<sup>172</sup> Sobre o assunto ver BARNES, Ginny Pearson. *Negociando com sucesso: deixando que outras pessoas o sigam*. Traduzido por Eduardo Cunningham Matinez. 1. ed. São Paulo: Amadio, 2002, p. 69 et seq. e ALMEIDA JÚNIOR, Sebastião de. *Negociação: técnica e arte*. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2005, p. 125 et seq.



tradicionalmente utilizadas para verificar se os mediandos entenderam as informações recebidas.

Quando a resposta é “Sim”, então você sabe que está no caminho correto e pode continuar. Quando é “Não”, procure saber por quê, volte para as perguntas abertas e investigue até que sua sensibilidade diga que pode tentar novamente um “Sim” ou um “Não”.

Exemplo de perguntas fechadas:

- “Você concordaria com isto...?”
- “Você ainda pensa que...?”
- “Poderíamos nos reunir na terça-feira para finalizar isto?”
- “Vocês entenderam as regras do procedimento de mediação que estou propondo? Têm alguma pergunta?”

A técnica de perguntar tem uma importância peculiar no procedimento de mediação uma vez que se aplica em todo o decorrer da sessão. Assim:

**No acolhimento:** na parte inicial da mediação, quando as partes são recebidas e o procedimento de mediação é explicitado as perguntas são uma ferramenta importante para fins de obter informações sobre o conflito e sobre as pessoas envolvidas no mesmo. São exemplos de perguntas nessa fase:

- Quem é você?
- O que faz?
- O que espera da mediação?

**Durante as narrativas:** enquanto as partes narram suas percepções do conflito (na sessão conjunta ou em eventuais sessões individuais) as perguntas são importantes para focar nos interesses elucidando as questões e os sentimentos partilhados por todos. Exemplo:

- Como foi isso para você?
- O que lhe pareceu mais importante?
- Como você se sentiu quando...?
- Pode explicar com outras palavras?

**Na geração de opções:** a geração de opções é o momento no qual os mediandos começam a construir possíveis alternativas para a resolução do conflito. É o espaço para usar a criatividade e organizar respostas lícitas e juridicamente possíveis para o conflito. Esse momento pode ser fomentado com perguntas como:

- Como você faria para...?
- Que outro procedimento você adotaria?

**Na tomada de decisão:** nesse momento as perguntas podem ajudar “testando” as opções geradas e possibilitando as partes que elas possam refletir sobre as mesmas para fins de organizar um acordo exequível posteriormente. Assim:

- Que tipo de dificuldades você enxerga se for decidido que...?
- O que você faria se a decisão fosse...?
- O que representa para você?

### **Identificação de questões, interesses e sentimentos**

A identificação de questões, interesses e sentimentos ocorrem durante boa parte do procedimento, centrando-se com mais intensidade durante a fase de exposição de razões pelas partes. Nesse momento cabe ao mediador fazer o registro das questões controvertidas, dos interesses reais e de quais sentimentos eventualmente devem ser debatidos (em eventuais e pontualmente recomendadas sessões individuais) para que a mediação chegue a bom termo – mesmo que não haja acordo.

Nesse momento as partes têm a oportunidade de falar abertamente – fazendo uso de linguagem apropriada – e expressar seus sentimentos e crenças, como também fazer perguntas. Para o mediador, é uma fase rica na captação de novas informações, pois poderá fazer perguntas também. Esses questionamentos têm por objetivo facilitar a identificação de interesses. Quais serão os interesses dos pais que se separaram? Quais são os interesses dos vizinhos que se estranharam? Quais são os interesses dos dois dirigentes da empresa?

Esclarecer interesses, questões e sentimentos poderá auxiliar as partes a avançar na elaboração de um eventual acordo, pois poderão perceber as perspectivas e necessidades umas das outras.

A chance de substituir uma fase de ânimos exaltados por outra na qual as partes comecem a demonstrar empatia buscando alguma solução para o seu conflito é o que a mediação pode oferecer de melhor.

É por isso que ao propor um acordo e havendo rejeição da proposta por parte do outro torna-se necessário descobrir o porquê. A quais interesses dele sua proposta não atende? Em outras palavras, diga ao outro: “Ajude-me a entender a sua resistência. Em que esta proposta não satisfaz a seus interesses?”<sup>173</sup>

Nestes termos, uma proposta de acordo inteligente tem por objetivo a satisfação das necessidades essenciais de quem a propõe, bem como atender as necessidades do *outro*. Observa-se a transformação de uma situação que à primeira vista pode parecer de ou-ou (ou você perde ou perde ele) em um resultado e-e (no qual ambos os lados saem ganhando)<sup>174</sup>.

Importante ressaltar que durante todo o procedimento diversos sentimentos serão manifestados, cabendo ao mediador identificá-los fazendo com que a parte sinta-se adequadamente ouvida e compreendida.

O maior desafio nesse momento é estruturar sentimentos fora do problema, uma vez que o modelo comum é estruturar o problema exclusivamente como uma discordância substantiva. Estruturar sentimentos fora do problema é um modo de enfrentar a dúvida: é preciso evitar ou trazer à tona determinadas questões? Os custos envolvidos na partilha de sentimentos quando esses vêm à tona parecem muito grandes. O risco é magoar pessoas e/ou arruinar relacionamentos. Mas, se os sentimentos são o centro do que está acontecendo eles são o negócio e ignorá-

<sup>173</sup> URY, William. *O poder do não positivo: como dizer não e ainda chegar ao sim*. Tradução de Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 204.

<sup>174</sup> Ibidem, p. 205.

los é quase impossível<sup>175</sup>.

Porém, a dificuldade de identificar e expressar sentimentos é muito comum especialmente entre pessoas e profissões nas quais o código profissional signifique um desencorajamento a estas demonstrações consideradas de “fraqueza”. Mas, expressar a “vulnerabilidade” e os sentimentos pode ajudar a resolver conflitos. Essa é uma das regras da comunicação não violenta<sup>176</sup>.

Não obstante o mediador ter a possibilidade e até o dever de fazer perguntas, é importante que questione apenas o que for necessário para obter as informações que precisa para compreender e identificar questões, sentimentos e interesses. Deve também ter cautela na formulação de perguntas evitando desconfiança quanto à sua parcialidade ou mesmo competência na compreensão do problema.

Se uma das partes, durante sua manifestação, realizou várias perguntas para a outra e – pelo fato de ter sido na fase anterior de reunião de informações – não tenha obtido resposta, o mediador deverá escrever todas essas perguntas e, quando iniciada esta sessão, apresentá-las à outra parte.

Já as questões pertinentes ao conflito são identificadas como aqueles tópicos para discussão passíveis de serem resolvidos na mediação. Dessa forma, as questões possuem cunho objetivo, dizendo respeito a uma situação que altere, de alguma forma (positiva ou negativamente), os interesses, objetivos ou necessidades de uma pessoa.

De modo diverso, um interesse é algo que se almeja alcançar ou obter. No procedimento de mediação, serão apresentados os mais variados interesses – independentemente de esses serem ou não juridicamente tutelados ou protegidos. O mediador, diante de tantas informações, terá de fazer o possível para conciliar os interesses de modo a possibilitar um consenso. Os interesses, antes de iniciada a mediação, estão em conflito (divergência). O mediador tentará fazer com que tais interesses saiam de um patamar divergente e se voltem para um convergente, para todas as partes envolvidas, e, desse modo, seja alcançada a melhor compreensão recíproca das partes, o aprendizado quanto a formas de melhor se dirimirem disputas e, como consequência, o acordo<sup>177</sup>.

A sessão conjunta de identificação de interesses, questões e sentimentos tende a ser a etapa mais ansiosa da mediação, pois é nela que as partes mais se soltam. Explorando propostas já nessa etapa, é bem possível que as partes realizem um acordo que não englobe as questões relevantes do conflito, como também não aborem seus interesses reais. É melhor, portanto, esperar uma etapa em que o mediador e as partes tenham uma visão mais madura de todo o conflito. É importante dar um certo tempo para refletirem acerca das informações prestadas e obtidas antes de estarem emocionalmente preparadas para iniciar a fase de resolução de questões. Essa etapa pode ser alcançada mediante a utilização da técnica do resumo que se verá a seguir.

---

<sup>175</sup> STONE, Douglas; PATTON, Bruce; HEEN, Sheila. *Conversas difíceis*. Tradução de Miriam Crohmal. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 100-101.

<sup>176</sup> ROSENBERG, Marshall B. *Comunicação não-violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais*. Tradução Mário Vilela. São Paulo: Agora, 2006, p. 144.

<sup>177</sup> AZEVEDO, André Gomma de; BACELLAR, Roberto Portugal. *Manual de Autocomposição Judicial*. Coleção: Estudos em arbitragem, mediação e negociação. André Gomma de Azevedo e Ivan Machado Barbosa (Org.). Brasília: Grupos de Pesquisa, 2007, p. 60-61.

## Validação de sentimentos

Em todo o processo de mediação, diversos sentimentos se manifestarão: ressentimento, ódio, frustração, inveja, ciúmes, medo, mágoa, amor... que devem ser identificados para que a parte sintam-se adequadamente ouvida e compreendida. Naturalmente, se foram esclarecidos quais as questões controvertidas, quais os interesses e quais os sentimentos que precisam ser endereçados para que a mediação possa evoluir, o mediador deverá examinar a necessidade de iniciar sessões individuais para validar sentimentos.

Sempre é de grande utilidade *validar sentimentos*, indicando às partes que o mediador identificou, em um tom normalizador, o sentimento gerado pelo conflito. A validação de sentimentos somente deve ocorrer em sessões conjuntas se as duas partes compartilharem o mesmo sentimento (por ex.: *“imagino que ambos devem estar bastante aborrecidos e até frustrados com o esforço que fizeram para serem bem compreendidos e ainda ter ocorrido esta série de falhas de comunicação”*). Em regra, a validação de sentimentos ocorre em sessões individuais. Desse modo, devem ser utilizadas expressões tais como: *“imagino que você esteja muito aborrecido com o tratamento que lhe foi dado pelo Banco Tal...”* ou *“você deve estar se sentindo frustrada diante dessa situação toda...”*. Ao validar sentimento, o mediador não deve indicar para a parte que ela tem razão quanto ao mérito da disputa e sim que identificou seus sentimentos que decorrem do conflito em exame e não adotou postura judicativa. Assim, há de se evitar a confusão de que a *validação de sentimentos* seja, na verdade, uma *concordância com os sentimentos*, o que pode gerar dúvidas quanto à imparcialidade do mediador<sup>178</sup>.

Caso considere que não há necessidade de validar sentimentos para que as partes possam examinar as suas questões de forma objetiva deverá o mediador selecionar o ponto controvertido pelo qual iniciará a fase de resolução de questões. Muitos mediadores preferem começar por questões mais simples para estimular uma sensação positiva de que a mediação está sendo produtiva. Outros mediadores optam por iniciar por questões relacionadas à comunicação entre as partes – uma vez que esta questão sendo adequadamente resolvida auxilia na resolução das demais<sup>179</sup>.

A mediação melhor se desenvolve se forem captados, de forma satisfatória, os interesses e das questões presentes no conflito. A questão é um ponto controvertido. Assim, questões não se relacionam com personalidade, valores e crenças religiosas das partes; tem, portanto, cunho objetivo.

Um interesse pode ser definido como algo que a parte almeja alcançar ou obter. No processo de mediação, serão apresentados os mais variados interesses – independente de estes serem ou não juridicamente tutelados ou protegidos. O mediador, diante de tantas informações, terá de fazer o possível para conciliar os interesses de modo a possibilitar um consenso. Os interesses estão em conflito (divergência). O mediador tentará fazer com que tais interesses saiam de um patamar divergente e se voltem para um convergente, para todas as partes envolvidas, e, desse modo, seja alcançada a melhor compreensão recíproca, o

<sup>178</sup> AZEVEDO, André Gomma de; BACELLAR, Roberto Portugal. *Manual de Autocomposição Judicial*. Coleção: Estudos em arbitragem, mediação e negociação. André Gomma de Azevedo e Ivan Machado Barbosa (Org.). Brasília: Grupos de Pesquisa, 2007, p. 59.

<sup>179</sup> Ibidem, p. 64.

aprendizado quanto a formas de melhor se dirimirem disputas e, como consequência, o acordo<sup>180</sup>.

A meta que se pretende alcançar é um resultado positivo, um resultado que projeta todos os interesses essenciais. Um resultado positivo pode assumir variadas formas. Uma delas é um acordo que satisfaça aos interesses de uma e outra parte<sup>181</sup>.

### Resolução de questões

Os principais obstáculos que impedem os conflitantes de chegar ao acordo poderão ser de três ordens: a) primeiro, talvez exista alguma necessidade ou preocupação não atendida; b) segundo, mesmo que, pessoalmente, os conflitantes se disponham a concordar, talvez se preocupem com a opinião de indivíduos importantes que representem, cuja aprovação lhe seja necessária ou desejável; c) terceiro, ainda que ambos digam **sim** à proposta, talvez esse **sim** não seja duradouro, pois o processo de dizer **não** de tal maneira pode ter causado uma tensão no relacionamento que, a menos que o mediador o ajude a repará-lo, ele estará irremediavelmente danificado<sup>182</sup>.

Assim, pode-se imaginar a chegada a esta etapa final do **sim** como se fosse uma viagem. Ao longo dela, é preciso que ocorram três **sim** de ambas as partes: um **sim** a um acordo proveitoso, um **sim** à aprovação e um **sim** a um relacionamento saudável<sup>183</sup>.

Acordo → Aprovação → Relacionamento

Em meio ao procedimento de mediação, às vezes é tentador concordar com ganhos de curto prazo e abrir mão de prioridades a prazo mais longo. A mediação eficaz exige um foco persistente no que é mais importante. Uma vez envolvido nas negociações, é possível que o mediador desenvolva um interesse em concordar com o outro, mesmo que isso não faça sentido. Nesse caso é preciso se concentrar no **sim** subjacente – interesses, necessidades e valores. Resumindo, o foco deve ser a “recompensa” – uma solução que atenda aos seus interesses essenciais de ambas as partes. A tarefa do mediador nesse caso é respeitar as partes, não redimi-las<sup>184</sup>.

Embora o ideal seja que o resultado do acordo beneficie a todos, nem sempre isso é possível. Dependendo do que você pedir ao outro para fazer, talvez ele não se veja ganhando. A chave é ele não encarar o resultado como um prejuízo, mas,

<sup>180</sup> AZEVEDO, André Gomma de; BACELLAR, Roberto Portugal. *Manual de Autocomposição Judicial*. Coleção: Estudos em arbitragem, mediação e negociação. André Gomma de Azevedo e Ivan Machado Barbosa (Org.). Brasília: Grupos de Pesquisa, 2007, p. 60.

<sup>181</sup> URY, William. *O poder do não positivo: como dizer não e ainda chegar ao sim*. Tradução de Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 200.

<sup>182</sup> Ibidem, p. 203.

<sup>183</sup> URY, William. *O poder do não positivo: como dizer não e ainda chegar ao sim*. Tradução de Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 203.

<sup>184</sup> Ibidem, p. 204.

sim, como um acordo com o qual possa conviver de forma contínua. É preciso que o resultado leve em consideração as suas necessidades mais básicas e atenda melhor a seus interesses do que qualquer outra alternativa seria capaz de atender<sup>185</sup>.

### **Despolarização do conflito**

Essa técnica demonstra a necessidade de mostrar às partes que ambas têm interesse na resolução da disputa e que a solução partirá delas mesmas. Tudo isso se dá porque o ser humano tende a polarizar suas relações conflituosas acreditando que para que um possua êxito o outro necessariamente precisará abrir mão de suas posições/pretenções.

Aqui entra a função do mediador que sem qualquer forma de pressão demonstrará que na maioria dos casos os interesses reais das pessoas são congruentes e conexos entre si e isso só não foi verificado antes porque ocorreram falhas na comunicação.

### **Afago**

A técnica do afago, também conhecida como reforço positivo, consiste em dar uma resposta positiva por parte do mediador a uma iniciativa elogiosa, eficiente e positiva da parte ou do seu advogado. Assim, o afago é um meio de estimular essa iniciativa/comportamento.

O afago pode consistir numa frase como:

- “Interessante essa sua proposta. Me parece que podemos começar por ela para buscar o acordo na presente ação.”

Mas o afago também pode consistir em uma expressão facial ou de linguagem corporal.

### **Silêncio**

Muitas vezes as partes precisam ponderar antes de responder e por isso, geralmente, ficam em silêncio. O mediador deve considerar o silêncio como aliado no aprofundamento das respostas. É importante, nesse caso, evitar a realização de perguntas ou a sua complementação nesse momento. O silêncio breve deve ser considerado um aliado do mediador nesses momentos.

Tal se dá porque o silêncio revela a deferência de UM para com o OUTRO, viabilizando o diálogo. Nesse sentido o silêncio se torna um comportamento “verbal” tão recomendável quanto todos aqueles que estão aqui mencionados<sup>186</sup>. No entanto, a presença do silêncio por períodos muito prolongados pode despertar temores e inquietações e até mesmo “quebrar” o ritmo da sessão de mediação.

---

<sup>185</sup> URY, William. *O poder do não positivo: como dizer não e ainda chegar ao sim*. Tradução de Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 205.

<sup>186</sup> ALMEIDA JÚNIOR, Sebastião de. *Negociação: técnica e arte*. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2005, p. 127.

## Inversão de papéis

Essa técnica pretende estimular a empatia entre as partes por intermédio de orientação para que cada uma perceba o contexto também sob a ótica da outra. Deve ser usada prioritariamente em sessões privadas, e, ao aplicá-la, o mediador explica que se trata de uma técnica de mediação e que tal procedimento também será realizado com o outro.

As partes sentem constrangimento pelo fato de estarem em juízo e tendem a imputar culpa ou responsabilidade pelo fato de se encontrarem em disputa. Por isso a técnica da inversão de papéis serve para que cada um dos conflitantes se coloque no lugar do outro percebendo o contexto no qual se encontra inserido e a ótica que possui a respeito do conflito.

## Escuta ativa

Nós temos uma grande necessidade de sermos ouvidos e saber que os outros se importam com o que dizemos e se importam em nos ouvir. As pessoas precisam dizer o que sentem. Ouvir bem é uma habilidade importante que você pode utilizar num diálogo difícil.

A melhor forma de comunicação é aquela que reconhece a necessidade do outro de se expressar. Justamente por isso os conselhos devem ser substituídos por uma escuta ativa para fins de mostrar que o que o outro diz e sente está sendo entendido e é importante. Dar conselhos normalmente se apresenta como um expediente de dominação, é uma maneira de assistencialismo. Quem aconselha se coloca em posição superior. O conselho bloqueia as necessidades de expressão, reconhecimento e emancipação do aconselhado. Por isso escutar e “escutar ativamente” é a melhor maneira de ajudar os mediandos<sup>187</sup>.

Assim, a escuta ativa é a técnica por meio da qual o ouvinte busca compreender e se comunicar acerca do sentido e do motivo de mensagens verbais e não verbais (postura corporal), percebendo assim informações ocultas contidas na comunicação. Conseqüentemente, é preciso “escutar” a comunicação não verbal, observar todos os seus movimentos corporais. Aquele mediador que não compreende um olhar não compreenderá uma longa explicação.

Da mesma forma, é preciso “ler” não apenas as palavras mas a postura, o que está acontecendo dentro da outra pessoa. Se a postura não for verdadeira as palavras não importarão. A postura do ouvinte deve ser de curiosidade, deve ser de alguém que se importa com quem e com o que está ouvindo. Porém, “a escuta só será poderosa e eficiente se for autêntica. A autenticidade significa que está ouvindo porque está curioso e porque se importa, não apenas porque deve fazer isto<sup>188</sup>”.

Em um uso mais específico, o ouvinte pode relatar ao falante o que percebeu da declaração, tornando assim mais evidente para este seus próprios motivos e sentimentos. A escuta ativa permite obter informações concernentes a elementos essenciais no processo de resolução de disputa, tais como credibilidade e interesse

<sup>187</sup> VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. Modelos, processos, ética e aplicações. São Paulo: Editora Método, 2008, p. 65-66.

<sup>188</sup> STONE, Douglas; PATTON, Bruce; HEEN, Sheila. *Conversas difíceis*. Tradução de Miriam Crohmal. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 100-101.

em resolver a questão.

Através dessa técnica o mediador garante a quem fala que ela está sendo escutada, demonstra aceitação das emoções, permite que as explore, esclarecendo o que realmente sente e o porquê, além de fisiologicamente estimular a liberação de tensão, deixando-a expressar-se emocionalmente. Escutar ativamente é, antes de tudo, ouvir sem julgar.

Um dos caminhos para ser um bom ouvinte passa por fazer perguntas, parafrasear, ouvir atentamente o que foi dito, reconhecer os pontos de vista deles, estar atento e olhar nos olhos de quem fala.

Os caminhos para escutar ativamente podem ser<sup>189</sup>:

- Limite sua própria fala, escute mais do que fale.
- Esteja interessado e demonstre esse interesse. Isso inclui linguagem corporal na comunicação e receptividade.
  - Sintonize-se na outra pessoa, concentre-se nessa pessoa e nada mais além disso.
  - Faça perguntas para esclarecimentos.
  - Contenha sua ansiedade e não tire conclusões precipitadas.
  - Escute ideias, não só palavras.
  - Desligue-se de suas próprias preocupações.
  - Reaja às ideias e não à pessoa. Separe a pessoa do problema e de sua solução.
- Peça retorno (*feedback*), faça perguntas enquanto você fala, assim os outros terão a chance de dizer a você o que sentem.
- Observe a linguagem não verbal.

### **Identificação/geração de opções** (*brainstorming*)

Com essa técnica o que se pretende é formular opções em quantidade, por meio da liberação do pensamento e do estímulo à criatividade das partes. Justamente por isso tal ferramenta também é conhecida como “tempestade de ideias”. Para que ela seja colocada em prática é importante evidenciar o momento de deixar de lado o passado e colocar ênfase em **como** proceder no presente para que o futuro se torne melhor.

As opções válidas sugeridas/construídas/criadas pelos mediandos devem estar baseadas em critérios objetivos (realidade), que devem ser examinados com cautela. Esses critérios objetivos dizem respeito a: valores econômicos, morais e jurídicos que precisam necessariamente ser observados na tomada de decisão.

Para fins de gerar opções criativas é importante:

- Ampliar o sistema e o rol de pessoas participantes da mediação;
- Aumentar ou reduzir as permeabilidades das fronteiras para restabelecer o diálogo;
- Desenhar visões do futuro para compreender as novas situações resultantes de mudanças no ciclo vital;

<sup>189</sup> BARNES, Ginny Pearson. *Negociando com sucesso*: deixando que outras pessoas o sigam. Traduzido por Eduardo Cunningham Matinez. 1. ed. São Paulo: Amadio, 2002, p. 68 et seq.



- Mudar/inverter posições (colocando-se no lugar do outro utilizando a técnica de inversão de papéis).

## ESTÁGIOS DA MEDIAÇÃO

Os estágios da mediação que serão aqui apresentados devem ser tomados como técnicas flexíveis, ou seja, que podem variar e inclusive não serem utilizadas conforme o conflito existente<sup>190</sup>.

1) O **primeiro estágio** da mediação possui dois aspectos de extrema importância: a **orientação dada às partes** pelo mediador e a **organização do espaço de reuniões**.

Na **orientação às partes**, ou seja, no primeiro contato o mediador deve ouvir o problema e elaborar perguntas que possam dar início ao procedimento. Esse procedimento tem por objetivo:

- obter um sumário do problema;
- definir o processo em detalhes suficientes para que as partes possam tomar uma decisão informada sobre se pretendem prosseguir ou não;
- conseguir a concordância preliminar de iniciar a mediação (ou ao menos de comparecer à reunião).

Nesse momento é importante que o mediador saiba o que deve e o que não deve fazer:

### O QUE FAZER E O QUE NÃO FAZER NOS PRIMEIROS CONTATOS

FAZER	NÃO FAZER
<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Ouvir primeiro o relato cuidadosamente e fazer anotações (como uma primeira tentativa de preencher o <i>Grid</i><sup>191</sup> de conflito).</li> <li>✓ Ouvir e conversar igualmente com cada lado. Como uma regra geral, falar com cada lado de forma que não haveria problema se a parte contrária estivesse ouvindo a conversa. Considerar a possibilidade de usar a conferência telefônica com todas as partes para explicar as regras gerais.</li> <li>✓ Estar preparado para definir o processo</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>✗ Ignorar interesses chave e outros fatos que são expostos no início.</li> <li>✗ Permitir que uma ou outra parte tente ganhar sua simpatia.</li> <li>✗ Permitir que a parte que contactou prossiga com visões distorcidas sobre o processo (sugerindo que não há confidencialidade ou confundindo-o com outros procedimentos, como a arbitragem).</li> <li>✗ Ignorar uma parte ou permitir que a reunião prossiga sem uma das partes, correndo o risco que aquela pessoa</li> </ul>

<sup>190</sup> Os estágios da mediação aqui expostos se baseiam em SLAIKEU, Karl. *No Final das Contas*. Manual prático para mediação de conflitos. Tradução de Grupo de pesquisa e trabalho em arbitragem, mediação e negociação na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 2004, p. 71 et seq.

<sup>191</sup> O *grid* de conflito criado por Karl Slaikeu é uma técnica que tem por objetivo resumir as variáveis-chave de uma mediação. O mediador deve pensar no *Grid* de conflito como seu mapa cognitivo para a coleta de informações e para a decomposição do problema em seus componentes base (SLAIKEU, Karl. *No Final das Contas*. Manual prático para mediação de conflitos. Tradução de Grupo de pesquisa e trabalho em arbitragem, mediação e negociação na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 2004, p. 41)

em linguagem simples.

- ✓ Assegurar-se do comprometimento de cada parte em mediar.
- ✓ Certificar-se de que todas as partes tenham a mesma informação, entregue ao mesmo tempo.
- ✓ Agendar a reunião inicial em um local e horário que seja conveniente para todas as partes.

sinta que foi deixada de fora ou que ela questione a neutralidade do mediador por ter iniciado o processo sem a presença de todos.

- ✗ Enviar a informação a uma das partes antes de sugerir que seja enviada à demais partes.
- ✗ Permitir que uma parte ponha a perder todo o processo por conta do agendamento.

Ainda dentro do primeiro estágio é importante que se **organize o espaço** para que a mediação aconteça. Assim, a sala onde acontecerá a mediação deverá ser disposta de forma a permitir que as partes apresentem os seus interesses e pontos de vista e ouçam os interesses das outras partes de modo que possam começar a trabalhar juntas para encontrar uma solução aceitável para ambas.

Nesse sentido, é preciso preparar a estrutura da sala nos aspectos que dizem respeito ao tamanho, ao formato das mesas, ao mobiliário, enfim, a todos os acessórios que ali são encontrados.

É preciso que haja uma sala de conferência para a reunião inicial e para as sessões conjuntas subsequentes com capacidade para acomodar todas as partes ao redor de uma mesa. Será preciso também uma ou duas salas para reuniões particulares.

A privacidade deve imperar. As partes devem se sentir seguras de que ninguém as escuta e de que tudo o que disseram não sairá da sala. Desse modo, se necessário, é importante considerar a instalação de equipamento que reduza a propagação do som.

As partes podem pretender fazer comunicações externa mediante chamadas telefônicas para falar com o seu advogado ou com outra pessoa para a qual deve prestar contas. É preciso a certificação de que esta possibilidade existe.

Da mesma forma, a disposição do mobiliário é importante. Qual é a disposição ideal de uma sala de mediação? Alguns parâmetros são apontados:

- a) Se possível, acomode as pessoas para que não estejam em lados opostos da mesa;
- b) Certifique-se de que as cadeiras sejam de igual tamanho e altura;
- c) Sente-se (e favoreça para que as partes também o façam) de maneira informal;
- d) Um aparador pode ser útil para acomodar material;
- e) Flexibilidade e várias opções de mobília podem oferecer um instrumento adicional;
- f) Painéis de papel ajudam a centralizar a atenção;
- g) Monte uma cozinha.

Além desses itens, é interessante oferecer a todos água, suco, café, chá, balas e/ou biscoitos. O objetivo é trazer aos mediados conforto, comodidade e segurança.

2) O **segundo estágio** vem composto pela reunião de abertura que acontece logo após a identificação das partes e a obtenção do compromisso em iniciar a

mediação. Antes é preciso checar que o ambiente esteja preparado.

O mediador deve conduzir a reunião de maneira a infundir confiança sobre o processo nas partes e demonstrar como elas podem utilizar seus possíveis benefícios, desde que haja uma atitude colaborativa por parte de todos.

Nesse momento é importante reforçar a confidencialidade da reunião afirmando que as informações ali reveladas não serão abertas a ninguém exceto se disserem respeito a ameaças à vida e à integridade física de alguém, incluindo aqui abusos contra crianças.

O mediador objetiva na reunião inicial:

- a) Explicar o processo de mediação;
- b) Ouvir as primeiras declarações das partes;
- c) Finalizar a reunião e prosseguir com a possibilidade de reuniões particulares com cada uma das partes.

Sugere-se que o mediador utilize uma **lista de verificação**<sup>192</sup> de todos os passos a serem seguidos nessa fase do procedimento:

#### **1. Apresente-se e apresente as partes**

Anote os nomes das partes e os utilize no correr da mediação

Recorde eventuais interações anteriores entre o mediador e as partes

#### **2. Explique o papel do mediador**

Não tem poder de decisão

Não é um juiz

Imparcial

Facilitador

Ajuda os participantes a examinarem e a expressarem metas e interesses

#### **3. Descreva o processo de mediação**

Informal (nenhuma regra de produção de prova)

Participação das partes bem como dos advogados

Oportunidade para as partes falarem

Possibilidade de sessão privada (ou sessão individual)

#### **4. Busque adesão para que seja assegurada a confidencialidade**

Explique eventuais exceções

#### **5. Descreva as expectativas do mediador em relação às partes**

Trabalhar conjuntamente para tentar alcançar uma solução

Escutar sem interrupção

Explicar suas preocupações

Escutar a perspectiva da outra parte

Tentar seriamente resolver a questão

Revelar informações relevantes às outras partes

<sup>192</sup> Essa lista de verificação é de autoria de AZEVEDO, André Gomma de; BACELLAR, Roberto Portugal. *Manual de Autocomposição Judicial*. Coleção: Estudos em arbitragem, mediação e negociação. André Gomma de Azevedo e Ivan Machado Barbosa (Org.). Brasília: Grupos de Pesquisa, 2007, p. 45.

**6. Confirme disposição para participar da mediação****7. Comente sobre o papel dos advogados****8. Descreva o processo a ser seguido**

Tempo

Logística

Regras básicas para condução do processo

Partes têm a oportunidade de falar

Sessões privadas ou individuais

Quem irá falar primeiro

Perguntas?

Nestes termos, serve como exemplo<sup>193</sup> prático de abertura da mediação:

*“Boa tarde, meu nome é Carlos. [Caso se trate de uma mediação conjunta, o cofacilitador também deve se apresentar – ‘e o meu nome é Teresa’.] Vocês podem me [ou nos] chamar pelo primeiro nome mesmo. Gostaria de dar as boas vindas à mediação. (Apresente os demais presentes – supervisores, estagiários, observadores, etc. e solicite permissão para a presença de todos durante a mediação, menos dos supervisores cuja permissão decorre de sua função).*

*Confirmando seus nomes: a Sra. se chama Natalia Souza e o Sr. Felipe Basso, correto? Como gostariam de ser chamados? ...*

*Algum de vocês já participou de uma mediação? Apesar de já terem participado de uma mediação antes, gostaríamos de explicar qual o nosso modo de trabalho pois mediadores adotam métodos de trabalho distintos.*

*Vamos tomar alguns minutos para explicar o processo de mediação e os papéis de todos os envolvidos. O (Cofacilitador) e eu temos formação e experiência na área de mediação. Estamos aqui por nossa livre vontade porque acreditamos que a mediação é geralmente o melhor meio de resolver diferenças. A mediação é um processo no qual nós, mediadores, trabalharemos com vocês (ou senhores como eles preferirem ser chamados) para ajudá-los a resolver a situação que os trouxe até aqui. Cada um de vocês terá a oportunidade para expor suas preocupações para nós e para as demais partes. Nós queremos ajudá-los a esclarecer seus próprios objetivos e preferências; trabalhar com vocês na avaliação de opções; ajudá-los a tomar decisões eficientes considerando suas situações particulares e também oferecer a oportunidade para compreender o ponto de vista da outra parte.*

*Gostaria de assegurá-los de que nós não nos reunimos previamente com qualquer um de vocês antes desse nosso encontro. Sabemos muito pouco acerca da situação que os trouxe até aqui. Permaneceremos imparciais ao longo de todo o processo. Nosso trabalho não é decidir quem está certo ou errado, mas sim entender suas preocupações e auxiliá-los a desenvolver soluções que atendam adequadamente seus interesses. Não somos juizes. Não estamos aqui para decidir por vocês ou pressioná-los a chegar a alguma conclusão ou alcançar algum acordo*

<sup>193</sup> AZEVEDO, André Gomma de; BACELLAR, Roberto Portugal. *Manual de Autocomposição Judicial*. Coleção: Estudos em arbitragem, mediação e negociação. André Gomma de Azevedo e Ivan Machado Barbosa (Org.). Brasília: Grupos de Pesquisa, 2007, p. 46-48.

se vocês não estiverem preparados para tanto.

*Uma vez que cada um de vocês tenha tido a oportunidade de explicar sua posição, trabalharemos de modo a ajudá-los a decidir o que fazer em relação às questões enfrentadas nesse nosso encontro. Um acordo formal é apenas um dos desfechos possíveis da mediação. Os resultados dessa sessão dependem de vocês.*

*A nossa experiência tem mostrado que a forma mais produtiva de estruturar nosso trabalho é, primeiramente, ouvir cada um de vocês sobre a situação que os trouxe até aqui. Faremos perguntas para que possamos melhor compreender suas preocupações. A partir de então, iremos sugerir que vocês se concentrem no futuro para resolver a situação pendente e para estabelecermos maneiras pelas quais vocês irão interagir futuramente. Se vocês alcançarem um acordo, nós podemos, se desejarem, firmá-lo a termo para que assinem. Parece-lhes que o modo de condução da mediação aqui esboçado atende a suas necessidades?*

*Existem algumas diretrizes que nos auxiliam a trabalhar de maneira efetiva com vocês.*

*Durante a mediação, cada um de vocês terá oportunidade para falar. Como temos aproximadamente 40 minutos para cada mediação pedimos que tentem apresentar suas perspectivas em aproximadamente 5 ou 10 minutos. Acreditamos ser útil que cada parte ouça atentamente a outra, de modo que cada um possa falar tudo que tem a dizer sem ser interrompido. Vocês concordam em evitar interromper o outro enquanto ele estiver falando? Nós fornecemos papel e caneta para que vocês tomem notas enquanto ouvem a outra parte. Em regra, pedimos às partes que anotem especialmente dois tipos de dados – os fatos novos que tenham tido conhecimento somente aqui na mediação e os fatos que vocês acreditam que a outra parte ainda não compreendeu ou que foram objeto de uma falha de comunicação.*

*Nossa segunda diretriz diz respeito à confidencialidade. Garantimos que não comentaremos com qualquer pessoa de fora do processo de mediação sobre o que for dito durante o procedimento. Portanto, sintam-se à vontade para falar abertamente acerca de suas preocupações.*

*Durante o processo, poderemos considerar conveniente falar com vocês individualmente - chamamos isto de sessão privada ou sessão individual - e se desejarem falar conosco em particular, por favor, avisem-nos. Caso nos reunamos com vocês individualmente, qualquer coisa que vocês nos contem – e que você não querem que seja compartilhado com a outra parte – será mantido em sigilo.*

*Alguma questão sobre o processo?*

*Natalia, você propôs a demanda, certo? Geralmente, começamos com a pessoa que solicitou a mediação. Desta forma, Felipe, ouviremos Natalia primeiro e, em seguida, você terá oportunidade de falar. Certo? Natalia, você poderia, por gentileza, contar-nos o que a trouxe até aqui?"*

Assim, recomenda-se que o mediador tenha um comportamento tranquilo, equilibrado e firme. Resumindo, é possível sugerir que os itens abaixo<sup>194</sup> sejam observados quando ao “fazer” e ao “não fazer” no segundo estágio da mediação.

---

<sup>194</sup> Nesse sentido ver SLAIKEU, Karl. *No Final das Contas*. Manual prático para mediação de conflitos. Tradução de Grupo de pesquisa e trabalho em arbitragem, mediação e negociação na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 2004, p. 102.

## COMPORTAMENTO

FAZER	NÃO FAZER
<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Manter o contato visual de maneira equilibrada com cada parte.</li> <li>✓ Explicar o processo em linguagem simples, certificando-se de que todos a compreendem.</li> <li>✓ Reforçar o comportamento cooperativo quando puder (por exemplo, dizendo: “É positivo que você tenha tomado a iniciativa de aproximar-se”).</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>✗ Permitir-se ser levado a dar mais atenção não verbal a uma das partes.</li> <li>✗ Permitir-se usar termos específicos ou vagos.</li> <li>✗ Deixar de usar as oportunidades para oferecer recompensas verbais para demonstrações de cooperação.</li> </ul>

3) No **terceiro estágio da mediação** as partes já foram identificadas pelo mediador que já se reuniu com elas para a abertura do procedimento. As regras já foram explicadas e todos concordaram em observá-las. Cada uma das partes procedeu à sua declaração de abertura e demonstrou sua visão e suas angústias sobre o conflito existente. Chega a hora de proceder, se necessário, às reuniões particulares com cada uma das partes envolvidas.

Nas **reuniões particulares** o mediador objetiva conhecer mais cada uma das partes e saber mais sobre:

- a) os interesses de cada um;
- b) sua visão sobre quais os fatos são importantes;
- c) o que pretende fazer se o acordo não acontecer;
- d) as possíveis soluções integrativas<sup>195</sup>.

Além disso, as reuniões/sessões particulares também servem para manter as partes empenhadas e engajadas no procedimento.

Assim, as reuniões particulares devem adotar os seguintes passos<sup>196</sup>:

a) **começar reiterando a questão da confidencialidade** e, então, fazer uma pergunta aberta para iniciar a conversa. Por exemplo:

*Eu gostaria de lembrá-lo de que tudo o que for dito nesta reunião particular será mantido em sigilo por mim e não será revelado a ninguém, a menos que me seja dada permissão para transmiti-lo – e eu concorde em fazê-lo. Meu objetivo, nesse momento, é compreender da melhor forma possível os seus interesses e o*

<sup>195</sup> SLAIKEU, Karl. *No Final das Contas*. Manual prático para mediação de conflitos. Tradução de Grupo de pesquisa e trabalho em arbitragem, mediação e negociação na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 2004, p. 107.

<sup>196</sup> Procedimento sugerido por SLAIKEU, Karl. *No Final das Contas*. Manual prático para mediação de conflitos. Tradução de Grupo de pesquisa e trabalho em arbitragem, mediação e negociação na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 2004, p. 107 et seq.

*que você julga ser necessário para que um acordo ou solução seja alcançado. Dito isso, inicie seu relato por onde você achar melhor, a fim de me dizer algo que você não mencionou na reunião de abertura e gostaria de dizer agora, ou de algo dito na reunião de abertura que você gostaria de explicar. Comece por onde quiser.*

Para que servem as reuniões particulares?

- Para permitir a expressão de fortes sentimentos sem aumentar o conflito;
- Para eliminar comunicação improdutivo;
- Para disponibilizar uma oportunidade para identificar e clarificar questões;
- Como uma contramedida a fenômenos psicológicos que impedem o alcance de acordos, tal como a desvalorização reativa;
- Para obter informação sensível ou confidencial;
- Para evitar comprometimento prematuro;
- Para ensinar o processo de negociação às partes;
- Para disponibilizar um ambiente propício para o exame de alternativas/opções;
- Para avaliar o poder de barganha de uma parte;
- Para quebrar um impasse;
- Para avaliar a durabilidade das propostas.

b) Quando a pessoa começar a contar a sua versão, **escutar ativamente e fazer perguntas para esclarecer e resumir dados**. Essa é uma habilidade básica de comunicação e mesmo que o mediador não concorde com o que está sendo dito, ele demonstra respeito ao escutar ativamente. Essa técnica (escutar ativamente) realizada de maneira correta denota respeito pela pessoa e o direito do mediador de ter uma visão, percepção ou ponto de vista sobre a questão que se apresenta.

c) **Tomar anotações**: essa pode ser uma ferramenta útil para que o mediador encoraje as partes a terem um comportamento colaborativo.

d) **Avaliar as percepções do problema** perguntando como essa parte vê os interesses e a posições da outra. Dificilmente elas fazem uma avaliação correta, pois frequentemente ofuscam seus interesses por meio da barganha de posições.

e) **Confrontar a parte, avaliar os pontos fortes e fracos de propostas, concentrar-se nos interesses antagônicos** para abrandar posições intransigentes e encorajar movimento. Nesse caso, o confronto é uma técnica de comunicação avançada cujo objetivo principal é fazer cessar certo comportamento ou canalizar a discussão em uma direção mais construtiva. A melhor forma de confrontar não é atacando a parte, mas utilizar-se de dados para fazê-la perceber qual a impressão que está causando no adversário. Isso servirá para tornar as partes mais flexíveis.

f) **Fazer resumos com frequência** e, se necessário, **testar a receptividade para possíveis soluções integrativas**. A técnica de **escuta ativa** pode ser usada para resumir dados gerados no decorrer do processo, interesses que foram apontados e uma série de fatos, alternativas e soluções possíveis. Assim, o objetivo é buscar oportunidades de testar a receptividade a possíveis soluções. As perguntas devem sempre começar com “e se”.

g) **Encerrar a reunião garantindo a confidencialidade da discussão**, fazendo uma pergunta aberta sobre outros tópicos e um pedido para receber instruções sobre qualquer mensagem a ser transmitida à outra parte. Aqui reiterar o

compromisso de fidelidade e de colaboração confere empatia e segurança à relação.

h) **Proceder à reunião particular com a outra parte.** Aqui se repetem os passos anteriores, garantindo igualdade de tratamento.

4) O **quarto estágio** prevê a hipótese de **reuniões conjuntas e particulares** alternadas em combinações que permitam discutir os avanços e as possíveis propostas de acordo surgidas. Para que essas reuniões conjuntas voltem a acontecer é preciso que: a) as partes estejam preparadas para se reunir; b) que se escolha uma abordagem rápida (que pode significar realizar reuniões conjuntas uma vez que nelas as partes podem se manifestar a respeito das propostas umas das outras); c) que se verifique a existência de algum impedimento físico para que a reunião aconteça (serve de exemplo a distância de residências).

5) O **último estágio** prevê o encerramento do processo de mediação de maneira positiva: com o êxito da mediação e a **redação do acordo**.

Uma mediação bem-sucedida conduzirá, muitas vezes, ao encerramento com um acordo satisfatório para as partes. Na busca desse intento, alguns atos simbólicos podem produzir nas partes os sentimentos de satisfação e de comprometimento com o adimplemento do pacto, bem como a realização de ter obtido uma solução amigável.

Preliminarmente Karl Slaikeu<sup>197</sup> sugere que se organize uma planilha de texto único que simplesmente identificará uma série de passos que podem levar as partes a superar o seu presente conflito e ajudá-las a definir possíveis soluções. Ao completar tal planilha, o mediador não deve se pautar apenas pelo sucesso potencial da observação dos passos. Ao invés, deve usar o seu conhecimento particular (afinal de contas, ele é o único que ouviu todos os interesses de cada parte) para criar uma lista que julgue poder levar a soluções integrativas. O principal objetivo é, simplesmente, compilar uma lista dos passos que devem ser seguidos a fim de ajudar as partes a progredirem.

Assim:

### ELABORANDO UM ACORDO DE TEXTO ÚNICO

FAZER	NÃO FAZER
✓ Formular possíveis itens de texto único a partir das suas anotações preliminares.	✗ Não pensar em termos do texto único desde o começo.
✓ Usar verbos de ação para descrever comportamentos específicos que as partes tomarão para implementar o acordo.	✗ Permitir que o acordo permaneça vago.
✓ Lembrar-se de que o parâmetro conceitual é o <i>Grid</i> de Conflito, que permite decompor os problemas (interesses, fatos, e soluções) antes de criar itens para	✗ Deixar de usar componentes que já tenham sido definidos por meio de reuniões particulares e conjuntas.
	✗ Assumir uma atitude de pegar ou largar, presumido que se as partes não conseguirem concordar acerca de todos ou quase todos os pontos, nenhum acordo será possível.

<sup>197</sup> SLAIKEU, Karl. *No Final das Contas*. Manual prático para mediação de conflitos. Tradução de Grupo de pesquisa e trabalho em arbitragem, mediação e negociação na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 2004, p. 145.



- |  |   |
|--|---|
| <p>o acordo de texto único que funcionem para todas as partes.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Considerar várias opções para alcançar acordos parciais quando não for possível conseguir um acordo total:           <ul style="list-style-type: none"> <li>• Concordar em alguns pontos e concordar em discordar a respeito de outros.</li> <li>• Recorrer a um superior sobre alguns pontos.</li> <li>• Implementar algumas medidas agora e aguardar antes de implementar outras.</li> <li>• Introduzir um parâmetro objetivo como um guia para selecionar opções.</li> </ul> </li> <li>✓ Prever um acordo sobre o seguimento da negociação (quando, onde, quem).</li> <li>✓ Incluir uma cláusula para resolução de disputas.</li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>✗ Deixar isso ao acaso.</li> <li>✗ Deixar passar a oportunidade de ajudar as partes a prevenir futuras disputas concordando em abordar conflitos por meio de conversas ou mediação.</li> </ul> |
|--|---|

Depois da rodada final de reuniões (coletivas ou não) com as partes e da anotação dos passos que constituem o acordo de texto único conforme esquema da tabela anterior e antes da redação final do mesmo, é uma boa ideia testá-lo. O objetivo é detectar pontos duvidosos que possam conduzir ao fracasso ou descarrilamento do acordo no futuro. Para que esses pontos fracos sejam detectados, conforme Slaikeu<sup>198</sup> deve-se questionar:

a) *Os interesses críticos das partes-chave e das pessoas a quem elas devem responder foram honrados ou, ao menos, não violados?*

Cabe aqui a revisão dos interesses já identificados bem como a conferência de que eles foram honrados pelo acordo. Além disso, deve-se perguntar diretamente às partes, em reuniões conjuntas ou particulares, se o acordo irá realmente honrar seus interesses.

O objetivo desse tipo de questão é verificar se as próprias partes conseguem relacionar o acordo com os seus interesses latentes. Se não conseguirem explicar a ligação ou ficarem com a impressão de que algo está faltando, deve-se explicar como o plano realmente vai ao encontro de seus interesses – ou trabalhar para revisá-lo.

b) *O acordo coaduna-se com outros fatos?* De que maneira o acordo se ajusta às limitações orçamentárias, regras institucionais, leis aplicáveis e outras variáveis?

c) *Como as outras partes e as pessoas que elas representam reagirão ao acordo?* Há alguma outra parte que pode ajudar na implementação desse acordo se incluída na revisão ou que pode sabotá-lo se excluída? Possuindo conhecimento

<sup>198</sup> SLAIKEU, Karl. *No Final das Contas*. Manual prático para mediação de conflitos. Tradução de Grupo de pesquisa e trabalho em arbitragem, mediação e negociação na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 2004, p. 181 et seq.

dessas partes e sabendo quais são os seus interesses, deve-se tentar visualizar o acordo pelos seus olhos.

d) *Imaginar a implementação do acordo e prever as consequências* (sucesso ou fracasso). Existe algo em seu relacionamento ou em seu cotidiano que deve ser levado em consideração ao testar a viabilidade do acordo?

e) *Pedir às partes que avaliem o acordo*. O próximo passo é que elas descrevam os motivos pelos quais ele é aceitável ou não.

f) *O que os advogados das partes pensam sobre o acordo?* As partes podem levar uma cópia do acordo a eles ou podem discutir os seus principais pontos com os mediadores a fim de receber sua opinião antes da redação da versão final. O mediador pode encorajar as partes a buscar a opinião de seus advogados com relação a aspectos do acordo que mais as preocupam.

Essa fase de teste do acordo é uma tentativa de auxiliar as partes a eliminar qualquer obstáculo antes que outros o façam quando a mediação já houver sido finalizada. Não se deve hesitar em olhar as partes no olho e dizer: “Você está concordando com esse acordo agora, mas o que você fará daqui a dez meses quando você estiver tomando uma cerveja com um amigo que lhe disser que você estava fora de si ao aceitar esse acordo?” Se a parte não for capaz de dar uma explicação convincente de como o acordo atendeu a seus interesses e lhe poupou maiores perdas, então deve ser retomada a discussão sobre interesses, méritos da solução e possíveis alterações. Deve ser lembrado que todos ainda estão tentando desenvolver a habilidade cognitiva de pensar sobre, encarar ou descrever a experiência de forma a fazê-la perdurar<sup>199</sup>.

Para fins de testar o acordo, William Ury<sup>200</sup> sugere que se use o “teste do discurso de aceitação”. Assim ele sugere que se a dificuldade reside em ajudar as partes a chegarem a um acordo sejam feitas algumas perguntas difíceis que elas terão de enfrentar:

“Por que você cedeu?”

“Do que abriu mão?”

“Será que precisava mesmo fazer essa concessão?”

“E as nossas necessidades? Você se esqueceu de nós?”

“Por que não fomos consultados?”

E daí por diante.

Depois de testar o acordo e sua aceitação, é hora de começar a redação definitiva do mesmo. Nesse momento é preciso prestar atenção à redação e a assinatura a fim de reforçar a confiança de que ele é válido e deverá ser obedecido. Ele precisa, acima de tudo, ser exequível, pois do contrário não garantirá sua instrumentalidade para a efetiva satisfação das partes no mundo fático. É preciso que se produza um texto que esteja conforme os parâmetros legais, que tenha uma

<sup>199</sup> SLAIKEU, Karl. *No Final das Contas*. Manual prático para mediação de conflitos. Tradução de Grupo de pesquisa e trabalho em arbitragem, mediação e negociação na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 2004, p. 184.

<sup>200</sup> URY, William. *O poder do não positivo: como dizer não e ainda chegar ao sim*. Tradução de Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 207-208.

linguagem clara, específica e objetiva<sup>201</sup>.

A redação do acordo precisa observar alguns princípios<sup>202</sup>:

a) *enquanto as conversas na mediação primam pela confidencialidade, o acordo será público*. Por isso é importante certificar-se de que ele não expõe as partes desnecessariamente. Para as disputas envolvendo agências governamentais, o acordo será de domínio público;

b) *considerando que o acordo deve ser aprovado por ambas as partes, preferir usar a linguagem empregada por elas*. Nesses termos, devem ser evitadas expressões vagas ou muito genéricas. Os acordantes precisam saber exatamente quais serão as suas obrigações para a execução do acordo em termos de horário, local, data, modo e periodicidade de cumprimento;

c) *almejar pela simplicidade na escolha das palavras e construções gramaticais*. É recomendável manter a simplicidade dos documentos. Alguns acordos de texto único consistiram apenas em uma lista de comportamentos que as partes rubricarão, enquanto outros serão compostos por vários parágrafos. Sempre que possível, tentar elaborar um texto conciso.

d) *certificar-se de que o documento refira-se de forma positiva à solução e ao comportamento (quem fará o quê, quando) e que seja específico sobre os prazos em que cada passo deve ser completado*;

e) *até a assinatura final do acordo, procurar usar apenas uma cópia nas reuniões particulares ou conjuntas*. Nada será mais confuso ou contraproducente do que a distribuição de dez cópias de um acordo ainda não testado. Cada parte adicionará suas próprias alterações e caberá ao mediador a tarefa de tentar sistematizar as dez diferentes versões.

William Ury<sup>203</sup> afirma que é importante concluir o acordo com um tom positivo, do mesmo modo como foi importante começar. Assim, um tom positivo pode ser, simplesmente, uma palavrinha reafirmando o relacionamento: “Martha, sei que lidar com este problema não foi fácil para nenhum de nós. Só queria lhe agradecer por tentar respeitar as minhas necessidades nesta situação. Espero ansioso trabalhar com você neste caso e em vários outros.”

Em resumo, o autor sugere que se reconheça a existência de dificuldades, e que se agradeça ao outro, concentrando-se em um futuro positivo. Não há necessidades de palavras melosas – um reconhecimento objetivo e um simples obrigado bastam. O outro terá mais propensão para implementar um acordo, caso se sinta bem a respeito dele.

Essa positividade pode ser alcançada com o uso de expressões positivas que venham a substituir a negatividade muitas vezes verificada. Ao afirmar, por exemplo, que “as partes comprometem-se a evitar discussões”, o mediador busca dizer o mesmo que “as partes comprometem-se a agir com cortesia”, mas da segunda maneira ressalta a boa e mais agradável convivência no futuro como efeito positivo

---

<sup>201</sup> AZEVEDO, André Gomma de; BACELLAR, Roberto Portugal. *Manual de Autocomposição Judicial*. Coleção: Estudos em arbitragem, mediação e negociação. André Gomma de Azevedo e Ivan Machado Barbosa (Org.). Brasília: Grupos de Pesquisa, 2007, p. 140.

<sup>202</sup> SLAIKEU, Karl. *No Final das Contas*. Manual prático para mediação de conflitos. Tradução de Grupo de pesquisa e trabalho em arbitragem, mediação e negociação na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 2004, p. 187-189.

<sup>203</sup> URY, William. *O poder do não positivo: como dizer não e ainda chegar ao sim*. Tradução de Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 215.

do cumprimento do combinado. Logo, inserem-se as partes num contexto de otimismo, o que aumenta as possibilidades de realização do acordado<sup>204</sup>.

Na mediação, ao invés de atribuir culpa e censurar, prioriza-se a ressalva de que as partes e o mediador trabalham para a obtenção de uma solução que satisfaça aos envolvidos, em todos seus interesses e sentimentos e origine um comprometimento mútuo<sup>205</sup>.

Ao observar todos esses critérios norteadores da produção do acordo ao longo da mediação, o mediador terá como uma das regras mais importantes o bom senso, presente inclusive no momento de redigir o acordo. No entanto, dispor de modelos de acordos pré-elaborados pode trazer vantagens. Em primeiro lugar, esses modelos servirão de guia para o mediador quanto às questões a se dispor e a forma de tratá-las. Além disso, viabilizam um atendimento mais rápido e ágil para a solução do conflito. Mas, na busca de um acordo favorável para as partes algumas técnicas de mediação são importantes. Essas técnicas poderão ser vistas no próximo capítulo.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA JÚNIOR, Sebastião de. *Negociação: técnica e arte*. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2005.

AZEVEDO, André Gomma de; BACELLAR, Roberto Portugal. *Manual de Autocomposição Judicial*. Coleção: Estudos em arbitragem, mediação e negociação. André Gomma de Azevedo e Ivan Machado Barbosa (Org.). Brasília: Grupos de Pesquisa, 2007.

BARNES, Ginny Pearson. *Negociando com sucesso: deixando que outras pessoas o sigam*. Traduzido por Eduardo Cunningham Martinez. São Paulo: Amadio, 2002.

BARUCH BUSH, Robert et al. *The promise of Mediation: responding to conflict through empowerment and recognition*. 2. ed. São Francisco: editora Jossey- Bass, 2005.

ROSENBERG, Marshall B. *Comunicação não-violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais*. Tradução Mário Vilela. São Paulo: Agora, 2006.

SLAIKEU, Karl. *No Final das Contas*. Manual prático para mediação de conflitos. Tradução de Grupo de pesquisa e trabalho em arbitragem, mediação e negociação na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 2004.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Da jurisdição à mediação: por uma outra cultura no tratamento dos conflitos*. Ijuí: UNIJUÍ, 2010

---

<sup>204</sup> AZEVEDO, André Gomma de; BACELLAR, Roberto Portugal. *Manual de Autocomposição Judicial*. Coleção: Estudos em arbitragem, mediação e negociação. André Gomma de Azevedo e Ivan Machado Barbosa (Org.). Brasília: Grupos de Pesquisa, 2007, p. 140.

<sup>205</sup> AZEVEDO, André Gomma de; BACELLAR, Roberto Portugal. *Manual de Autocomposição Judicial*. Coleção: Estudos em arbitragem, mediação e negociação. André Gomma de Azevedo e Ivan Machado Barbosa (Org.). Brasília: Grupos de Pesquisa, 2007. p. 140.

STONE, Douglas; PATTON, Bruce; HEEN, Sheila. *Conversas difíceis*. Tradução de Miriam Crohmal. 8. ed. Rio de Janeiro: Elseiver, 2004.

URY, William. *O poder do não positivo: como dizer não e ainda chegar ao sim*. Tradução de Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. Modelos, processos, ética e aplicações. São Paulo: Editora Método, 2008.

## TRANSFORMAÇÃO DE CONFLITOS, CONSTRUÇÃO DE CONSENSO E A MEDIAÇÃO – A COMPLEXIDADE DOS CONFLITOS<sup>206</sup>

Lilia Maia de Moraes Sales<sup>207</sup>

A percepção sobre a complexidade dos conflitos apontou para a necessidade de estudo sobre caminhos que possibilitem soluções adequadas e que permitam a construção da paz. Neste artigo serão apresentadas a transformação de conflitos, a construção de consenso e a mediação de conflitos como instrumentos de solução, por meio do diálogo, que identificam a complexidade das controvérsias e possibilitam a construção de soluções pacíficas e adequadas a essa complexidade.

### 1 A TRANSFORMAÇÃO DE CONFLITOS

A teoria da transformação do conflito é apresentada por John Paul Lederach<sup>208</sup> e delineada a partir da compreensão da complexidade dos conflitos e da possibilidade de sua transformação. A complexidade é apontada como algo próprio do conflito, devendo ser explorada e reconhecida como algo positivo para a construção da paz. O conflito é natural nas relações humanas e deve ser entendido como instrumento de mudanças.

Essa complexidade fica clara quando, ao se explorar o conflito, percebe-se que ele representa mais do que se mostra inicialmente. Para ilustrar essa afirmativa, Lederach<sup>209</sup> utiliza-se de metáforas, as quais remetem a alguns tipos de plantas com sistema de raiz ativa, como os arbustos de framboesa e o como bambu. A framboesa, por exemplo, possui por cima do solo um crescimento visível, mas por baixo do solo apresenta uma raiz extensa que pode crescer até uma distância significativa de seus arbustos. Dessa maneira, para se transformar um conflito é necessário conhecer o contexto relacional desse conflito, ou seja, todas as

---

<sup>206</sup> O presente texto foi elaborado a partir de pesquisa realizada junto ao projeto intitulado “Mediação de conflitos para uma justiça rápida e eficaz” financiado pelo CNPq (Edital Universal 2009 – processo 470795/2009-3) e pela FAPERGS (Edital Recém-Doutor 03/2009, processo 0901814), coordenado pela Prof<sup>ª</sup>. Dra. Fabiana Marion Sengler.

<sup>207</sup> Advogada, doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2003). Atualmente é professora Titular da Universidade de Fortaleza, Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado, Professora Adjunta da Universidade Federal do Ceará, Diretora-presidente do Instituto de Mediação e Arbitragem do Ceará (Mediação Brasil). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direitos Humanos, atuando principalmente nos seguintes temas: mediação de conflitos, direitos fundamentais, tráfico de seres humanos e cidadania.

<sup>208</sup> Professor das Universidades de Notre Dame, de South Band, da Indiana e de Mennonite. Com vários livros publicados e experiência na área de transformação de conflito e construção da paz.

<sup>209</sup> LEDERACH, John Paul; NEUFELDT, Reina; CULBERTSON, Hal. *Construcción de Paz Reflexiva – Una Guía de Herramientas para planeación, seguimiento y aprendizaje*. Instituto Joan B. Kroc para estudios internacionales de paz Universidade de Notre Dame y Servicios de Auxilio Católico, Oficina Regional Del Sureste y Este de Asia, Filipinas, 2007, p. 18.

situações que envolvem o problema (fatores político, econômico, social etc.), para, a partir daí, estabelecer um diálogo entre os envolvidos.

A transformação de conflitos é mais do que um conjunto de técnicas específicas. É uma proposta diferente de observação dos fatos a partir de várias lentes<sup>210</sup> para se compreender o conflito além do âmbito individual, a fim de se alcançar uma perspectiva social. Dessa forma, são utilizadas inicialmente as “lentes” para averiguar a situação imediata e, em seguida, outras “lentes” para ver o passado dos problemas imediatos e os padrões das relações que dão contorno ao conflito (nesse momento a intenção vai além de encontrar uma solução rápida para os conflitos expressos e imediatos, mas avaliar com profundidade a situação vivida). A terceira “lente” é utilizada para encontrar um marco de convergência com o qual se possa criar uma plataforma de atuação para se discutir o conteúdo, o contexto e as estruturas das relações de forma cooperativa. Nesse ponto as pessoas podem iniciar a busca de respostas ou soluções criativas.

O autor diferencia assim o que chama de episódio e epicentro. Episódio é a parte mais superficial, visível do problema, enquanto o epicentro constitui-se a parte que não se vê de imediato, embora seja nela que reside a complexidade do conflito – as relações entre as pessoas ou entre instituições, questões sociais, econômicas ou políticas que envolvem um conflito.

Ao fazer a distinção entre episódio e epicentro, afirma que o primeiro resolve o conflito e o segundo, o transforma. Nessa perspectiva, o episódio é aplicado para a resolução de conflitos - resolve a parte visível, mais imediata e urgente - e o epicentro se volta para a transformação de conflitos – análise da complexidade dos conflitos, com o propósito de se avaliar o que está submerso à parte visível. Por essa premissa o verbo “resolver” não seria suficiente, e sim o verbo “transformar”.

Para o autor<sup>211</sup>, a transformação apresenta uma perspectiva de expansão do tempo, situa os problemas e as crises dentro de um entrelaçado de relações e do contexto social, criando lentes para visualizar tanto as soluções como as mudanças contínuas. Assim apresenta distinções entre o processo de resolução e a transformação de conflitos.

No processo de resolução, questiona-se como encerrar algo que não se deseja; centra-se o foco da discussão no conteúdo dos conflitos; tem-se como propósito encontrar um acordo e uma solução para os problemas atuais que geraram o conflito; desenvolve-se o processo em torno dos conflitos atuais e imediatos, tendo-se como horizonte mudanças em curto prazo; e se vê a necessidade de se encerrar os processos de conflitos.

No processo de transformação, avalia-se como se pode pôr fim a algo destrutivo e construir algo desejável; centra-se nas relações; tem-se o propósito de promover processos de mudanças construtivos e inclusivos não limitados às soluções imediatas; procura-se responder às causas imediatas, mas também avaliar os contextos relacionais que envolvem os conflitos, tendo como horizonte mudanças de médio e longo prazo; e se vê o conflito como uma dinâmica (fluxo e refluxo) necessária para uma mudança construtiva.

---

<sup>210</sup> LEDERACH, John Paul. *Construyendo la paz: Reconciliación sostenible en sociedades divididas*. Gernika, Vizcaya, España: Gernika Gogoratuz/Centro de Investigación por la Paz, 1998, p. 118-119.

<sup>211</sup> LEDERACH, John Paul. *The little book of conflict transformation* - The Little Books of Justice and Peacebuilding Series. [S. l.]: Good Books, 2003, p. 45-56.

Deve-se, portanto, perceber o contexto relacional do conflito – a quem e a quais forças aquele conflito atinge. O autor compara o processo de transformação de conflitos ao trabalho das aranhas ao tecer suas teias. As aranhas, informa ele, iniciam a construção de suas teias de forma um pouco intuitiva, logo em seguida reconhecem o espaço onde trabalham e organizam os pontos de encaixe que sustentam o corpo da rede de maneira que um não dependa dos outros. Assim, se uma parte for destruída as demais conseguem permanecer (mesmo que interligadas), estando a força da teia na sua flexibilidade. Da mesma maneira, as pessoas não precisam ser iguais ou pensar da mesma maneira. A relação entre elas deve existir de forma independente, portanto, sem submissão, de forma que estejam entrelaçadas, mas consigam subsistir independentemente. A reavaliação de seus valores – flexibilidade - permite a transformação do conflito.

No processo de transformação de conflitos é de suma importância que se evite a polarização, a percepção de lados opostos, inimigos. A participação das pessoas ou das instituições envolvidas nos conflitos e a possibilidade de se iniciar um diálogo cooperativo fortalecem a mudança, podendo assim transformar a controvérsia de forma sustentável (consensos duráveis que possam realmente satisfazer a todos).

A transformação do conflito apresenta vários fundamentos<sup>212</sup>. Inicialmente uma orientação **positiva sobre o conflito e a vontade de discutir o problema com o intuito de vivenciar uma mudança construtiva**. Ou seja, a pessoa ou o grupo precisa perceber o conflito como uma possibilidade de transformação e de aprimoramento das relações e, em seguida, responder a isso com a vontade, com o intuito de se comprometer na busca pelo alcance de um caminho que permita a satisfação de todos. O conflito é uma oportunidade de viver, questionar experiências profundas e assim crescer junto com essa avaliação e mudança. **É o motor de transformação das relações e das estruturas sociais sensíveis às dinâmicas das relações humanas.**

Tendo o conflito como momento natural nas relações, **busca-se assim compreender não apenas o conflito expresso e individual**, mas a profundidade dessa situação, inclusive avaliando a relação entre esses conflitos individuais com os padrões de **comportamento social**.

Os processos de mudanças construtivas exigem a concentração das energias nas relações e nas estruturas subjacentes, evitando o antagonismo e a destruição. A principal tarefa da transformação dos conflitos é **gerar opções criativas** que possam simultaneamente abordar problemas superficiais, mudar as estruturas sociais e padrões de relacionamento que estão subjacentes aos conflitos expressos.

Outro fundamento da transformação de conflito é a capacidade **de reduzir a violência e aumentar a justiça**. No tocante à redução da violência, é necessário que se abordem o conflito expresso e todas as causas subjacentes. Para se aumentar a justiça, deve-se garantir que as pessoas tenham acesso a processos de decisão que afetam suas vidas, inclusive políticos. Vislumbra-se a paz a partir da qualidade das relações que estão em constante desenvolvimento. Assim, a paz não configura algo estático, mas dinâmico.

---

<sup>212</sup> LEDERACH John Paul; MAIESE, Michelle. *Conflict Transformation*. Beyond Intractability: A Free Knowledge Base on More Constructive Approaches to Destructive Conflict, 2003. Disponível em: <<http://www.beyondintractability.org/essay/transformation/?nid=1223>>.



**A interação entre as pessoas e a sua relação com as estruturas sociais** são necessárias para a diminuição da violência e o aumento da justiça, e aponta para o desenvolvimento de habilidades para a transformação de conflitos em níveis interpessoais, intergrupais e socioculturais. Um grupo aponta a intervenção direta entre pessoas ou grupos. Outro grupo averigua a necessidade de se efetuar mudanças no âmbito das estruturas sociais (desde a família até estruturas de nível global). Com o diálogo, é possível modificar estruturas sociais de forma que sejam mais justas.

A relação humana é o coração da transformação do conflito. Antes de concentrar-se no conteúdo do conflito expresso, pois muitas vezes, como ressaltado anteriormente, os aspectos mais importantes a serem discutidos são, muitas vezes, os menos perceptíveis.

### **1.1 Que mudanças são percebidas nos processos de transformação de conflitos?**

Ledrerach, Neufeldt e Culbertson<sup>213</sup> dividem as dimensões do conflito em quatro, relacionadas entre si e igualmente importantes – pessoal, relacional, estrutural e cultural.

A dimensão pessoal significa que o conflito muda a pessoa no campo pessoal, emocional e espiritual. Envolve duas formas de mudanças – atitude e comportamento. As atitudes indicam a forma como se pensa. Muitos conflitos são frutos de preconceitos arraigados, resultantes da educação e das vivências. O comportamento, por sua vez, está relacionado ao modo como a pessoa age, como se expressa, como responde aos seus anseios, como interage com o outro.

A dimensão relacional refere-se às pessoas que, a partir do contato direto, quando vivenciam um conflito, têm a comunicação entre elas afetada, criam polarizações e diminuem a confiança. Representa o marco de trabalho em que se estuda o interagir das pessoas na família, na escola, no bairro, no trabalho. Muitos aspectos da relação direta podem afetar o conflito e a construção da paz. Para essa dimensão de conflito, buscam-se modelos adequados de comunicação (avaliando-se a capacidade de escuta e de fala), trabalha-se a cooperação entre as pessoas (que projetos ou objetivos são importantes para ambas as partes e que requerem a sua participação para a realização com êxito), avaliação sobre tomada de decisão (as pessoas são capazes de tomar decisões, têm as informações adequadas para a tomada de decisões), mecanismos de administração de conflitos (se existem mecanismos adequados para administração dos conflitos específicos).

As dimensões pessoal e relacional propõem mudanças em nível individual, interpessoal e comunitário com alcance mais imediato, direto e local.

A dimensão estrutural refere-se ao campo da avaliação da organização das relações, como se organizam o poder – desde a família e as organizações às comunidades e às sociedades relacionadas.

Os objetivos da avaliação do conflito em sua dimensão estrutural criam uma mudança que vai além das mudanças no âmbito pessoal ou relacional, que

---

<sup>213</sup> LEDERACH, John Paul; NEUFELDT, Reina; CULBERTSON, Hal. *Construcción de Paz Reflexiva – Una Guía de Herramientas para planeación, seguimiento y aprendizaje*. Filipinas: Instituto Joan B. Kroc para estudios internacionales de paz Universidad de Notre Dame y Servicios de Auxilio Católico, Oficina Regional Del Sureste y Este de Asia, 2007, p. 19-23.

evoluem e atingem grupos inteiros. Envolve a avaliação das estruturas existentes na atualidade com as históricas. Aqui são avaliadas condições sociais (envolvendo desigualdades, desavenças raciais, religiosas, étnicas), modelos de procedimentos de participação das pessoas na tomada de decisões (nível de transparência e acesso das informações sobre como se tomam decisões), nível de compreensão sobre os processos políticos, econômicos e sociais, nível de participação dos grupos nos processos de tomada de decisões. Além disso, estuda-se os modelos das instituições públicas de serviços primários (saúde, segurança, educação) permitem o acesso de todos da mesma forma e se há confiança por parte dos grupos aos quais essas instituições afetam.

A dimensão cultural aborda que o conflito violento causa mudanças culturais que passam a estabelecer padrões de comportamento entre homens e mulheres (crianças, jovens, adultos e idosos).

As dimensões estrutural e cultural possuem um impacto em instituições e políticas públicas nas áreas social, econômica e política. Representam um impacto mais amplo e os resultados das ações para a transformação dos conflitos acontecem em longo prazo.

Ressalta que, para se criar ferramentas de mudanças, é necessário que se avaliem quais dimensões precisam ser trabalhadas mais diretamente e adequar as ações para cada dimensão.

## **1.2 Pensamento sistêmico e a transformação de conflitos**

O pensamento sistêmico tem suas raízes na concepção de que a realidade deve ser vista em sua complexidade, sendo o todo mais do que a soma das partes, de modo a evitar uma fragmentação das ciências sociais e naturais com a finalidade de servir ao ser humano de forma conjunta<sup>214</sup>.

A aplicação do pensamento sistêmico à transformação de conflitos aponta para a necessidade de um questionamento de valores, princípios e estruturas de uma ordem específica ao qual o conflito está vinculado. Os conflitos prolongados devem ser tratados em distintas vias, compreendendo-se essas vias como complementares, devendo existir um equilíbrio entre si. Aponta-se ainda que não se deve focar em um resultado específico e certo, mas nas mudanças dos padrões de interação entre as partes envolvidas, pois apenas com mudanças nesses padrões de interação é que a transformação do conflito e a mudança social se tornam sustentáveis.

Ropers<sup>215</sup> apresenta quatro aspectos que necessitam ser avaliados em todos os casos em que se propõe transformar conflitos: quem são as partes implicadas e quais as relações entre elas; quais os tipos de conflitos (em relação às posições, aos interesses, aos valores e às necessidades das partes); qual a história do conflito e em que medidas as características advindas podem explicar o nascimento e a dinâmica das hostilidades; quais as características estruturais e contextuais que influem para que o conflito exista e determinam a sua dinâmica.

---

<sup>214</sup> ROPERS, Norbert. *Transformación sistémica de conflictos: reflexiones acerca del conflicto y del proceso de paz en Sri Lanka*. [S. l.]: Bergohof Reaserch Center for constructive conflict Management, 2008, p. 04.

<sup>215</sup> Ibidem, p. 8-12.

## 2 A CONSTRUÇÃO DE CONSENSO

A proposta da construção de consenso<sup>216</sup> possui como maior expoente Lawrence Susskind, sendo bastante aplicada para a solução de conflitos que envolvam um número expressivo de pessoas. O consenso não busca a unanimidade, busca um acordo geral com o qual todos ou quase todos possam conviver. É um acordo geral alcançado a partir da participação de todos os envolvidos nos conflitos, apresentando a solidariedade como sentimento primordial. Ressalta-se ainda a importância do consenso consciente ou informado, ou seja, não seria um acordo no qual as pessoas não sabem ao certo o que decidiram (normalmente resultado de persuasão), mas um acordo discutido, participado, em que as pessoas saibam exatamente o compromisso de cada um<sup>217</sup>.

A teoria da construção do consenso, ideal para processos multipartes, estabelece seis pressupostos fundamentais: 1) em qualquer tomada de decisão em que existam grupos ou organizações representadas ou representando outras maiores, necessário se faz que se deixe clara a sua responsabilidade para com os seus representados e para com todas as partes envolvidas; 2) o diálogo entre as partes só deve começar quando todas as pessoas se identificam, expressam sua missão, estabelecem uma agenda de trabalhos e as regras que guiarão as conversações; 3) os grupos devem coletar informações básicas sobre o conflito que todo o grupo entenda como confiáveis (mesmo que interpretem de forma distinta); 4) os grupos devem encontrar soluções que permitam a todos vivenciar uma situação melhor do que se não tivessem alcançado essa solução; 5) quando as pessoas que estão envolvidas diretamente no diálogo representam outras pessoas ou grupos é importante que seja elaborado um esboço do acordo realizado para que essas pessoas avaliem se realmente expressa a satisfação de todos; 6) os grupos devem “pensar à frente”, buscando prevenir obstáculos que possam surgir na implementação das decisões.<sup>218</sup>

Elege como premissas: o reconhecimento das diferenças, a possibilidade de manter-se em desacordo, a proposta do diálogo colaborativo, a metodologia de inclusão, a percepção e distinção das posições, os interesses e valores.

---

<sup>216</sup> O tópico referente à construção de consenso tem por base o curso ministrado pela prof<sup>ª</sup>. Mariana Hernandez da Universidade de St. Thomas/Minnesota nos Estados Unidos para um grupo de brasileiros (Adolfo Braga Neto, Tânia Almeida, Lia Sampaio, Lilia Sales, Agenor Lisot, dentre outros estudiosos da área da mediação de conflitos no Brasil) que participaram de uma pesquisa desta universidade sobre o sistema de multiportas no período de julho de 2007 a março de 2008. Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1265221](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1265221)). Além disso, utilizou-se como referências principais nos livros de Lawrence Susskind (*Breaking Robert's Rules – The new way to run your meeting, build consensus* e *The Consensus Building Handbook: a comprehensive guide to reaching agreement*) e de resumo particular elaborado por Tânia Almeida do instituto Mediare (Brasil) durante o curso e pesquisa citados. A utilização de metáforas para a compreensão das premissas da construção de consenso é frequente tanto no curso como nas referências do autor citado, metodologia essa que será empregada nesse tópico. Ressalta-se ainda que a tradução de todas as referências internacionais desse texto foram traduções livres.

<sup>217</sup> SUSSKIND, Lawrence E.; CRUIKSHANK, Jeffrey L. *Breaking Roberts Rules – The new way to run your meeting, build consensus, and get results*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 19.

<sup>218</sup> SUSSKIND, Lawrence E.; CRUIKSHANK, Jeffrey L. *Breaking Roberts Rules – The new way to run your meeting, build consensus, and get results*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 20-22.

## **2.1 Reconhecimento das diferenças**

Na construção de consenso, procura-se identificar as diferenças para que, a partir do seu reconhecimento, se possa compreender o grau de importância de cada pessoa no processo. Usa-se aqui a metáfora da orquestra. Numa orquestra são necessários vários instrumentos diferentes que juntos oferecem uma melodia harmoniosa. Cada instrumento é importante e a diferença entre eles é fundamental para enriquecer a sinfonia. Assim, cada instrumento tem um som e juntos produzem outro som distinto do qual todos fazem parte. A proposta é valorizar as diferentes opiniões e vozes daqueles que estão envolvidos no conflito.

A riqueza trazida pelos diferentes pontos de vista é facilmente percebida quando se coloca uma escultura abstrata para que pessoas diferentes apreciem e digam o que estão vendo. Ou, quando se pergunta a opinião sobre o mesmo assunto a um advogado, a um psicólogo, a um assistente social, a um pedagogo. As respostas serão bem diferentes e podem, se bem administradas, contribuir para a construção sólida de um consenso.

Ainda para ilustrar, apresenta-se a metáfora dos saleiros – vários saleiros com cores diferentes de sais. Ao serem misturados, algo novo (cor nova) aparece, mas, para atingir aquela cor, houve a necessidade da mistura de todas as cores. Todos participam para a construção de algo novo.

## **2.2 Possibilidade de manter-se em desacordo**

O reconhecimento das diferenças pressupõe que nem sempre todos concordarão com determinado ponto de vista, ou com determinada ação governamental, ou ainda com uma atividade a ser realizada – exatamente porque são diferentes e possuem percepções bem distintas sobre vários assuntos e ações. Algumas pessoas podem não concordar com o que é decidido pelo grupo (mesmo decidindo conjuntamente), porque aquela decisão pode ser tolerada (consegue-se conviver com a decisão). Em algumas situações, as pessoas podem perceber que uma solução não é a melhor para os seus ideais, mas diante de uma situação concreta compreendem como a única possível.

Ressalta-se que não é persuasão, é compreensão de que realmente aquela solução é a única possível, naquele momento e naquela conjuntura, por isso se consegue conviver com o que foi decidido. É o reconhecimento de que, com aquela decisão, a situação ficará melhor do que a atual. É imprescindível, no entanto, que todas as opiniões sejam ouvidas, ponderações ocorram, para que se construa um consenso.

## **2.3 O diálogo colaborativo**

Na construção de consenso, evita-se o diálogo da competição para o diálogo da cooperação. As pessoas são apresentadas como possíveis colaboradores e não como opositores. A insatisfação decorrente de um processo no qual uma das partes ou um dos grupos não possui espaço de fala ou de participação dificulta o sentimento de colaboração. O diálogo cooperativo inclui os interesses e valores de todos, e a decisão é participativa. A participação do facilitador desse diálogo é fundamental para que a comunicação ocorra de forma a diminuir o sentimento

adversarial, privilegiando a união para o encontro de possíveis interesses em comum.

## 2.4 Metodologia de inclusão

Na construção de consenso, a proposta de inclusão é possível a partir da valorização de todos os participantes. A votação ou a persuasão não são práticas que incluem. Na votação, quem não faz parte do grupo com maior número de pessoas, torna-se vencido. Perde o jogo. Um grupo ganha, o outro perde. Um é incluído e o outro, excluído. Na persuasão, um grupo ou pessoa com maior facilidade de argumentar ou com maior conhecimento sobre o assunto convence os outros do que deve ser decidido. A persuasão também é uma prática que não valoriza as diferenças, nem a participação de todos. Uma liderança, na construção de consenso, ganha poder quando confere aos outros o poder. Quanto maior o número de pessoas e o grau de participação mais legítimo<sup>219</sup> se mostra o processo de construção de consenso.

## 2.5 Posições, interesses e valores

Diante do reconhecimento da complexidade dos conflitos, os autores estipulam que, para uma boa administração das situações conflitivas, necessária se faz observação sobre as posições, os interesses e os valores que permeiam o problema. A distinção entre esses três momentos do conflito é importante para encontrar uma solução que realmente satisfaça a todas as partes ou grupos envolvidos.

As posições são a parte mais superficial dos conflitos ou mesmo o que se consegue expressar sobre os conflitos – “o que eu quero”. Os interesses são os motivos que fazem com que se queira algo – “porque eu quero”. Os valores são os fundamentos que justificam querer algo e que permitem gerar opções de soluções? – “qual a importância disso para mim?” Assim, para encontrar as posições, são feitas perguntas de exploração (metáfora da lupa – coloca-se uma lupa sobre o problema – o que se quer?). Para encontrar os interesses utilizam-se perguntas de entendimento (metáfora da pá - cava-se para encontrar novas repostas- por que ou para que se quer?). Para encontrar os valores recorre-se às perguntas de entendimento de valores para compreender o fundamento dos conflitos (metáfora da pinça – encontra-se o problema real e escolhe-se o que é importante para gerar opções – qual o valor ou a importância disso?).

Muitos conflitos, se pouco dialogados, não saem do campo das posições, por isso devem ser explorados até encontrar os interesses e os valores. Observe-se o diálogo fictício entre duas pessoas:

- A) Eu quero essa laranja (posições);
- B) Eu também quero essa laranja (posições);
- A) Eu quero essa laranja porque pretendo beber o suco (interesses);
- B) Eu quero essa laranja porque quero a casca para fazer um doce (interesses).

---

<sup>219</sup> Mariana Hernandez ressalta a importância da construção de consenso para o fortalecimento do sentido de cidadania e para a consolidação da democracia na América Latina.

Nesse caso, o conhecimento dos interesses é capaz de gerar opções para solucionar os conflitos. O conhecimento dos interesses, às vezes, no entanto, ainda não se faz suficiente para gerar opções.

A) Eu quero beber o suco, pois estou gripado e preciso de vitamina C (valor: saúde);

B) Eu quero beber o suco porque estou com sede (valor: necessidade fisiológica).

A partir da discussão sobre os valores e sobre as oportunidades de cada um, algumas pessoas passam a ver o conflito de uma forma e outras pessoas de maneira diferente, de modo que várias opções de solução passam a surgir. Ressalta-se que, em muitos casos, os conflitos são apenas de posições, sendo o conhecimento dos interesses suficiente para gerar opções de solução.

Assim, por meio da construção de consenso, pode-se alcançar bom acordo que contemple as necessidades e os interesses de todos, mas também, em muitos casos, as discussões podem causar efeitos secundários, como a transformação das relações entre as partes, que representa maior relevância do que o acordo propriamente dito, e poderá ser o fator mais importante ao longo do tempo para a manutenção das relações<sup>220</sup>. A mudança no comportamento e na interação/integração das partes e a resignificação dos valores relacionados à situação vivida são fundamentais para a continuidade ou criação de novos vínculos. A partir da confiança e da comunicação que se estabelecerem, novos projetos conjuntos podem surgir e a procura pelo consenso em situações de crise passa a ser comum. A confiança e as relações sólidas se constroem a partir dessas mudanças resultantes do diálogo.

A construção de consenso, portanto, fundamenta-se no diálogo inclusivo, na participação de todos, no reconhecimento das diferenças, na complexidade dos conflitos que comportam posições, interesses e valores. A construção de consenso é indicada para processos que envolvam muitos grupos<sup>221</sup>.

Existem algumas barreiras ao se buscar soluções por meio do consenso<sup>222</sup>. Muitas vezes as empresas não são capazes de construir consenso, ou porque já estão numa disputa judicial ou porque tradicionalmente não possuem interesse em promover discussões abrangentes e participativas para a resolução de alguns tipos de conflitos. Em alguns casos, os pontos de vista ou opiniões (ainda no campo, muitas vezes, das posições) dos participantes são inflexíveis, em função da pouca experiência em discutirem conjuntamente ou por falta de confiança entre elas. Outro obstáculo é o comportamento hostil das partes que, muitas vezes, se valem de ameaças, de dissimulações, demonstrando desconfiança e intolerância. A falta de clareza na comunicação, a ambiguidade sobre as responsabilidades dos vários participantes e um alto número de assuntos a serem discutidos no mesmo momento podem, se não houver uma intervenção adequada por parte do

---

<sup>220</sup> INNES, Judith E. *Evaluating consensus building*. Califórnia: SAGE Publications, 1999, p. 634.

<sup>221</sup> Foi realizado um treinamento no curso referido foi uma simulação de construção de consenso quando uma empresa almejava a construção de um porto em águas profundas – estavam como partes além dos representantes da empresa interessada na construção, representantes do governo estadual e federal, do movimento ambientalista, da população diretamente atingida e de representantes de outros portos já existentes.

<sup>222</sup> ELLIOTT, Michael L. Poirier. *The role of facilitators, mediators, and other consensus building practitioners*. Califórnia: SAGE Publications, 1999, p.199.

facilitador, dificultar a realização satisfatória do processo de construção de consenso.

Moore e Woodrow<sup>223</sup> indicam quais as situações adequadas ou não à resolução por meio da construção de consenso. São adequados à construção de consenso os casos em que nenhum indivíduo do grupo tem autoridade para decidir a questão unilateralmente, pois a autoridade/poder de uma parte impede a construção equânime; quando todos os indivíduos ou grupos possuem o mesmo conhecimento sobre a questão – informações privilegiadas conferem poder demasiado a uma parte dando espaço à persuasão; quando as partes são divergentes, mas sinalizam para uma possível conciliação de interesses e de valores; quando o sentimento de união prevalece, mesmo consideradas as diferenças; quando há necessidade de cooperação mútua para se implementar decisões; quando as partes que buscam a solução para o conflito acreditam na integração e nas decisões construídas pelo diálogo.

Por outro lado, a construção de consenso não é indicada quando: a decisão já foi tomada e a tentativa de construir consenso é inútil; fica claro que cada parte pode resolver por si, sem precisar dos outros; o assunto não é muito importante e por isso não requer toda a energia e o esforço necessários para realizar um processo de construção de consenso; pessoas ou grupos cruciais para a decisão se recusam a participar do processo.

### 3 MEDIAÇÃO DE CONFLITOS

Ao se estudar a mediação, comparando-a com a construção de consenso e com a transformação de conflito, percebem-se muitas semelhanças e algumas diferenças. Mediação<sup>224</sup> é um meio de solução de conflitos fundamentado no diálogo colaborativo, que necessita da participação ativa das pessoas envolvidas; que percebe o conflito como algo próprio e necessário para o aprimoramento das relações humanas; que encontra nas diferenças pontos de convergência; e que estimula a percepção do problema para além do seu interesse individual.

A Mediação, portanto, é um procedimento consensual de solução de conflitos por meio do qual uma terceira pessoa imparcial – escolhida ou aceita pelas partes – age no sentido de encorajar e facilitar a resolução de uma divergência. As pessoas envolvidas nesse conflito são as responsáveis pela decisão que melhor as satisfaça. A Mediação representa assim um mecanismo de solução de conflitos utilizado pelas próprias partes que, movidas pelo diálogo, encontram uma alternativa ponderada, eficaz e satisfatória. O mediador é a pessoa que auxilia na construção desse diálogo.

---

<sup>223</sup> MOORE, Christopher W.; WOODROW, Peter J. *Collaborative problem solving within organizations*. Califórnia: SAGE Publications, 1999, p. 600-602.

<sup>224</sup> Para se estudar o conceito de mediação de conflitos vide: BRAGA NETO, Adolfo; SAMPAIO, Lia. *O que é mediação de conflitos?* São Paulo: Brasiliense, 2007; BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008; VEZZULA, Juan Carlos. *Teoria e prática da mediação*. Curitiba: Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil, 1998; \_\_\_\_\_. *Mediação: guia para usuários e profissionais*. Florianópolis: Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil, 2001; \_\_\_\_\_. *Mediação de conflitos com adolescentes autores de ato infracional*. Florianópolis: Habitus, 2006; WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001.

A solução de conflitos, por meio da facilitação do diálogo e da ressignificação de interesses e valores, configura-se no objetivo mais evidente da Mediação. O diálogo participativo, que é o caminho a ser seguido para se alcançar essa solução, deve ter como fundamentos o ganho mútuo, a visão positiva do conflito, a cooperação entre as partes e a participação do mediador como facilitador dessa comunicação.

Outro objetivo da Mediação é a prevenção da má administração dos conflitos, pois, como um meio para facilitar o diálogo entre as pessoas, estimula a cultura da comunicação pacífica. A partir do diálogo direto, participativo e inclusivo, muitos indivíduos ou grupos passam a vivenciar um novo contexto de integração, melhorando e aprimorando as relações. Isso pode gerar novas relações e novos projetos conjuntos. A experiência do processo de Mediação estimula e permite a sua utilização em novos conflitos que apareçam.

Os autores nem sempre coincidem na maneira de catalogar os modelos práticos de Mediação. As três escolas mais citadas são: a Escola Tradicional – Harvard, a Escola Transformativa e a Escola Circular Narrativa<sup>225</sup>.

A **Escola Tradicional – Harvard** desenvolvida por Fisher, Uri e Patton, em 1991, e proveniente do campo empresarial, centra-se na satisfação individual das partes e visa à obtenção de um acordo. Esse modelo separa as pessoas do problema; enfoca os interesses e não as posições; cria opções para benefício mútuo e insiste nos critérios objetivos. Nesse procedimento, o mediador é o facilitador de uma comunicação pensada de forma linear, de um conflito construído sobre uma relação de causa e efeito. Segundo os estudos do Projeto de Negociação da Universidade de Harvard, elaborados por Roger Fisher, William Ury e Bruce Patton<sup>226</sup>, o método utilizado para encontrar acordos sem concessões ou sem barganhas de posições passa por quatro dimensões: separar as pessoas dos problemas, concentrar-se nos interesses e não nas posições, elaborar as opções de ganhos mútuos e trabalhar com critérios objetivos.

Ressalta-se que esse Projeto oferece um maior enfoque ao conflito do que ao conflitante. Com base em Harvard e de forma complementar, Robert A. Barush Bush e Joseph F. Folger<sup>227</sup> desenvolveram a “mediação transformativa”, que privilegiou o conflitante em lugar do conflito. Trabalhou-se o empoderamento das partes para transformar o conflito.

A **Escola Transformativa**<sup>228</sup> busca a transformação das pessoas no sentido do crescimento da revalorização pessoal e do reconhecimento da legitimidade do outro e, portanto, o acordo é visto como uma possibilidade e não como uma finalidade própria do processo mediativo. O foco dessa escola se concentra nas transformações de caráter e nas formas de interação e relacionamento. Essa proposta da mediação é a que mais se aproxima do processo de transformação de conflitos.

A **Escola Circular-Narrativa**, desenvolvida por Sara Cobb e Marinés Suares,

---

<sup>225</sup> BRAGA NETO, Adolfo; SAMPAIO, Lia. *O que é mediação de conflitos?* São Paulo: Brasiliense, 2007, p. 22-24.

<sup>226</sup> FISHER; URY; PATTON. *Como chegar ao sim – A negociação de acordos sem concessões*. Trad. Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. 2. ed. Rio de Janeiro: Imago, 1994, p. 33-113.

<sup>227</sup> BUSH; FOLGER. *La promesa de la mediación*. Buenos Aires: Granica, 1996.

<sup>228</sup> Estabelece-se a concepção sistêmica, que vê o mundo em termos de relações e de integração.



construiu um modelo de Mediação voltado fundamentalmente para o campo da família, no qual resgata a teoria da comunicação e algumas técnicas utilizadas pelas terapias familiares. Nesse método procuram-se desconstruir velhas narrativas, dando oportunidade para que novas sejam construídas, de maneira a surgir (ou não) o acordo. Por essa escola, as causas do conflito se retroalimentam, criando efeito circular, evidenciando que o importante é melhorar as relações interpessoais. Apoia-se na teoria dos sistemas e no construcionismo social.

Célia Regina Zapparolli<sup>229</sup> defende que a Mediação, como procedimento, visa a facilitar a administração pacífica de um conflito pelas próprias partes. Ou seja, uma pessoa capacitada e imparcial, o mediador, usa de técnicas específicas de escuta, análise e definição de interesses que auxiliam a comunicação dessas partes, objetivando a flexibilização de posições rumo a opções e soluções eficazes a elas e por elas próprias. Para Stephen Littlejohn e Kathy L. Domenici<sup>230</sup>, a mediação corresponde ao uso de um terceiro que auxilia para que se atinja a compreensão, facilitando a comunicação e negociando um acordo em situações de conflito.

Adolfo Braga Neto e Lia Sampaio<sup>231</sup> entendem que a Mediação é um método de resolução de conflitos em que um terceiro independente e imparcial coordena reuniões conjuntas ou separadas com as partes envolvidas em conflito, estimulando o diálogo cooperativo entre elas para que alcancem a solução das controvérsias em que estão envolvidas.

A mediação visa a conscientizar e a mobilizar as partes para a administração de seus próprios problemas, mediante um facilitador imparcial que não decide, mas apenas auxilia as partes a converter esses conflitos em ações. Mediante o procedimento da Mediação, as partes são introduzidas à cultura da administração pacífica de seus próprios problemas ou dos conflitos do grupo do qual participa e à conversão de um conflito de interesses em possibilidades reais. Portanto, permite o desenvolvimento do protagonismo, ou seja, fortalece a capacidade de as pessoas analisarem situações e tomarem decisões efetivas sobre si mesmas.

A Mediação busca não só a assimilação de novos comportamentos, no sentido de novas respostas às demandas divergentes, mas também a flexibilização de valores das partes envolvidas e ao ganho de autonomia.

### **3.1 Características da mediação de conflitos**

#### **3.1.1 O conflito como inerente às relações humanas**

A Mediação propõe desmistificar a compreensão do conflito como algo negativo, possibilitando sua percepção como algo próprio das relações humanas. As contradições e inquietações fruto das diferenças entre as pessoas permitem o

---

<sup>229</sup> ZAPPAROLLI, Célia Regina. A experiência pacificadora da mediação: uma alternativa contemporânea para a implementação da cidadania e da justiça. In: MUSZKAT, Malvina Ester (Org.). *Mediação de conflitos: pacificando e prevenindo a violência*. São Paulo: Summus, 2003.

<sup>230</sup> LITTLEJOHN, Stephen; DOMENICI, Kathy L. Objetivos e métodos de comunicação na mediação. In: SCHNITMAN; LITTLEJOHN. *Novos paradigmas em mediação*. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1999.

<sup>231</sup> BRAGA NETO, Adolfo; SAMPAIO, Lia. *O que é mediação de conflitos?* São Paulo: Brasiliense, 2007.

aprimoramento das relações. Tal qual como acontece na transformação dos conflitos, as diferenças são apontadas como aliadas para a construção de um vínculo mais sólido. Da mesma maneira acontece quando na construção de consenso se busca a valorização das diferenças como metodologia de inclusão.

### 3.1.2 Conflitos aparentes e conflitos reais

Existem conflitos aparentes e conflitos reais. Os conflitos aparentes são aqueles falados, mas que não refletem o que verdadeiramente está causando angústia, insatisfação, inquietude ou outro sentimento que provoque mal-estar. Caso não haja um aprofundamento da discussão (especialmente em casos de relação continuada ou com sentimentos afetivos envolvidos) e não se consiga chegar ao conflito real, a solução superficial, aparente, poderá piorar a situação e o conflito corre o risco de ser agravado. Pela complexidade do conflito, a Mediação exige a exploração do problema e o aprofundamento sobre suas causas.

Da mesma maneira ocorre na transformação do conflito que requer averiguar todas as situações que permeiam e envolvem o conflito apontado. A teoria da transformação do conflito aponta que muitas vezes o que é visto como conflito é apenas um pedaço insignificante. A diferença mais visível é que nos processos de transformação de conflitos se busca uma transformação também de ordem estrutural e cultural, atingindo o conflito de forma mais ampla.

A construção de consenso, por sua vez, fala claramente em posições, interesse e valores, atribuindo ao conflito uma complexidade que necessita de investigação. Há a percepção do conflito como algo complexo e que necessita de um exame profundo na busca de solucionar aquele conflito diretamente.

### 3.1.3 Do perde-ganha ao ganha-ganha

Na Mediação, a proposta é fazer com que os dois ganhem – ganha-ganha. Para se alcançar esse sentimento de satisfação mútua, é necessário se discutir bastante os interesses e valores, permitindo que se encontrem pontos de convergência, dentre as divergências relatadas. O mediador deve estar apto a encontrar os interesses convergentes e discuti-los. Concentrar-se nos “interesses e não nas posições”<sup>232</sup> é imprescindível para se encontrar o caminho para o diálogo pacífico e construir soluções satisfatórias.

Da mesma forma, a transformação de conflitos requer o diálogo participativo, flexível que crie opções de satisfação para todos. Quanto maior a participação das pessoas e dos grupos nas discussões diretas entre si e com as instituições às quais os conflitos estejam relacionados, maior a possibilidade de mudanças construtivas e efetivas.

Na construção de consenso, da mesma maneira. Busca-se a ressignificação de valores para que as pessoas ou os grupos encontrem soluções satisfatórias para todos. Exige-se que a solução encontrada permita um momento melhor do que se não houvesse alcançado o consenso. A metodologia inclusiva permite que todos tenham espaço para fala e para ponderações, criando assim possibilidades de ganho para todos.

---

<sup>232</sup> FISHER; URY; PATTON. *Como chegar ao sim* – A negociação de acordos sem concessões. Trad. Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. 2. ed. Rio de Janeiro: Imago, 1994, p.58-74.

### 3.1.4 Da competição à cooperação

A necessidade de incluir todos os envolvidos no conflito permite o início da aceitação da colaboração. Quando todos são chamados a participar e a decidir conjuntamente, sendo estimulados a pensar o conflito, avaliando seus reais interesses e valores, permite-se a consolidação do diálogo cooperativo.

A percepção de que devem e podem cooperar e não competir facilita o diálogo. O mediador deve estar preparado para fazer com que cada um veja a situação pelo lado do outro, *colocar-se no lugar do outro*. É uma estratégia importante para a cooperação.

Tanto a transformação de conflito quanto a construção de consenso é pautada pelo diálogo cooperativo.

### 3.1.5 Do individual ao coletivo

É o deslocamento do individual egoísta para o coletivo solidário. Tirar o foco de si mesmo e colocá-lo no todo (família, empresa, vizinhança, grupo, município, estado) é fundamental para facilitar a compreensão da responsabilidade de cada um para a solução do problema. Busca-se aqui a percepção da relação existente entre os atos individuais e o seu resultado na relação como um todo. As pessoas agem, muitas vezes, sem a percepção real do impacto de sua atitude para um relacionamento.

Se o diálogo se mantiver apenas nas posições, no “egoísmo” de cada um, ficará difícil a cooperação. Além de buscar os interesses e valores e não apenas as posições, o mediador deve conseguir que as partes percebam a importância do todo envolvido nesse conflito.

## CONCLUSÕES

A transformação de conflitos, a construção de consenso e a mediação de conflitos, ao indicarem um enfoque *englobador* do conflito, uma metodologia inclusiva, de cooperação, de não persuasão, indicam a necessidade de se perceber tudo ao entorno dos conflitos, não apenas para resolvê-los ou transformá-los de forma adequada, mas para estabelecer as responsabilidades de um e de todos naquela decisão.

As diferenças entre esses mecanismos, analisando-os com uma lupa (valendo-se da metáfora utilizada na construção de consenso no momento da exploração), residem fundamentalmente na forma (maior ou menor número de pessoas envolvidas, por exemplo) do processo de cada uma e não, necessariamente, no seu conteúdo ou nos seus objetivos. Todas possuem a intenção de construir paz por meio do diálogo. Em Mediação fala-se em **solução de conflitos** (apesar de a escola da mediação transformativa já falar em transformação), mesmo que essa solução nas várias escolas estudadas, de fato, exija uma **transformação** da percepção do conflito a partir do diálogo e do reconhecimento das posições, dos interesses e dos valores, coincidindo com a construção de consenso – é a solução por meio da transformação.

A construção de consenso também se refere à **solução de conflitos**, ressaltando sempre a ressignificação de valores (que configura uma transformação). Na transformação de conflitos, no entanto, fica muito clara a opção dos autores em se referir à **transformação** sempre, pois a resolução (pois não trataria os conflitos em toda sua complexidade) seria um passo insuficiente na busca de relações sólidas e pacíficas. Ressalta-se que tanto na mediação de conflitos como na construção de consenso, a resolução do conflito acontece por meio de uma transformação da percepção do conflito ou da pessoa. Assim, existem mais semelhanças do que diferenças.

A importância de se estudar os mecanismos de construção da paz por meio do diálogo e a crescente procura por aprofundamento teórico sobre esses temas abrem a discussão e revelam-se imprescindíveis, especialmente em países que ainda não imprimem a marca do diálogo na solução de seus conflitos.

Em pesquisa<sup>233</sup> realizada no primeiro semestre de 2009 pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento no Brasil (PNUD), na qual se questiona a população sobre “o que precisaria mudar no Brasil para que sua vida melhorasse de verdade”, a educação e a segurança foram apontados como os principais problemas do Brasil e a falta de valores como explicação para esses problemas.

Como valores foram apontados (em ordem de maior número de respostas) respeito, justiça, paz, ausência de preconceito, humanidade, amor, honestidade, valor espiritual, responsabilidade, consciência, dignidade e outros. Algumas falas nos questionários aplicados revelam que a sociedade anseia por mudanças que valorizem o ser humano, que permitam sua participação nas escolhas e que existam meios pacíficos de solução de conflitos.

A pesquisa confirma assim a necessidade de se aprimorar e de se estimular mecanismos de solução de conflitos por meio do diálogo, permitindo a valorização do ser humano e a impressão de uma cultura de valores e paz.

## REFERÊNCIAS

BRAGA NETO, Adolfo; SAMPAIO, Lia. *O que é mediação de conflitos?* São Paulo: Brasiliense, 2007.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BUSH; FOLGER. *La promesa de la mediación*. Buenos Aires: Granica, 1996.

ELLIOTT, Michael L. Poirier. *The role of facilitators, mediators, and other consensus building practitioners*. Califórnia: SAGE Publications, 1999.

FISHER; URY; PATTON. *Como chegar ao sim – A negociação de acordos sem concessões*. Trad. Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. 2. ed. Rio de Janeiro: Imago, 1994.

---

<sup>233</sup> Pesquisa PNUD. Disponível em:

<<https://conteudoclipingmp.planejamento.gov.br/cadastros/noticias/2009/5/18/qual-e-o-maior-problema-do-brasil>>. Acesso em: 27 mai. 2009.

HERNANDEZ-CRESPO, Mariana. *A Systemic Perspective of ADR in Latin America: Enhancing the Shadow of the Law through Citizen Participation*, 2009. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=130172](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=130172)>. Acesso em: 10 mai. 2009.

\_\_\_\_\_. *Building the Latin America We Want: Supplementing Representative Democracies with Consensus Building*, 2009. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1293000](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1293000)>. Acesso em: 10 mai. 2009.

INNES, Judith E. *Evaluating consensus building*. Califórnia: SAGE Publications, 1999.

LEDERACH John Paul; MAIESE, Michelle. *Conflict Transformation. Beyond Intractability: A Free Knowledge Base on More Constructive Approaches to Destructive Conflict*, 2003. Disponível em: <<http://www.beyondintractability.org/essay/transformation/?nid=1223>>.

\_\_\_\_\_. *Construyendo la paz: Reconciliación sostenible en sociedades divididas*. Gernika, Vizcaya, España: Gernika Gogoratuz/Centro de Investigación por la Paz, 1998.

\_\_\_\_\_. *The little book of conflict transformation - The Little Books of Justice and Peacebuilding Series*. [S. l.]: Good Books, 2003.

\_\_\_\_\_. *Un marco englobador de la transformación de conflictos sociales crónicos*. Gernika, España, Dcto. Nº 2, Feb. 1994.

\_\_\_\_\_; NEUFELDT, Reina; CULBERTSON, Hal. *Construcción de Paz Reflexiva – Una Guía de Herramientas para planeación, seguimiento y aprendizaje*. Instituto Joan B. Kroc para estudios internacionales de paz Universidade de Notre Dame y Servicios de Auxilio Católico, Oficina Regional Del Sureste y Este de Asia, Filipinas, 2007.

LITTLEJOHN, Stephen; DOMENICI, Kathy L. Objetivos e métodos de comunicação na mediação. In: SCHNITMAN; LITTLEJOHN. *Novos paradigmas em mediação*. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1999.

MOORE, Christopher W.; WOODROW, Peter J. *Collaborative problem solving within organizations*. Califórnia: SAGE Publications, 1999.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO NO BRASIL (PNUD). Pesquisa. Disponível em: <<https://conteudoclipppingmp.planejamento.gov.br/cadastros/noticias/2009/5/18/qu-al-e-o-maior-problema-do-brasil>>. Acesso em: 27 mai. 2009.

RIOS, César Rojas. *La telarana del conflicto – cinco claves para la acción*. Disponível em: <<http://www.bancotematico.org/archivos/Telara%F1a.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2009.

ROPER, Norbert. *Transformación sistémica de conflictos: reflexiones acerca del conflicto y del proceso de paz en Sri Lanka*. [S.l.]: Bergohof Reaserch Center for constructive conflict Management, 2008.

SUSSKIND, Lawrence E.; CRUIKSHANK, Jeffrey L. *Breaking Robert's Rules – The new way to run your meeting, build consensus, and get results*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

\_\_\_\_\_. MCKEARNAN, Sarah, THOMAS LARMER, Jennifer. *The consensus Building Handbook – A comprehensive Guide to reaching agreement*. Califórnia: SAGE Publications, 1999.

VEZZULA, Juan Carlos. *Mediação de conflitos com adolescentes autores de ato infracional*. Florianópolis: Habitus, 2006.

\_\_\_\_\_. *Mediação: guia para usuários e profissionais*. Florianópolis: Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil, 2001.

\_\_\_\_\_. *Teoria e prática da mediação*. Curitiba: Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil, 1998.

WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001, v.1.

ZAPPAROLLI, Célia Regina. A experiência pacificadora da mediação: uma alternativa contemporânea para a implementação da cidadania e da justiça. In: MUSZKAT, Malvina Ester (Org.). *Mediação de conflitos: pacificando e prevenindo a violência*. São Paulo: Summus, 2003.

## MÍDIA, VIOLÊNCIA E MEDIAÇÃO<sup>234</sup>

Eligio Resta<sup>235</sup>

Esquecer a normalidade da violência conduz geralmente a isto que definimos como a sua proibição. É necessário, então, não deixar nunca de ser consciente da banalidade do mal. Isso significa ser consciente tanto da sua ordinariade, da sua presença nos mínimos gestos da vida cotidiana, quanto do seu caráter intrínseco e, por assim dizer, antropológico. Indica o seu ser problema de vínculo social definido como um jogo de paixões que coloca junto a previsibilidade da competição rival, a impalpabilidade da desconfiança e o desaparecimento simbólico do desejo de glória, como tinha sugerido Hobbes.

Não nos interessa a violência. Quando ela se apresenta nos assombra, nos indigna e se delega aos outros. Mas quando se decide delegar cada remédio possível a um corpo de especialistas, segundo um esquema que é definitivamente aquele de cada alarme social e da instituição que deve ocupar-se dela, não se recorre a outro que a um exorcismo ritual da violência e nos limita, então, a esconder a cabeça atrás de um dedo, na esperança que o não ser visto elimine o perigo e a sua causa: não se faz outro, no fundo, que exportar o luto fora de si segundo uma técnica reconstruída muito bem na arqueologia freudiana do inconsciente. O nome grego é *skàndalon*, a pedra sob a qual se tropeça, que é também meio para exportar a violência da comunidade sobre a vítima. Coagula a atenção coletiva por um segundo por parte de todos contra alguém e depois delega ao sagrado, esquecendo a replicação da vida cotidiana. Hoje o sagrado parece bem substituído pelas competências técnicas dos 'experts' (médicos, psicólogos, juristas, sociólogos etc) delegados a se ocupar disso.

Muitos recordarão a ativação simbólica que seguia a emergência terrorista em um momento extremamente dramático da recente história italiana, que se chamava, exatamente, terrorismo. Assistiu-se também ali à escolha entre um *anamnesi* e uma cômoda remoção, entre a kantiana "ontologia da atualidade" e uma política do avestruz (fingir ignorar situações de particular gravidade) que, em palavras mais

---

<sup>234</sup> O presente texto foi elaborado a partir de pesquisa realizada junto ao projeto intitulado "Mediação de conflitos para uma justiça rápida e eficaz" financiado pelo CNPq (Edital Universal 2009 – processo 470795/2009-3) e pela FAPERGS (Edital Recém-Doutor 03/2009, processo 0901814) coordenado pela Prof<sup>a</sup>. Dra. Fabiana Marion Sengler.

Tradução de Fabiana Marion Spengler.

<sup>235</sup> É atualmente professor de Filosofia do Direito na Faculdade de Direito da Università di Roma TRE. Professor visitante de várias universidades brasileiras e latino-americanas. De 1988 a 2002, foi integrante laico do Conselho Superior da Magistratura, eleito pelo Parlamento, onde foi Presidente da Comissão Conciliar, competente pelo Regulamento. Também foi vice-presidente da Comissão de Reforma, da Comissão de Magistratura Honorária e da Comissão de Formação dos Magistrados. É membro do Comitê científico da O.N.U. sobre temas que versam sobre legalidade. Atualmente faz parte do grupo de estudos internacionais sobre a Constituição Europeia. É diretor de inúmeras revistas sobre direito, sociologia e política. Autor de inúmeros livros e artigos científicos.

complicadas, era uma espécie de elaboração paranoica do terror e da angústia. Quando na sociedade italiana o terrorismo produzia ativação simbólica do medo e chantageava, literalmente, os *meios de comunicação* para que com a sua “informação” amplificassem a mensagem, se colocou o problema de como se deveria se comportar diante da violência do terrorismo. Entre as outras coisas, o interrogatório considerava o fato de publicar ao menos um comunicado das Brigadas Vermelhas, ato requerido pelas organizações terroristas como possível anel de uma troca complexa pela liberação de um prisioneiro. Precisava ceder ou não a chantagem da violência? Nunca como em uma situação de emergência, sugeria Fornari, um lúcido psicanalista, é preciso estabelecer com a violência uma relação do tipo metabólica. É preciso, exatamente, “mediar” a violência.

A relação metabólica é aquela que a mãe estabelece com o filho. É uma relação na qual os medos não são removidos, esquecidos, mas metabolizados mediante reconhecimento e elaboração. A mãe tem uma relação metabólica com o filho não só quando o leva ao seio, mas também quando o leva nos braços, porque o filho tem medo de cair e os braços da mãe lhe comunicam, ao mesmo tempo e com um só e único gesto, de um lado que o seu medo é lícito, de outro que o pior não acontecerá. Na relação metabólica a violência não é esquecida, o medo e a angústia não são removidos, mas tudo é reelaborado. Fornari dizia que a relação que as *mídias de massa* devem ter com a violência é uma relação de tipo genitorial, porque o genitor tem, a respeito do *puer*, mais informações e mais instrumentos de elaboração cognitiva e por isto pode e deve guiá-lo. O que não quer dizer, autoritariamente, expropriá-lo da autonomia de juízo. O processo da informação faz referência a uma transmissão de conhecimentos de um ao outro, de quem pode ter informações a quem deve havê-las, de quem *tem* a quem *faz* experiência.

A notícia jornalística pode conter e explicar a excepcionalidade, mas pode também alimentar o escândalo da violência (em um contexto de ordinariedade). A televisão pode escolher se propõe cenas de violência cotidiana apresentando-as como algo de anormal, de não habitual, repondo-as talvez cuidadosamente em um âmbito palimpsesto (velha escritura legível com dificuldade, uma vez que cheia de correções) que é, ao mesmo tempo, também um calendário da vida de todos os dias. Poderia, no entanto, ao contrário, contar origem, contexto, complexidade, “contingência” histórica transformando-a em problema, antes que em um evento. Aquilo que acontece a respeito da violência dos filhos e sobre os filhos (sempre *skàndalon*) não nos faz sempre ser otimistas. Tendo como modelo a relação metabólica que o genitor tem com o filho, a transmissão mediática deve ser uma transmissão na qual a violência não é esquecida, não é interdita, não é colocada a parte, porque, como dissemos, esquecê-la pode trazer a uma elaboração ainda pior, a uma isolada e obsessiva representação. De resto, se sabe, o contrário da metabolização é a demonização (*dia-ballein*).

Quando mediar indica o mediar - e não somente o ser instrumental - isso apresenta-se como um estar no meio entre dois polos diferentes, mas cúmplices e rivais nos quais um depende do outro. Dois litigantes compartilham, por exemplo, justo aquilo que os separa. O jogo da fixação depende daquela ambivalência mimética que liga um ao outro, como nos conflitos entre cônjuges, entre os irmãos inimigos, entre paz e guerra. Os jogos da violência disso são o protótipo: o ressentimento e a vingança são somente fenômenos particulares.



Sobre as palavras é bom entender-se: “mediação” indica um complexo de atividades voltada a ligar dois termos distantes mas conexos entre si. Mediar, como forma verbal que conota a atividade de mediação, quer dizer religar aquilo que agora está desconexo - porque a relação e o circuito interromperam-se – justo pelo fato de que compartilham exatamente aquilo que os separa. Mas o circuito e a relação eram e poderão ainda estar em funcionamento. Pode-se mediar tudo aquilo que se pode mediar e, performativamente, pode mediar quem pode mediar: a tautologia neste caso acrescenta algo e não se limita a uma inútil redundância. Qualquer sugestão nos pode ser indicada pela estatística, pela geografia e pela hermenêutica.

Entre dois valores comensuráveis, isto é, que podem ser sobrepostos a critérios comuns de medida, correm diversos estados escalares que vão de um polo ao outro, de um extremo ao outro. São valores escalares que, como nos gráficos de Escher, sobem e descem ao mesmo tempo. São escalas ordenadas que vão de um ponto ao outro, conectam-se. Sobre essa perspectiva a filosofia da linguagem de Wittgenstein trouxe a luz de maneira incomparável: quem encontrasse o sentido de uma proposição científica (o sentido de um significado) deveria fazer como aquele que alcança um cume inalcançável e imediatamente depois joga fora a escada. O sentido não é transmissível, enquanto o são os significados: nem todas as escadas são idôneas e nem todas acessíveis. Nem sempre as escadas são “meios” que unem.

O problema, que a prospectiva aqui invocada entende considerar, é a necessidade de conferir novamente espaço ao campo semântico com o qual a tradição circunscreve o paradigma *medio*, *mediare*, *mediatione*: semântica que um pouco demais despreocupadamente é negligenciada. Por isso, para refletir com seriedade sobre os meios de comunicação de massa e sobre as modalidades de funcionamento das *mídias* contemporâneas “tecnologicamente avançadas”, parece sempre mais necessário tornar a qualquer um dos significados que a palavra *medium* tinha nas origens da reflexão ético-política: no momento no qual a *mesotes* indicava uma singular virtude que não alimentava diferenças entre a vida pública e a vida privada. Era a *medida* do agir, corolário da “vida boa” em uma cidade onde a *eudaimonia* dos indivíduos não era possível sem a felicidade coletiva. Aquela cidade era consciente do fato de que “onde há justiça haverá sempre necessidade de *philia*” e que praticar a *phronesis* significa estar em harmonia consigo mesmo (um a si mesmo, uma comunidade, uma cidade, um mundo). *Mesotes* não era o meio justo, mas a medida justa de estar no meio. Ao tempo no qual era sobretudo um estar no meio, e portanto, uma ocasião a cargo do problema, essa não era distante do lixo do *idios* (do qual “idiota”), que fecha novamente os indivíduos no egoísmo vulgar dos seus ponto de vista privado; privado, exatamente, no sentido de privo de algo. Mas naquela *polis*, naquela dimensão da vida pública, indicava sobretudo um espaço comum, participado, que pertencia também aos extremos entre os quais se definia, fossem simplesmente os mais antagonistas e conflituosos, quando, apresentando-se sob forma de uma virtude constituída do espaço ocupado pela arquitetura simbólica das relações sociais, mantinha-se distante da abstração de uma terceriedade e de uma imparcialidade somente imaginárias. Essa posição quer sugerir com força ao mundo atual de abandonar a ilusão hipócrita e analiticamente incorreta da terceriedade e da imparcialidade para voltar-se à mediação e à virtude do mediador de outro modo. O mediador não é *nec utrum*, o nem isto nem aquilo, o

neutro, mas é isto e aquilo; não equidistante mas equipróximo. Por isto deve acabar com a distância e escolher a proximidade, por fim “sujando as mãos”. Não é a figura do juiz que, se sabe, está se tornando hipertrófica. Pelo contrário, dele é o antípode (palavra que pode ser lida também ao contrário). Deve, assim, renunciar à neutralidade e renunciá-la até o fim. Só assim realiza a sua identidade como diferença em relação ao juiz *super partes* e, ao mesmo tempo, realiza a sua diferença como identidade em relação às partes. Enquanto as partes litigam e não veem senão o seu próprio ponto de vista, cada uma de maneira simétrica e contrária em relação à outra, o mediador pode ver as diferenças comuns aos litigantes e partir novamente daqui para que as partes restabeleçam a comunicação.

Média é o valor medial entre dois extremos. Média, nos ensina a estatística, é uma operação graças à qual se somam os extremos e se produz o valor inter-medio. A média soma os extremos e os divide, os reparte exatamente em dois, efetuando justiça distributivas paradoxais de caráter salomônico. Indica ao mesmo tempo equidistância: indica não o estar no meio no sentido do sujar as mãos, do participar de um e de outro, do colocar em uma dimensão sacrificial a elaboração da violência. A mediação não media, não é a metade neutral.

Muitas camadas de sentido não é um caso que venham da sabedoria jurídica e da sua técnica de imunização dos conflitos. A figura do juiz é aquela do *terceiro* estranho ao conflito que diz a última palavra (*ius dicere*) graças a uma metalinguagem capaz de compreender e julgar sobre as linguagens. O terceiro se reivindica competente justo porque estranho e superior às razões dos contendentes em jogo. A sua neutralidade é importante, mas nem tudo pode ser remetido à neutralidade, sem o risco de abstração. A mediação é algo de metabólico porque vive no mesmo ambiente dos conflitos que se produzem, deve estar entre os conflitantes e não estranha e separada.

Então a linguagem da *mediação* não é aquela da média; mas não é também aquela da *moda*, que entre os dois extremos indica o valor mais frequentado. Sabe do princípio majoritário e nos recorda o mozartiano “assim fazem todos”. A mediação não é da moda. Aproxima-se, ao invés, ao outro procedimento, que é aquele da *mediana*: indica entre os valores extremos o ponto de igual proximidade, de iguais intersecções de um e de outro. Representa aquilo que os extremos compartilham. A mediação está alí, no meio, no ponto do compartilhamento, no lugar “comum”: é “senso comum”, a partir do qual se pode reelaborar aquilo que dividia e que paranoicamente se perpetuava com a cumplicidade rival. Exatamente *como na violência*.

Mas a mediação afunda o seu sentido também em um outro mundo de significados. Tem a ver com a linguagem do espaço. Que o espaço que media seja o lugar da paz ou da guerra depende dos dois contendentes em jogo, dos extremos que se coligam e que não podem, nem mesmo na contenda, fazer menos um do outro. Não é por acaso que as terras do meio sejam indicadas com o nome de *Mediterrâneo*. Que a ligação das terras através do espaço comum do mar tenha sido aquele da guerra, não tira nada a sua paz: ao menos a *paz ad-vir*, diria Derrida. O mar que une as terras (em alemão, não por acaso, é o contrário) é o lugar onde as terras se intermediam, antes de ser instrumento: nos contam os cinco nomes do mar que os gregos usavam. Mediação pode ser ainda o espaço de tempo calculado entre dois extremos: por exemplo, entre o antigo e o moderno (ou pior, entre a barbárie e a civilização) há a Idade Média, a idade do meio, que separa mas

une, indica descontinuidade de épocas mas deixa transparecer traços de continuidade. Enfim, mediação é aquela atividade que do seu deus, *mensageiro* dos deuses (e deus, não por acaso, do *comércio*, da medida das mercadorias), recebe o nome de *hermenêutica*. Arte da interpretação por excelência: preside a decifração das mensagens, decide sobre a compatibilidade linguística. Mas é sobretudo tradução, de uma língua para a outra. A sua sabedoria está em conhecer as duas línguas e operar por *metaphorikòs*. Nem mais nem menos, se trata de uma metáfora e de um meio de transporte: lugar e instrumento junto de uma *metanoia*, de uma *metabolização*. É aquela que pedimos às *mídias*, quando sejam capazes de imunizar-nos da imediatidade da violência.

## CONFLITOS FAMILIARES E TÉCNICAS DE DESINCENTIVAÇÃO DA “LITIGATION”. A MEDIAÇÃO FAMILIAR NA EXPERIÊNCIA EUROPÉIA<sup>236</sup>

Virgínia Zambrano<sup>237</sup>

### 1 LIMITES INTRODUTÓRIOS: AS MÓVEIS FRONTEIRAS DA “DISPONIBILIDADE” DOS DIREITOS

Quando se discorre sobre mediação familiar e, de maneira genérica, sobre instrumentos de resolução e prevenção dos conflitos, é difícil não se deixar contagiar pelas reflexões sobre *the reasons of popular dissatisfaction with the administration of justice* pelas quais já, há mais de cem anos, Roscoe Pound convidava a *American Bar Association* a reformar o regime existente. A sempre mais recomendada exigência de diversificação das técnicas de tutela, em relação à necessidade de satisfazer àquela *conflicting idea of justice* sobre a qual discorria Pound, conduziu ao aparecimento de uma série de instrumentos de *conflict management*, com o objetivo de garantir uma mais eficaz, completa, efetiva tutela dos interesses das partes, de forma concreta<sup>238</sup>. Esse objetivo não pode negligenciar elementos tais como tempos, modos, com os quais se administra o conflito.

Na verdade, em alguns casos, a própria natureza do conflito “estimulou” uma fuga em direção a formas do tipo *lato sensu* mediativas, capazes de assegurar em tempos mais breves e racionais o alcance de uma composição mais satisfatória da

---

<sup>236</sup> Tradução de Fabiana Marion Spengler

<sup>237</sup> Professora Ordinária de Direito Privado Comparado da Università di Salerno onde é responsável científica pelo Doutorado de Pesquisa em Comparação e Direito Civil, é também componente do Conselho Diretivo da Escola de Especialização para as Profissões Legais. Leciona, ainda, Instituições de Direito Privado no Campus Link- University of Malta em Roma. Obteve o título de Doutora de pesquisa junto a Università degli Studi di Napoli "Federico II". É autora de numerosos artigos, monografias, comentários e notas menores e dirige os grupos de pesquisa sobre os mais atuais problemas de direito privado italiano e comparado. Atualmente está se ocupando das temáticas que, mais de perto, cuidam do direito de família e das pessoas.

<sup>238</sup> “Justice, which is the end of law, is the ideal compromise between the activities of each and the activities of all in a crowded world. The law seeks to harmonize these activities and to adjust the relations of every man with his fellows so as to accord with the moral sense of the community. When the community is at one in its ideas of justice, this is possible. When the community is divided and diversified, and groups and classes and interests, understanding each other none too well, have conflicting ideas of justice, the task is extremely difficult.” (Roscoe Pound) Sobre a relação entre direito e justiça numa perspectiva comparativa, AA.VV., *Diritti fondamentali e giustizia civile in Europa*, sob os cuidados de TARUFFO, M.; VARANO, V. Torino, 2002, passim. Sobre a necessidade de introduzir uma “distinta” maneira de fazer justiça, CAPPELLETTI. *Accesso alla giustizia*. Milano, 1979, p. 73; CAPPELLETTI. *Appunti su conciliatore e conciliazione*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, p. 50 ss, 1981; contra TARUFFO, *ivi*, 1990, p. 349.

lide<sup>239</sup>. De modo que não causa assombro se o progressivo expandir-se da cultura da mediação tenha acabado, com o passar do tempo, por derrubar, *recte* deslocar, as já móveis fronteiras da “disponibilidade do direito”, consentindo o ingresso da conciliação nos âmbitos tradicionalmente reservados à jurisdição ordinária: pensemos – querendo recordar algumas – às controvérsias em matéria de trabalho ou de emprego público, à tutela dos consumidores, ao caso do processo societário, ou ainda, à disposição do art. III – 269, n. 2, letra g do Tratado Constitucional Europeu<sup>240</sup>. Da mesma forma, é *leit motiv*, até mesmo bastante conhecido, aquele segundo o qual uma tentativa similar de erosão deva, por via de regra, justificar-se em nome da superior exigência de pôr remédio à crise da justiça. Justamente o argumento deflacionista tem, aliás, assumido uma relevância gradualmente preponderante no debate desenvolvido em torno dos instrumentos de *conflict management*.

E, todavia uma vez abandonado o assegurado plano das finalidades, as certezas argumentativas cedem diante da dificuldade de reconduzir ao sistema a figura da conciliação-mediação<sup>241</sup>. A discórdia, na espécie, investe não só na questão da mediação como instrumento obrigatório ou facultativo ou da sua qualificação jurídica (se condição de proponibilidade ou de procedimentabilidade da ação em juízo), mas o próprio perfil subjetivo, sendo dúbios, quais sejam no momento oportuno, os sujeitos casualmente predeterminados. Esses aspectos se perdem todos entre as pregas de disciplinas, quanto mais heterogêneas e diversificadas<sup>242</sup>. É como dizer, em outros termos, que incerto se revela o *an*, o *quomodo*, o *quando* e o *quivis*.

---

<sup>239</sup> ULLOA. Modelli di conciliazione nell’esperienza nordamericana, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, p. 1296, 2000.

<sup>240</sup> A abertura ao “desenvolvimento de métodos alternativos de resolução de controvérsias” (segundo a terminologia do art. III – 269, letra g) é, por outro lado, perfil ao qual o próprio Tratado constitucional europeu não deixa de prestar atenção. A escolha a favor de instrumentos de ADR é parte de uma específica estratégia política da União Européia, intimamente ligada à lógica do justo processo. Assim, a nível europeu, foram desenvolvidas algumas estratégias políticas que conduziram o Conselho europeu na reunião de Tampere, de 15 e 16 de outubro, a convidar os Estados membros a instituir procedimentos extrajudiciais e alternativos; a adotar um Livro verde relativo “aos modos alternativos de resolução das controvérsias COM (2002) 196 definitivo, apresentado em Bruxelas em 19 de abril de 2002; à adoção da Diretiva 2008/52/CE do Parlamento europeu e do Conselho de 21 de maio de 2008 “relativa a determinados aspectos da mediação em matéria civil e comercial”. Entre as intervenções comunitárias que abrem a técnicas de ADR, basta recordar, a título meramente exemplificativo, a previsão do art. 17 Diretiva 31/2000, em termos de comércio eletrônico. Sobre o plano do direito interno, a penetração de técnicas de superação do conflito encontra uma aplicação importante em matéria societária, onde a conciliação societária é governada pelo art. 40, decreto legislativo 17 de janeiro de 2003, n. 5 e sucessivas modificações. Sobre a conciliação em matéria societária, ARIETA; DE SANTIS. *Diritto Processuale societario*. Padova: [s.n.], 2004, p. 706.

<sup>241</sup> Com efeito, as incertezas emergem já sobre o plano da qualificação nos casos concretos de resolução consensual e não decisória dos conflitos. BIAVATI. *Conciliazione strutturata e politiche della giustizia*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, p. 785, 2005.

<sup>242</sup> ALPA. Riti alternativi e tecniche di risoluzione stragiudiziale delle controversie in diritto civile. In: *Politica del diritto*, 1997, p. 403, mas o discurso não pode fazer mais do que apoderar-se também da própria Mediação familiar. Essa se apresenta como uma forma de restabelecimento da ordem violada que, enquanto expressão de atividade conciliativa, encontra aplicação em casos concretos muito diversos. O elemento que torna comuns as diversas figuras deve individualizar-se em uma lógica de “governo”, do conflito voltado à pesquisa de soluções e de acordos. Mas, se com relação aos objetivos existe concordância em individualizar o objetivo último da conciliação-

Nem a mediação familiar escapa de similares interrogações, não obstante o seu (im)por-se como meio para garantir, em caso de divórcio, a recuperação na chave funcionalista das relações familiares. Então, é fácil observar como justamente estes contra-impulsos dogmáticos sobre os quais se discute colocam em crise até mesmo a sistematização da mediação no ordenamento. De fato, se é a escassa atração da justiça tradicional a oferecer uma explicação válida para compreender, ao menos em parte, o desenvolvimento de percursos alternativos, então é a própria questão da sistematização de tais formas de conciliação/mediação, a ser advertida pelo operador do direito em favor destas razões do coração, que na família são mais do que nunca evidentes.

Cada vez mais, pois, a tendência à assistematização é quase uma íntima motivação, um elemento congênito que, em modo mais ou menos latente, anima estas técnicas; a recondução ao sistema, que aqui significa inserção e integração no processo, é, de fato, percebida como um risco de atração à ineficiência dele mesmo<sup>243</sup>. *Au contraire* como a doutrina não deixa de salientar, “as conciliações extrajudiciais, por serem boas, exigem uma administração da justiça eficiente”. Sem levar em consideração, como demonstra a experiência das ADRs mediativas, de acordo com a distinção a elas feita pela doutrina americana, que estas formas podem no momento operar como alternativa válida à justiça decisória, enquanto têm se afirmado em plena autonomia e independência com relação ao processo<sup>244</sup>. O que equivale então a dizer que Mediação e Conciliação se colocam mais corretamente em relação de acessoriedade (já não de alternatividade) a respeito da justiça de fonte estatal, cuja dificuldade não faz mais do que parecer instrumental o recurso a tais remédios alternativos.

*Ex altera parte*, no entanto, é justamente uma condição semelhante de subordinação que concorre para agravar a falta de nitidez que geralmente acompanha a definição de tais institutos, e que o próprio código civil não soube dissolver nem mesmo nos tímidos reconhecimentos expressos pelos arts. 155 *sexies* c.c. e 342 *bis* c.c.<sup>245</sup>. Dessa forma, somente a salvação da figura parece,

---

mediação, o dissenso se recupera imediatamente sobre o plano de cada uma das figuras, conforme MANERA. La mediazione familiare. In: *Dir. fam.*, 2004, p. 815 ss.; PICCARDO. *Empowerment*. Milano: Raffaello Cortina, 1995, p. 59 ss.; NOREAU; AMOR. *Médiation familiale: de l'expérience sociale à la pratique judiciarisée*. [S.l.:s.n.], p. 313 ss.; SUBOURNE. Motivations for Mediation: an Examination of the Philosophies Governing Divorce Mediation in the International Context, *Texas International Law Journal*, p. 381 ss., 2003.

<sup>243</sup> Posicionando-se de modo contrário: CHIARLONI. La conciliazione stragiudiziale come mezzo alternativo di risoluzione delle dispute, *Riv. dir. proc.*, p. 605, 1996. Observa CAPPELLETTI, M. *Dimensioni della giustizia nella società contemporanea*. Bologna: [s.n.], 1994, p. 93 ss. que se o risco destas alternativas é aquele de oferecer menores garantias com relação ao juiz; é também verdade que tal limite se supera no momento em que a alternativa não é tornada obrigatória e o controle judicial é sempre garantido; TRUBECK. Les périodes critiques dans l'histoire récente de la théorie de l'accès à la justice: le sujet de droit à la quête de son autonomie, *Annales de Vaucresson*, 1988, p. 50 ss. Sobre a oportunidade de uma redefinição das fontes normativas que leve em consideração a complexidade do fenômeno social, PERLINGIERI, P. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. Napoli: [s.n.], 1991, p. 131. Também Idem. *Diritto comunitario e legalità costituzionale*, Napoli: [s.n.], 1992, p. 17 ss.; ASCARELLI, T. Prefazione, *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano, p. XII, 1952.

<sup>244</sup> CHIARLONI. Stato attuale e prospettive della conciliazione stragiudiziale, *Riv. trim. dir. proc. Civ.*, p. 455, 2000.

<sup>245</sup> A Lei 154/2001 introduz no ordenamento um importante instrumento, civilístico e penalístico, que pretende punir o exercício da violência exercitada no âmbito do núcleo familiar. Na doutrina,

*rebus sic stantibus*, confiada a sua não obrigatoriedade, a qual lhe impede aquele típico enrijecimento da experiência anglo-saxônica, onde precisamente a mediação parece, ao contrário, quase perder o seu significado de *justice without law*<sup>246</sup> e deixar aquela função de *re-orient the parties towards each other, not by imposing rules on them, but by helping them to achieve a new and shared perception of their relationship, a perception that will redirect their attitudes and dispositions toward one another*<sup>247</sup>.

Não indo além, essa insuficiência das respostas denuncia a excessiva simplificação do debate sobre as formas de ADR, que parece permanecer prisioneiro do “fascínio” exercido por um ideal de justiça *informal* ou de *better justice*<sup>248</sup>. A essas dúvidas e perplexidades, evidentemente, nem mesmo a Mediação em geral, e aquela familiar em particular, se subtraem<sup>249</sup>.

---

sobre este aspecto se reenvia, sem todavia nenhuma pretensão de exaustão, à MINNELLA, C. L'allontanamento dalla casa familiare ex art. 282-bis c.p.p.: problemi e prospettive, *Dir. famiglia*, 1, p. 385, 2006; AULETTA, F. Misure (civili) contro la violenza nelle relazioni familiari: ipotesi ricostruttive della l. n. 154 del 2001, *Fam. dir.*, p. 294 ss., 2003; SCARANO, L. A. L'ordine di allontanamento dalla casa familiare, *Famiglia*, p. 331 ss., 2003; FIGONE, A. La legge sulla violenza in famiglia, *Fam. e dir.*, p. 355, 2001; RANZATTO. Misure a tutela delle vittime delle violenze in famiglia, *Dir. pen. e proc.*, p. 1334, 2001; DE MARZO. La legge sulla violenza familiare: uno studio interdisciplinare, *Fam. e dir.*, p. 537, 2002; ALLEGRETTO. Le nuove misure cautelari dell'allontanamento dalla casa familiare, *Famiglia*, p. 767, 2003. A propósito, para a experiência comparatística, se reenvia ao interessante caso do ordenamento espanhol, LASARTE, C. Il diritto di famiglia spagnolo: linee della riforma, *Famiglia*, 3, p. 545, 2006. Sobre o tema da guarda compartilhada, é vasta a literatura. Se reenvia, por último, sem pretensão de esgotamento, à abrangente análise de SALITO. L'affidamento condiviso, *Il diritto di famiglia. Trattato teorico-pratico*, por obra de Autorino Stanzone. Torino, 2007. Sobre o perfil da mediação, LONGO. Diritti del minore, mediazione familiare e affidamento condiviso, *Fam. dir.*, p. 87, 2003.

<sup>246</sup> NOLAN, J. M.; HALE, The Merger of Law and Mediation: Lessons from Equity Jurisprudence and ROSCOE POUND. In: CARDOZO, J. *Of Conflict Resolution*, 6.57, 2004, p. 64.

<sup>247</sup> FULLER, LON. *Mediation: Its Forms and Functions*, 44 S. C. L. R., 1971, p. 305-325.

<sup>248</sup> CAPPELLETTI, M. Appunti su conciliatore e conciliazione, *RTDPC*, p. 49, 1981, em condição de dar voz a posições diversamente destinadas a permanecer desconhecidas ( e.g., BRYAN, Penelope E. *Killing Us Softly: Divorce Mediation and the Politics of Power*, [S.l.:s.n.], p.40). Não compartilhada aparece, neste sentido, a posição expressa por TARUFFO. Considerazioni sparse su mediazione e diritti, *Annuario di ermeneutica giuridica*, p. 109, 2004. Segundo o autor, a proliferação de formas de justiça alternativa seria individuada na “conclamada incapacidade do legislador de prever formas rigorosas de tutela jurisdicional dos direitos”. Se, na verdade, a ineficiência do sistema contribui para a emersão de instrumentos alternativos de resolução das controvérsias, é também verdade que estes, todavia se colocam para sempre “no sistema”, sofrendo (mesmo que por reflexo) as ineficiências do mesmo.

<sup>249</sup> MANERA, G. La mediazione familiare, *Dir. fam.*, p. 813 ss., 2004; MISSIAGGIA, M.L. Mediazione familiare: una corsa a tappe, *Dir. giust.*, n. 42, p. 106 ss., 2004; BASILE. La mediazione delle controversie sugli effetti della separazione e del divorzio, *Trattato di diritto di famiglia*, dir. Zatti, I, *Famiglia e matrimonio*, t. 2, Milano, 2002, p. 1484-1485; MNOOKIN; KORNHAUSER. *Bargaining in the Shadow of the law: The Case of Divorce*, *Yale Law Journal*, p. 968, 1979, que utilizam a fórmula assaz evocativa, de “bargaining in the shadow of the law”; RONFANI. La déjudiciarisation du contentieux familial. In: MEULDERS; KLEIN. *Family and justice: Justice civile et évolution du contentieux familial en droit comparé*. Paris-Bruxelles: [s.n.], 1997, p. 45 ss.

## 2 A MEDIAÇÃO COMO ALTERNATIVA À JURISDIÇÃO ORDINÁRIA. CRÍTICA DA TESE.

Como se observou, no caso da Mediação familiar, a pesquisa que se limitasse a individualizar na insatisfação frente ao método jurisdicional a razão da sua afirmação, seria sem dúvida criticável.

Essa, de fato, não faria mais do que substituir pela causa aquele que, ao invés, é somente um efeito. Considerar, em outros termos, que a Mediação tenha se afirmado exclusivamente em consideração da escassa flexibilidade do sistema tradicional e, além disso, para remediar a excessiva rigidez das regras, incapazes de adaptar-se às delicadas repercussões também psicológicas do divórcio, não está distante de uma atitude de celebração, que à pergunta sobre o porquê da Mediação responde tautologicamente, individuando na personalização da solução, no favorecer o diálogo entre as partes, na tutela dos menores, as razões que a fazem preferível ao processo ordinário<sup>250</sup>. O que, evidentemente, não é ou, ao menos, não lhe exaure as implicações. É bem verdade que a premissa não explicitada na Mediação reside na retórica<sup>251</sup> relacionalidade-responsabilidade que esta aclama, assim como na atenção ao perfil emocional da relação, que supera os limites das condições de relevância do fato que condicionam o raciocínio do juiz.

Raramente, porém, discorrendo de Mediação, se tomam as distâncias de uma atitude autorreferencial. Ora, não resta dúvida que a tendência a privilegiar soluções de controvérsias negociadas se impõe – e não só no âmbito familiar – ao testemunho de um difundir-se da cultura da negociação, para a qual a crise da justiça sem dúvida contribui. Resulta, porém de cristalina evidência, como o desenvolvimento de novos instrumentos de composição seja o resultado do afirmar-se de uma diversa concepção do direito em relação ao estruturar-se dos sistemas sociais.

A complexidade do ambiente social e econômico funciona como contexto de referência para definir o modo no qual se ativam mecanismos em grau de selecionar, entre múltiplas expectativas, aquela que será, pois, destinada a prevalecer. O aumento das expectativas individuais não normatizadas põe assim as premissas para a abertura a um contencioso do qual depende o processo de seleção/individualização daquela expectativa que a irá consolidar-se no direito. O formalismo, que caracteriza o procedimento e garante a previsibilidade do resultado e uniformidade dos critérios, é então percebido como uma espécie de mal necessário, aceitado – *rectius* tolerado – porque satisfaz a precisas exigências de certeza jurídica<sup>252</sup>. Nesse contexto, o modelo negociado oferece resposta às

---

<sup>250</sup> LONGO, F. Diritti del minore, mediazione familiare e affidamento condiviso, *Fam. dir.*, 2003.

<sup>251</sup> Aqui a autora usa o termo “endiade”, figura retórica que exprime com dois ou mais termos coordenados (substantivos, adjetivos, verbos) um único conceito. Na ausência de termo análogo na língua portuguesa, optou-se pela palavra retórica.

<sup>252</sup> Sobre a diferença entre formalização e ritualização ROULAND, N. Antropologia giuridica, *Giuristi stranieri d’oggi*, Milano, p. 445, 1997, que observa como a necessidade do rito seja de entender-se como reafirmação daquele simbolismo do qual qualquer sociedade tem necessidade; ECKOFF, The mediator, the judge and the administrator in conflict resolution, *Acta Sociologica*, p. 172 ss., 1966. Uma das críticas avançadas nos confrontos do sistema das ADR é precisamente aquela que se centra sobre o valor e significado de certeza jurídica. Nesse sentido, se observou. TARUFFO, M. Aspetti di crisi della giustizia civile: frammentazione e privatizzazione, *Annuario de la Facultad de derecho de la Universidad Autonoma de Madrid*, 3, p. 74, 1999, que faltaria na ADR



exigências de uma diversificação social que, superando o paradigma do formalismo e da modernidade, desenvolve uma aproximação alternativa e mais flexível ao conflito<sup>253</sup>. Entretanto, a maior flexibilidade e personalização das decisões não impedem que à justiça estatal continue a ser reservado um espaço privilegiado em consideração de uma superioridade da resposta institucional que se liga àquele efeito de certeza e segurança do qual se falava<sup>254</sup>.

### 3 A DIFÍCIL RECONDUÇÃO AO SISTEMA DO INSTITUTO

Emblemático, nesse sentido, é como, na generalidade das experiências jurídicas, os institutos da separação e do divórcio evocam todas as dificuldades relativas à dinâmica do processo civil: duração do procedimento, custos, conflitos entre as partes, individualização da pessoa responsável pela separação, medidas a assumir em sede provisória ou cautelar. Em cenário semelhante, a Mediação se apresenta, assim, como a elaboração de um conflito a serviço de um sujeito terceiro e imparcial que, em um contexto autônomo com relação ao procedimento judiciário, tende a garantir alguma (re)organização das relações<sup>255</sup>. Apesar da estrutura

---

“tanto uma formulação de critérios de valoração e decisão, quanto a possibilidade de qualquer tipo de controle difuso dos órgãos que administram estes métodos. Estes concedem um valor absoluto à decisão *ad hoc*, embasada na situação específica, sem fazer referência a critérios gerais. Uma consequência disto é que muitas soluções são aplicadas seguindo a lógica do “caso a caso”, sem que se possa individualizar nenhuma certeza ou ao menos previsão sobre o resultado das controvérsias, nem alguma uniformidade dos critérios para resolvê-las.

<sup>253</sup> A propósito, conforme RODOTA, S. *Tecnologia e diritti*. Bologna: [s.n.], 1996; RESTA, E. *La certezza e la speranza*. Bari: [s.n.], 1992; ZAGREBELSKY, G. *Il diritto mite*. Torino: [s.n.], 1992. Eficazmente sustentou-se a necessidade de “analisar os problemas do condicionamento que a sociedade exerce sobre o processo; do condicionamento que o processo exerce sobre a sociedade e, enfim, da relação entre o estudo do direito e aquele da sociedade, conforme DENTI. *Sistematica e post-sistematica nell’evoluzione delle dottrine del processo*, *Riv. crit. dir. priv.*, p. 480-482, 1986; CAPPELLETTI. *Dimensione della giustizia*, cit., p. 76. Sobre esse ponto, ainda KENNEDY. *Legal Formality*, *Journal of Legal Studies*, p. 360 ss., 1973; PERLINGIERI. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 394 ss.; Idem. *La personalità umana nell’ordinamento giuridico*. CAMERINO; NAPOLI, passim, 1972. Mais especificamente em método comparatístico, sobre a necessidade de fazer prevalecer, em sede de divórcio, soluções atentas aos interesses das partes, AUTORINO STANZIONE. *Divorzio in diritto comparato*, *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Torino, v. 6, p. 499 ss., 1990.

<sup>254</sup> A diferenciação entre modelos alternativos e jurisdição ordinária é, com efeito, bastante difícil de cumprir, mesmo possuindo na teoria contornos suficientemente bem delineados, conforme ROBERTS. *Alternative dispute resolution and civil justice: an unresolved relationship*, *Modern Law Rev.*, p. 455 ss., 1993; NOREAU. *Pluralisme juridique et institutionnalisation des pratiques sociales: le cas de la médiation familiale*. In: MELKEVIK. *Transformation de la culture juridique québécoise*. [S.l.]:Ste-Foy Press de l’université Laval, 1998, p.42 ss. Esta aparece destinada a influir sobre o próprio modo de entender o conflito como momento fisiológico mais do que patológico das relações sociais. COSI, G. *Interessi, diritti, potere. Gestione dei conflitti e mediazione*, AA.VV., *Ermeneutica*, p. 23.

<sup>255</sup> Veja: FERRANDO. *Autonomia privata e mediazione familiare*. In: \_\_\_\_\_. (Org.). *Separazione e divorzio*. Torino: [s.n.], 2003, p. 549-569; BASILE. *La mediazione delle controversie coniugali sugli effetti della separazione e del divorzio*. In: FERRANDO; FORTINO; RUSCELLO. *Famiglia e matrimonio*. Tratt. Zatti, I. Milano: [s.n.], 2002, p. 1483; GIAIMO. *La mediazione familiare nei procedimenti di separazione personale e di divorzio. Profili comparatistici*, *Dir. fam.*, p. 1606 ss., 2001; DOGLIOTTI. *La mediazione familiare: un dibattito ancora attuale*, *Diritto e famiglia*, p. 76 ss., 1996; RESCIGNO. *Diritto di famiglia e mediazione familiare: il punto di vista del giurista*. In:

polissemantica che a espressione possui, as definições que se redescobrem até mesmo em contextos de ordenamentos diversos, sublinham esta característica, reforçando a maneira como a Mediação, diferentemente do processo, supere o conflito através da sua "gestão", gerando um efeito deflacionista a longo prazo, sem sacrificar a especificidade dos interesses das partes.

A conclusão supera o momento, por assim dizer, familiar *stricto sensu*, como é comprovado pelo mesmo dado positivo que transcorre, desde a crise entre genitores (art. 155 *sexies* c.c.)<sup>256</sup>, à violência interna do casal (art. 342 *bis* c.c), até as controvérsias essenciais referentes à definição *inter vivos* das relações de sucessão (art. 768 *bis* c.c.)<sup>257</sup>, além daquela do art. 342 *ter* c.c.<sup>258</sup> E assim, sob o denominador comum das *alternativas dispute resolution* (ADR) se resumem uma pluralidade de casos concretos diferentes, a respeito dos quais conciliação, julgamento, perícia e

---

ARDONE; MAZZONI. (Org.). *La mediazione familiare. Per una regolazione della conflittualità nella separazione e nel divorzio*. Milano: [s.n.], 1994, p. 133 ss. ZAMBRANO. Mediazione e degiuridicizzazione del contenzioso familiare, *Famiglia e diritto: profili evolutivi di un rapporto complesso*, Atti del Convegno di Salerno 6-7 ottobre por obra de Zambrano, Quaderni del notariato, 2007, *passim*.

<sup>256</sup> Art. 155 *sexies* Codice civile italiano: Prima dell'emanazione, anche in via provvisoria, dei provvedimenti di cui all'articolo 155, il giudice può assumere, ad istanza di parte o d'ufficio, mezzi di prova. Il giudice dispone, inoltre, l'audizione del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento e deve prendere in considerazione la sua opinione, tenendo conto dell'età e del grado di maturità. Il giudice può disporre che il minore sia sentito con audizione protetta, in locali a ciò idonei, anche fuori dell'ufficio giudiziario, e che la medesima, oltre che verbalizzata, sia registrata con mezzi audiovisivi.

<sup>257</sup> Art. 768 *bis*: È patto di famiglia il contratto con cui, compatibilmente con le disposizioni in materia di impresa familiare e nel rispetto delle differenti tipologie societarie, l'imprenditore trasferisce, in tutto o in parte, l'azienda, e il titolare di partecipazioni societarie trasferisce, in tutto o in parte, le proprie quote, ad uno o più discendenti

<sup>258</sup> Art. 342 *bis*: Ordini di protezione contro gli abusi familiari. Quando la condotta del coniuge o di altro convivente è causa di grave pregiudizio all'integrità fisica o morale ovvero alla libertà dell'altro coniuge o convivente, il giudice, qualora il fatto non costituisca reato perseguibile d'ufficio, su istanza di parte, può adottare con decreto uno o più dei provvedimenti di cui all'articolo 342-*ter*.

Art. 342 *ter*: Contenuto degli ordini di protezione. Con il decreto di cui all'articolo 342-*bis* il giudice ordina al coniuge o convivente, che ha tenuto la condotta pregiudizievole, la cessazione della stessa condotta e dispone l'allontanamento dalla casa familiare del coniuge o del convivente che ha tenuto la condotta pregiudizievole prescrivendogli altresì, ove occorra, di non avvicinarsi ai luoghi abitualmente frequentati dall'istante, ed in particolare al luogo di lavoro, al domicilio della famiglia d'origine, ovvero al domicilio di altri prossimi congiunti o di altre persone ed in prossimità dei luoghi di istruzione dei figli della coppia, salvo che questi non debba frequentare i medesimi luoghi per esigenze di lavoro. Il giudice può disporre, altresì, ove occorra l'intervento dei servizi sociali del territorio o di un centro di mediazione familiare, nonché delle associazioni che abbiano come fine statutario il sostegno e l'accoglienza di donne e minori o di altri soggetti vittime di abusi e maltrattati; il pagamento periodico di un assegno a favore delle persone conviventi che, per effetto dei provvedimenti di cui al primo comma, rimangono prive di mezzi adeguati, fissando modalità e termini di versamento e prescrivendo, se del caso, che la somma sia versata direttamente all'avente diritto dal datore di lavoro dell'obbligato, detraendola dalla retribuzione allo stesso spettante. Con il medesimo decreto il giudice, nei casi di cui ai precedenti commi, stabilisce la durata dell'ordine di protezione, che decorre dal giorno dell'avvenuta esecuzione dello stesso. Questa non può essere superiore a sei mesi e può essere prorogata, su istanza di parte, soltanto se ricorrano gravi motivi per il tempo strettamente necessario. Con il medesimo decreto il giudice determina le modalità di attuazione. Ove sorgano difficoltà o contestazioni in ordine all'esecuzione, lo stesso giudice provvede con decreto ad emanare i provvedimenti più opportuni per l'attuazione, ivi compreso l'ausilio della forza pubblica e dell'ufficiale sanitario.

arbitragem funcionam como termos de confronto aos quais recorrer, em via analógica, ou evitar, em sentido contrário. Sob o primeiro perfil (aquele, de fato, da identidade funcional) é impossível não revelar-se como a autonomia e a imparcialidade devam conotar tanto a atividade do mediador, quanto por exemplo aquela do árbitro ou do perito.

Sob o segundo perfil, (aquele, por assim dizer, da “enucleação das diferenças”) é inegável como a mediação coloque alguns problemas de definição da relação entre juiz e Mediador que não recorre em quaisquer dos casos concretos citados<sup>259</sup>. Trata-se, na verdade, de uma questão a tal ponto delicada, que não encontra solução homogênea dentro da mesma área do Civil Law, na qual, espera a dinâmica do processo civil, o juiz normalmente se vale ou pode valer-se de auxiliares e consultores técnicos.

Mas procedamos com ordem e se justifique, então, o recurso às classificações mesmo que seja ao limitado fim de uma maior clareza e simplificação do discurso. *Punctum dolens* do debate em torno da mediação é, precisamente, aquele que concerne à escassa atenção normalmente prestada à previsão de um orgânico percurso formativo do mediador, diversamente de quanto acontece para outros técnicos do procedimento. Na maioria das vezes é deixada no vago, de fato, seja a definição das competências profissionais, seja o quadro das responsabilidades. Se colocarmos à parte a experiência espanhola que, mesmo na variedade de soluções oferecidas pelos singulares *Derechos Forales*, se preocupa em estabelecer um específico percurso formativo (com a requisição de um apropriado título de estudo), os outros ordenamentos europeus não se mostram igualmente pontuais.

Permanece imprecisa, seja a questão relativa ao título de estudo, indispensável para ascender aos cursos de formação, seja – precisamente – o *inter* necessário para exercitar este tipo de atividade<sup>260</sup>. Tal insatisfação investe o próprio ordenamento inglês, onde justamente se esperava um diferente sucesso por parte da institucionalização da mediação e onde, ao contrário, somente as iniciativas formativas finalizadas à criação das figuras profissionais foram empreendidas pela *Solicitors Family Law Association* (SFLA) – em concordância com a *Law Society*.

No ordenamento italiano a obrigação, para todos os participantes da SIMeF, de subscrever o Código deontológico, não é fonte de adequada garantia para as partes. O código, mesmo prevendo uma série de obrigações, algumas de conteúdo positivo, outras negativo, não é em grau de garantir qualquer exatidão metodológica, nem de fixar linhas precisas de conduta, com a consequência de

---

<sup>259</sup> Observa CASTELLO. La mediazione familiare, problemi e prospettive, *Fam. dir.*, p. 681, 1994, que a incerteza sobre a função do mediador se alimenta da dificuldade de entender se “o mediador se proponha como uma espécie de psicólogo, com o idôneo objetivo de compor os contrastes e conciliar os vários desejos do núcleo familiar, ou se tenda simplesmente a desdramatizar a separação, tornando-a o mais indolor possível MANERA. La mediazione familiare, *Dir. fam.*, p. 818 ss., 2004; PETITTI. Il mediatore familiare come ausiliario del giudice, *Fam. dir.*, p. 77 ss., 2001.

<sup>260</sup> MOSCHELLA. La mediazione familiare, *Dir. eccl.*, p. 350, 2004, que não deixa de evidenciar a ausência de uma regra pública de acesso à formação profissional. Nesse contexto se constituíram, a nível europeu, algumas associações como o Forum Europeo – Formazione e Ricerca em Mediazione familiare (1997) e l'Association pour la Médiation Familial (APMF). Para a experiência italiana vejam-se as referências concluídas por COLOMBO. La mediazione familiare, AA. VV., *Crisi coniugali: riconciliazione e contenzioso giudiziario*, Città del Vaticano, p. 86 ss., 2001.

levantar, sob o perfil da responsabilidade, a interrogação sobre as regras a aplicar na hipótese de dano<sup>261</sup>.

#### 4 A RELAÇÃO ENTRE O MEDIADOR E O JUIZ: A EXPERIÊNCIA FRANCESA E ESPANHOLA

A questão, na realidade, é de fôlego mais amplo, a partir do momento em que une as duas extremidades e pressupõe em si o correto enquadramento do segundo dos dois reclamantes, aquele, vale dizer, da relação entre o mediador e o juiz, e a partir do momento em que este último possa proficuamente reenviar as partes ao primeiro. A complexidade do fato – fazíamos alusão a isto - emerge com clareza da comparação entre as diversas experiências da França, Itália, Inglaterra e Alemanha<sup>262</sup>.

A primeira, em particular, encontra a principal referência normativa no art. 21 NCPC (Nouveau Code de Procedure Civile) que atribui ao *Juge aux affaires familiales* (JAF) poderes de conciliação tais que tornam igualmente incertos os contornos entre a função da mediação e conciliação. A Loi n. 2002-305 du 4 mars 2002, relativa à *l'autorité parentale*, não dissipa, por outro lado, as dúvidas: mesmo que de fato atribua ao juiz o poder de conciliar ou intimar às partes que encontrem um mediador, na realidade não atribui relevância autônoma para a figura da mediação<sup>263</sup>. Esta se desenrola além de *iussu iudicis*, sob o controle da autoridade judicante à qual o Mediador, diversamente do que acontece na Bélgica, é forçado a reportar-se. A Mediação parece assim configurar-se, exceto em algumas experiências jurídicas – como na Bélgica<sup>264</sup> e, precisamente na Espanha -, como uma espécie de subprocedimento, controlado a distância pelos tribunais. Nesse contexto, o mesmo consenso manifestado por parte dos cônjuges à mediação, não parece muito diferente de uma mera autorização, que absolve a função de eliminar um obstáculo ao desenvolvimento de um procedimento, por outro lado, já bem definido.

A dificuldade de aceitar no seu interior novos modelos de composição confirma, para o sistema processual, em outros termos, uma substancial "resistência" do modelo tradicional em acolher no seu interior "outros" instrumentos de gestão dos conflitos<sup>265</sup>. O debate que, na experiência italiana, se desenvolveu em torno da natureza jurídica do mediador, demonstra a dificuldade de não

---

<sup>261</sup> Cfr. MOSCHELLA. *La mediazione familiare*, cit., p. 353 ss.; MANERA. *La mediazione familiare*, cit., p. 815 ss.; AA.VV., *La mediazione familiare*, a cura del CentroGea, Milano, 1993. Para informações sobre o modo no qual operam as associações de mediadores é possível consultar o site: [www.simef.net/simef.html](http://www.simef.net/simef.html); ou também [www.aimef.it](http://www.aimef.it).

<sup>262</sup> Na Gran Bretanha a mediação familiar aparece pela primeira vez no Children Act 1989; e é reconsiderada no Family law Act 1996 e, enfim, no Access to Justice Act 1999. Na Alemanha, onde a *Schlichtung* tornou-se obrigatória em três Länder, encontra disciplina na lei federal de 15 de dezembro de 1999.

<sup>263</sup> Conforme *Loi n. 2002-305 du 4 mars 2002*, art. 5 que prevê a inserção no código civil do art. 373-2-10; GORCHS. *La médiation dans le procès civil: sens et contresens*, cit., p. 411; DE MUNCK. *De la loi à la médiation*, AA. VV., *France: les révolutions invisibles*, Paris: Magnum Photos-Saint Simon, p. 312, 1998.

<sup>264</sup> Conforme., l. 21 de janeiro de 2001 (art. 665 do código judiciário belga).

<sup>265</sup> NOREAU; AMOR. *Médiation familiale: de l'expérience sociale à la pratique judiciaire*, *Actes Symposium Médiation en Europe: état des lieux et perspectives*, 2004, p. 332.

comprometer aquela autonomia e imparcialidade que tanto a Racc (98) 1 quanto o art. 13 da Convenzione Europea dos direitos do homem consignam a esta atividade. O problema nem investe exclusivamente o ordenamento italiano, a partir do momento em que a institucionalização da Mediação - pensemos à experiência inglesa ou espanhola - mesmo dando espaço à figura do mediador, não resolve a questão da sua autônoma configuração dentro do processo.

Sob o fundo paira a sombra da dimensão psicológica do instituto, que arrisca comprometer a exegese jurídica até desembocar, em alguns casos, em verdadeiro e real desinteresse. A situação se modificou só aparentemente em consequência da Lei 54/2006 que, no introduzir a guarda compartilhada, destranca as portas a este instituto (conforme novo art. 155 – *sexies*, 2º parágrafo c.c.). Diferentemente do previsto em alguns desenhos de lei, o legislador italiano se orientou no sentido de uma absorção da Mediação no processo, transformando o papel do mediador familiar naquele de um simples auxiliar do juiz<sup>266</sup>.

A Mediação se torna então uma fase eventual do procedimento, com a consequência de considerar os especialistas do art. 155 *sexies*, parágrafo 2º, c.c. meros “auxiliares do juiz” – que então não se distinguiriam das figuras do art. 68 c.p.c. – aos quais precisamente o juiz pode fazer referência a cada necessidade e para informar, mediante relação, os resultados da mediação<sup>267</sup>. A ausência de normas processuais específicas que se preocupem em dar adequada sistematização à Mediação, assim como a falta de previsão de um determinado percurso formativo deixam, porém, indefinidos aspectos cuja definição é essencial aos fins do concreto funcionamento da previsão do art. 155 *sexies*, parágrafo 2 c.c. Se delineia assim um quadro extremamente lacunoso, cujas linhas de guia traçadas pela Associazione Nazionale Magistrati (Associazione che riunisce tutti i giudici italiani) tentam, em parte, remediar. Em outro sentido, pois, o protesto operado à Mediação do art. 13 da Convenzione Europea dos direitos do homem consente excluir que essa opere como uma condição de proponibilidade da questão. Por outro lado, não parece que seja possível – considerada a função da Mediação – frear a sua obrigatoriedade, que acabaria por violar o direito de acesso à justiça<sup>268</sup>. Nem o seu caráter voluntário é colocado em discussão, pela condição de que, para o reenvio ao Mediador se deva esperar pela iniciativa do juiz. Desse ponto de vista, as soluções, no panorama europeu se mostram bastante heterogêneas, como declara a exigência (mas também da dificuldade) de atrair, de qualquer maneira, a mediação ao processo<sup>269</sup>.

Nesse sentido é clara, por exemplo, a escolha da Lei Catalã, que regula tanto a Mediação sob iniciativa do juiz – e então gratuita – como aquela requerida pelas partes, enquanto não se ocupa da mediação negociada em um contexto privativo.

<sup>266</sup> Tribunal de Bari, 21 de novembro 2000, *Fam. dir.*, p. 72, 2001 e também na doutrina, PETITTI. // *mediatore familiare come ausiliario del giudice*, cit., p. 77 ss.

<sup>267</sup> Art. 68, comma 1, Codice procedura civile italiano: “Nei casi previsti dalla legge, o quando ne sorge necessità, il giudice, il cancelliere o l’ufficiale giudiziario si può fare assistere da esperti in una determinata arte o professione e, in generale, da persona idonea la compimento di atti che egli non è in grado di compiere da sé solo.

<sup>268</sup> Dúvidas sobre a oportunidade de tornar obrigatória a conciliação são expressas, de forma mais geral, por CHIARLONI. Brevi note sulla conciliazione stragiudiziale (e contro l’obbligatorietà del tentativo), *Giur. it.*, 2000, p. 210 ss.

<sup>269</sup> ULLOA, *Modelli di conciliazione*, cit., p. 1289 o qual sublinha como a conexão entre conciliação e eventual ação em juízo apresenta não poucos princípios de problematidade.

Enquanto ao invés se mostram, com mais amplo fôlego, as previsões contidas nas leis das outras Comunidades Autônomas, que abrem a todos os tipos de mediação, sejam eles convencionais ou extrajudiciais, ou seja, intrajudiciais, enquanto aviadas sob provimento do juiz no curso de um procedimento que é suspenso<sup>270</sup>. Em alguns Tribunais italianos, a ausência de uma normativa específica foi desenvolvendo-se como uma práxis, em certos aspectos, intermediária. Ao caráter voluntário se associava a circunstância de que na Mediação, as partes podiam dirigir-se, sempre no caso de não existirem obstáculos particulares, exclusivamente *invito iudicis*, considerado o único legitimado a propô-la<sup>271</sup>.

Uma melhor adaptabilidade do instrumento em exame se adverte, ao contrário, naqueles ordenamentos nos quais a dinâmica processual é ligada a um sistema de tipo *adversary*<sup>272</sup>. Na Inglaterra, por exemplo, a possibilidade de recurso à “mediation”, em vez de à “litigation”, nas situações de crise familiar, é ofertada pela *Family Law Act*, que, no procedimentalizar o percurso que conduz ao divórcio, revalida sobre base voluntarística o papel das partes. Sai assim reforçado, em nível sistemático, um quadro normativo que vê no recurso ao juiz um remédio extremo. Nesse sentido depõe a adoção, seja de um código de procedimento unificado (pensemos ao *Access to Justice Act 1999*), seja de um “pre-action protocol”, que estabelece preventivamente tempos e fases do caso. O juiz, de sua parte, tem o poder de ordenar, em qualquer estado e grau do processo, que o casal participe de um encontro a tal fim mirado. O colóquio se desenrola de fato, porém, sob o seu controle direto, cabendo também à autoridade judiciária o poder de requerer, ao encarregado, uma relação final detalhada com relação à atividade desenvolvida, às decisões adotadas, ao comportamento tido pelas partes etc<sup>273</sup>.

---

<sup>270</sup> De particular relevância é a atenção que na Espanha cada um dos *Derechos Forales* dedicam à mediação, conforme., Castilla y León Ley 1/2006 de 6 abril, in BO. Castilla y León 18 abril 2006, nùm. 75, 2; Canarias, Ley 15/2005; Cataluña Ley 1/2001, de 15 marzo in BOE 16 abril 2001, nùm. 91, 13797; Galicia Ley 4/2001, de 31 mayo, in BOE 2 julio 2001, nùm. 157, 23425; Valencia Ley 7/2001, de 26 noviembre, in DO. Generalitat Valenciana 29 noviembre 2001, nùm. 4138, 25105. Na doutrina, para uma interessante análise do instituto da mediação na Espanha cfr., VIOLA DEMESTRE. La mediación en los conflictos familiares y su eficacia en el ordenamiento jurídico español. In: COLLANTES GONZÁLES, Jorge Luis (Org.). *Temas Actuales de Derecho civil*. Normas Legales. Perú: [s.n.], 2006, p. 521-526.

<sup>271</sup> Tribunal de Bari, 21 de novembro de 2000, *Fam.dir.*, p. 72, 2001. Na doutrina, sobre esses perfis: MOSCHELLA. La mediazione familiare, *Dir. eccl.*, p. 350, 2004.

<sup>272</sup> Precisamente em oposição ao modelo adversarial, de fato, se desenvolvem as técnicas de ADR. Em sentido favorável a esta aproximação, se expressou uma parte da doutrina, especialmente norte americana, conforme., MENKEL MEADOW. Pursuing settlement in an adversary culture: a tale of co-opted or the “Law of ADR”, 19 *Fla.St. U.L.Rev.*, p. 1, 1991; GOLDBERG; SANDER; ROGERS. *Dispute resolution*. Boston, [s.n.], 1992, passim. Para uma orientação cética, de acordo com as possibilidades oferecidas a tal modelo alternativo, entre tantos, FISS. Against settlement, 93 *Yale L.J.*, p. 1073, 1984; BRUNET, Questioning the quality of alternative dispute resolution, 62 *Tul.L.Rev.*, p. 1 ss, 1987; WEINSTEIN. Some benefits and risks of privatization of justice through ADR, 11 *Ohio St.l. Disp. Res.*, p. 241, 1996. Porém, nesta direção, no nosso ordenamento, parecem se mover também as reflexões de TARUFFO. Considerazioni sparse su mediazione e diritti, *Annuario di ermeneutica giuridica*, p. 110, 2004. Por último, por posições mais difusas no que diz respeito ao debate sobre a utilidade do modelo de ADR, RESNICK, Many doors? Closing doors? Alternative dispute resolution and adjudication, 10 *Ohio St.J. Disp. Resol.*, p. 212, 1995.

<sup>273</sup> GALANTER. Justice in many rooms. In: CAPPELLETTI, M. AA.VV., *Access to justice*. [S.l.:s.n.], 1981, p. 153; MISTELIS. ADR in England and Wales, *Am. Rev. Inter.*, p. 168 ss., 2001; ELIS; STUCKLESS. *Mediating and Negotiating Marital Conflicts*. London: [s.n.], p. 78 ss.

A autonomia das partes de qualquer modo não é absoluta, como demonstra o fato de que qualquer acordo alcançado pelos separandos na “fase de reflexão” deve ser submetido à homologação da autoridade judiciária. Embora a formulação do Séc. 29 do FLA tenha feito surgir não poucas dúvidas interpretativas, também o sistema inglês parece abrir à “voluntariedade” da mediação (Racc. (98)1).

Na verdade, neste ordenamento, a maior parte das críticas e das resistências à “normatização” da *Family Mediation* veio dos advogados, que acreditaram que a Mediação como instrumento de colaboração entre figuras de profissionais especialistas diferentes, acabasse operando em prejuízo do papel que eles foram chamados a desenvolver<sup>274</sup>. Em grande parte para silenciá-la, pela inexistência de normas unitárias de conduta e *standard* únicos capazes de assegurar um nível elevado de qualificação profissional. Esse problema, nem novo, nem de solução ágil e que, longe de acometer somente o ordenamento inglês, é objeto de vivaz debate também em outros sistemas jurídicos, tornando indeferível uma intervenção específica do legislador, destinada a definir obrigações e deveres de conduta do mediador<sup>275</sup>.

Nesse contexto, um discurso diferente deve, ao contrário, fazer-se pela experiência espanhola que, mesmo na diversidade das soluções adotadas – mas sempre em linha com os princípios contemplados nas leis forenses em tema de direito de família Catalogna lei 1/2001, Galizia (Lei n. 3/1997 de 9 de junho) além de Valenza, Castilla y Leòn, la Mancha – se qualifica por uma marcada opção em direção ao modelo mediativo, conforme testemunhado pela circunstância em que o legislador põe claramente, mediação e procedimento jurídico, não em relação de alternatividade entre eles, mas sim de verdadeira e própria complementaridade.

A diversidade de soluções se explica, de resto, em consideração da variada margem que cada *Derecho Foral* reserva à autonomia das partes e à negociação<sup>276</sup>.

---

<sup>274</sup> Na Inglaterra numerosos serviços, todos voluntários, afiliados aos Centros Nacionais de Conciliação e Mediação Familiar, aplicam variantes do modelo de mediação estruturada. Essencialmente se pratica a *global mediation*, seja voluntária seja legal, como aplicação das disposições da *Family Law Act* (FLA 1996-99). Tais leis, de fato, além da possibilidade de divórcio não fundado sobre a culpa do outro cônjuge, decretam, pela primeira vez, a obrigação, para cada advogado que opere no âmbito do direito de família, de informar aos seus clientes a existência e a fruição da mediação que, deste modo, se torna parte integrante e central do processo de divórcio. Na doutrina GERARD. *Family mediation practice in England: wick model*; CHILDS GREBE. *The structured mediation: an integred model for global mediation in separation and divorce*. Trad. it. por obra de P. Vitti in ARDONE; MAZZONI, *op. cit.*; ELIS; STUCKLESS. *Mediating and Negotiating Marital Conflicts*, cit., p. 25 ss.

<sup>275</sup> Observações críticas sobre a escolha do legislador inglês por não determinar requisitos mínimos de profissionalidade e de disciplinar em concreto a atividade dos mediadores, são expressas por ELLES, Baronessa. Official Report (H.L.), Jan. 11, 1996, p. 334; GIAIMO, G. La mediazione familiare nei procedimenti di separazione personale e di divorzio. profili comparatistici, *Dir. famiglia*, 4, p. 1615, 2001. Para a experiência estadunidense, conforme PEARSON AND THOENNES. *Divorce Mediation: An American Picture*. In: DINGWALL; EEKELAAR. *Divorce Mediations and the Legal Process*, cit., p. 72; e também a análise feminista sobre os resultados da mediação, em termos de estratégia político-social efetuada por GIRDNER. *Custody mediation in the United States: Empowerment or Social Control?*, *Can. Jour. of Woman and Law*, p. 135 ss., 1989.

<sup>276</sup> Conforme, na doutrina, para uma interessante análise do instituto da mediação na Espanha, conforme VIOLA DEMESTRE. *La mediación en los conflictos familiares y su eficacia en el ordenamiento jurídico español*. In: COLLANTES GONZÁLES, Jorge Luis (Org.). *Temas Actuales*, cit., p. 516-517. A autora observa como a mediação, no sistema espanhol, se configura como um

A Mediação entra assim no circuito da gestão da crise familiar *tout court* (e é aplicável, portanto à *pareja de hecho*), enquanto instrumento em grau de encontrar aplicação para a definição seja de perfis pessoais, como patrimoniais. Para que não se prejudique a autonomia do mediador, já que, diversamente do que se verifica em outros ordenamentos, os encargos de designação e controle (normalmente desenvolvidos pelo juiz) são confiados ao *Centro de Mediación Familiar* (ente privado de personalidade jurídica própria e que depende do Departamento de Justiça), que desenvolve funções de importante relevo prático, como a manutenção do Registro dos mediadores, a designação dos mesmos e o controle de suas operações. O chamado aos princípios da voluntariedade - em acolhimento ao princípio dispositivo - além da confidencialidade, sob tutela da *privacy*, e da imparcialidade, evidencia o caráter negocial da mediação, caráter que encontra uma confirmação ulterior na definição das obrigações que oprimem o mediador e a cujo descumprimento eles são chamados a responder<sup>277</sup>. Do ponto de vista processual, pois, essa pode ter lugar tanto antes do início de qualquer iniciativa judiciária, quanto em pendência desta, se for o caso, o requerimento de suspensão pode ser conjunto, ou, mesmo se vindo de uma só parte, ser aceito pela outra. De acordo com a fase em que se efetua, a Mediação assume, assim, uma função diversa. Em casos nos quais ela intervém sobre o conflito, ou seja, em uma fase na qual o juiz não tenha ainda sido investido pela controvérsia, a sucessiva homologação do acordo, por parte da autoridade judiciária, vale a atribuir relevância jurídica ao mesmo. Claro que o regime de responsabilidade, na hipótese de descumprimento, acaba dependendo da maior ou menor vinculatividade assumida pelo acordo.

## 5 A NÃO UNÍVOCA NOÇÃO DE “ALTERNATIVIDADE”

As dificuldades exegéticas são, na realidade, acentuadas pela reflexão de que na Europa, diversamente do que aconteceu nos Estados Unidos, o desenvolvimento de modelos de *informal justice*, por razões que devem ser individualizadas na particularidade do sistema processual e na dificuldade de reconhecer uma pluralidade de centros de administração da justiça, não parece conhecer aqueles espaços que ao invés caracterizam o sistema estadunidense. Exceção feita à arbitragem, a atividade de conciliação-mediação parece bastante relegada à margem de um sistema que reconhece outras figuras enquanto elas se

---

processo extrajudicial de resolução de conflitos. Ele se realiza sob a base voluntária e confidencial, na qual uma terceira pessoa, imparcial, cria um espaço de diálogo a fim de que as partes em conflito possam se comunicar entre elas, manifestando as próprias expectativas, interesses, necessidades. O objetivo é, em outros termos, aquele de alcançar um acordo duradouro e que satisfaça a ambas as partes.

<sup>277</sup> Conforme, BERNAL SAMPER. *La Mediación. Una solución a los conflictos de pareja*. Madrid, 1998; Il “*Servei de Mediación Familiar de Barcelona*” depende dall’ “*Institut de Treball Social i Serveis Socials*” (INTRESS), criado em 1992; RIPOL, VID.; MILLET. *Separació i divorci: ma Mediación familiar*, Generalitat de Catalunya: Département de Justícia, 1995. Os Institutos de Psicologia Jurídica de Madrid e Barcelona, por outro lado, foram pioneiros em demonstrar as inter-relações entre direito e psicologia, sobretudo no campo familiar. Para aprofundamentos, sobre o ponto, JORDAN VILLACAMPA, M. LUISA. *La mediación familiar: recurso voluntario u obligatorio*, *Dir. Ecclesiastico*, passim, 1999.



desenvolvem especificamente em relação a setores particulares da vida civil<sup>278</sup>. Verdade é que o desenvolvimento dos modelos alternativos de resolução das controvérsias consente em realizar formas de tutela que, com respeito ao modelo tradicional, são mais flexíveis pelo fato de estarem em grau de articular uma resposta que tenha realmente conta dos interesses das partes. Tanto é verdade que a função atribuída a arbitragem, mediação, conciliação, que justamente operam sempre nos espaços deixados pela justiça “oficial”, varia de ordenamento para ordenamento.

A coligação que tradicionalmente se costuma instaurar entre recursos a similares instrumentos alternativos, e soluções dos tradicionais problemas como garantia do sistema processual, nem sempre é correta<sup>279</sup>. A mesma função deflacionária, normalmente atribuída em prestígio das técnicas alternativas, pressupõe um tempestivo recurso às mesmas, sanção pela ineficácia do remédio. Por isto, pois, não se deve esquecer que, quase contraditoriamente, os métodos de resolução das controvérsias dependem sempre da estrutura do processo, com a consequência de que não é possível apreciar a incidência de técnicas alternativas separadamente do contexto mais geral no qual vão se organizar.

A partir daí a ulterior conquista do fato, pelo qual o mesmo conceito de “alternatividade” arrisca de ressoar ambíguo, e não só, ou não tanto, pela ausência muitas vezes de um pressuposto de caráter substancial (vale dizer a condição de paridade das partes no exercício da atividade de negociação), quanto pelo duplice significado que a ele se pode geralmente atribuir<sup>280</sup>. “Alternatividade”, de fato, é termo que se refere, indistintamente, seja a formas de regulamento, que se substituem àquele tradicional - como acontece na Austrália, onde a mediação se faz recurso em via principal - seja a modalidades processuais. Tais formas, intervindo dentro do processo, favorecem a conquista de uma solução negociada e se colocam mais seguidamente em relação de “complementaridade”, em vez de alternatividade, com o procedimento judiciário.

Daí, também, o alívio de subtrair à mediação a rigidez da conclusão, se é verdade que essa responde a uma lógica diferente e, sobretudo, é destinada a incidir sobre direitos subtraídos à disponibilidade das partes. Semelhante natureza, de fato, restitui ao Estado alguma forma de controle, salvando ao mesmo tempo o juiz do embaraço de “administrar” e regular uma realidade, aquela familiar, que mal se concilia com os formalismos do sistema processual. De modo que, a bem ver, o problema diz respeito mais frequentemente à difícil conciliabilidade do sistema processual “continental”, e italiano, em particular, com a informalidade e velocidade do instrumento. Questão certamente não nova, mas nunca resolvida, que sempre mais faz emergir diferenças substanciais com aqueles ordenamentos – pensemos na experiência americana – que não parecem manifestar nem problemáticas de excessiva carga para as cortes, nem aliviar interrogações específicas com relação ao *all’an*, ao *quando* e ao *quomodo* da mediação, sobretudo, na verdade, graças à fase *pré-trial* que substancialmente falta ao processo continental.

---

<sup>278</sup> ALPA. Riti alternativi e tecniche di risoluzione stragiudiziale delle controversie in diritto civile, *Politica del diritto*, p. 433, 1997.

<sup>279</sup> Pela existência de uma real e recíproca coordenação entre *settlement* e *adjudication*, EMERY. Divorce Mediation in the USA, *Int. Fam. Law J.*, p. 64, 2005.

<sup>280</sup> Sobre o tema, CHIARLONI. *La conciliazione stragiudiziale*, cit., p. 694; ULLOA. *Modelli di conciliazione*, cit., p. 1290.

Ali, ao contrário, o acesso à justiça é geralmente percebido como necessidade de distanciamento de um modelo tradicional, o qual se considera que ofereça resposta pouco satisfatória, especialmente em relação a questões que envolvam tutela dos filhos, confiança e, mais em geral, os aspectos patrimoniais do divórcio. A mediação, em tal sentido, se apresenta, além do que não consiga fazer a conciliação, como válida alternativa ao processo, útil a descongestionar a crise familiar. Podem parecer irrealistas as expectativas que nela se colocam, sempre mais quando é invocada como modelo para substituir os serviços de assistência legal<sup>281</sup>.

E irrealistas se revelam nos fatos as expectativas, quando se prescindia da consideração dos pressupostos do instituto, fortemente condicionados pela eficácia do concreto comportar-se de um sistema divorcial, no qual a culpa - também quando desaparece por completo, como aconteceu na França ou na Espanha - acaba por assemelhar-se à fênix cantada por Heródoto que morre, mas morrendo se renova<sup>282</sup>. De fato, fora de um contexto relacional não conflitual, a Mediação perde o seu papel de modelo competitivo, enquanto, por outro lado, o conflito simplesmente por si só não a legitima, em ocorrendo o recurso. Além disso, reclama o *in dem placitum* das partes, exige o reconhecimento no comando dele, de um mesmo poder negocial e de determinado número de informações suscetíveis de troca. Trata-se, na verdade, de elementos intimamente ligados entre si e dotados, cada um deles, de uma própria autonomia funcional e conceitual, que se manifesta no suceder-se das fases que conduzem ao “produto final”. Considerados, ao contrário, na sua individualidade, cada um deles conserva uma própria valência exclusiva. Pensemos no acordo, por exemplo, que nada diz sobre a assimetria das partes e, pelo contrário, não raramente representa o ponto de êxito de tratativas extenuantes que rompem a resistência da parte ou tiram vantagem da posição menos forte que ela exprime<sup>283</sup>. Nesses casos, é desviante imaginar que a sua obtenção esteja efetivamente em grau de satisfazer o interesse das partes, que “are told they are being empowered, but in fact are being forced to acquiesce in their own oppression”<sup>284</sup>. Se for verdade, de fato, que o acordo fecha a controvérsia entre os

---

<sup>281</sup> Semelhante “ideal”, de fato, aparece destinado a romper-se contra uma dimensão processual da justiça que individualiza na sentença o êxito fisiológico da controvérsia (*Principles of Family Law*, VII ed., S.M. CRETNEY- J.M. MASON-R. BAILEY-HARRIS, London, 2003, 307).

<sup>282</sup> De um ponto de vista sociológico, a Mediação se alimenta das transformações sofridas pela família, também em consideração das reformas em matéria de divórcio e do progressivo desaparecimento da noção de culpa, NOREAU; AMOR. *Médiation familiale: de l'expérience sociale à la pratique judiciarisée*, *Actes Symposium Médiation en Europe: état des lieux et perspectives*, p. 312, 2004; PEARSON. *A Forum for Every Fuss: the Growth of Court Services and ADR Treatment for Family Law Cases in the United States*. In: KARZ; EEKELAAR; MACLEAN. *Cross Currents. Family Law and Policy in the United States and England*. Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 513 ss. A mediação na teoria se propõe a favorecer “a reabertura dos processos comunicativos e relacionais, sobretudo nos casos de separação e divórcio” superando, precisamente, o perfil da culpa, conforme, MANERA. *La mediazione familiare*, cit., p. 817 ss.

<sup>283</sup> A respeito da diminuição da tutela ofertada aos cidadãos, discorrem, na verdade, aqueles autores que desenvolveram uma aproximação crítica frente às formas de *justiça informal* conforme FISS. *Against settlement*, cit, p. 1073; BRUNET. *Questioning the quality of alternative dispute resolution*, cit., p. 4 ss; WEINSTEIN. *Some benefits*, cit., p. 242 ss.

<sup>284</sup> A exigência de evitar que o recurso à mediação se resolva em um instrumento de pressão psicológica sobre a mulher é perfil sobre o qual o feminismo jurídico não deixa de discutir, conforme EDWARD PATRICIAL. *Gender Issues in Family Law: A Feminist Perspective*, in *Family and Conciliation Courts Review*, v. 35, p. 424-442; GRILLO. *The Mediation Alternative: Process*

cônjuges, é também verdade que, no tema de relações familiares, o que conta também é o modo pelo qual a ele se chega<sup>285</sup>.

De resto, uma das principais críticas movidas no confronto da mediação, a fim de sublinhar-lhe a intrínseca fraqueza, é justamente com relação a sua incapacidade de corrigir as relações de força entre as partes. Nem as perplexidades cessam aqui. Se for verdade, como ensina Hart, que ocorre distinguir entre jogos com regras de pontuação e jogos com arbitragem de marcação de pontos, para demonstrar como o nível de previsibilidade da decisão influencia a escolha do modelo decisório, então bem poderia a mediação qualificar-se como uma partida sem árbitro e sem pontuação. Quem decide sobrepor-se a ela, em outros termos, aceita jogar uma “partida” sem as regras, as formalidades que atribuem certeza e objetividade à decisão. A mediação se torna, então, uma real alternativa ao procedimento judiciário, somente se as partes conseguem, através do acordo, obter uma vantagem que o dispositivo do juiz não consentiria, de maneira nenhuma, alcançar.

## 6 A GESTÃO CONTRATUAL DA CRISE FAMILIAR: LIMITES E PROSPECTIVAS

Duvidoso é, ao invés, se o constante chamado ao consenso das partes introduza uma reconstrução em termos contratuais do instituto, de acordo com o que, a partir dos anos noventa, sugere o movimento de *Collaborative Law*, desenvolvido no Canadá e nos Estados Unidos<sup>286</sup>. A gestão contratual da crise familiar passa, na espécie, através da “mediação” de um advogado que, valendo-se da própria experiência, direciona as partes, conscientes dos aspectos jurídicos secundários e não evidentes do conflito, frente a um acordo. As relações familiares transcorrem assim decididamente em direção à área dos compromissos negociais, segundo um mecanismo de automediação dos *separation agreements* não realmente desconhecido, justamente, à experiência inglesa<sup>287</sup>.

O documento que contém as estatuições, no que diz respeito às consequências pessoais e patrimoniais do divórcio, longe de ser o produto final de uma decisão meramente concordada (como acontece a propósito da mediação) é mais o êxito de uma tratativa que põe remédio àquela condição de *power imbalance* pela qual é, ao invés, afetada a mediação. O documento final (no qual conflui o acordo) particularmente, mesmo não perdendo as características da negociação, abandona a aparência tradicional de mero *bargaining*, por apresentar-se mais como produto de *a multi-issue strategy*, ou seja, como instrumento em grau de afrontar,

---

Dangers for Women, *Yale Law Journal*, 100, p. 1545-1610, 1991; SHAFFER. Divorce mediation: a feminist perspective, *Faculty Law Review*, Toronto, 168 ss., 1988. Neste sentido, além dele TARUFFO. Considerazioni sparse su mediazione e diritti, *Annuario di ermeneutica giuridica*, p. 110, 2004, que observa como também no processo de mediação deveria ser garantida, de qualquer forma, uma “substancial igualdade de tratamento processual” às partes.

<sup>285</sup> Conforme, BICKERDIKE; LITTLEFIELD. Divorce Adjustment and Mediation. Theoretically grounded Process Research, *Mediation Quarterly*, 18, p. 181, 2000, cuja análise evidencia, exatamente, as inter-relações entre processo, conduta do mediador e interação das partes.

<sup>286</sup> MC EWEN, Craig. Bring in the lawyers: challenging the dominant approaches to ensuring fairness in divorce mediation, *Minn. L.Rev.*, 79, p. 1317, 1995.

<sup>287</sup> GIAIMO. *La mediazione familiare nei procedimenti di separazione personale e di divorzio. Profili comparatistici*, cit., p. 1606.

sob um plano complexo e geral, questões relativas à guarda da prole, exercício de direito de visita, prestações alimentares, divisão do patrimônio comum e assim por diante.

E é exatamente uma natureza semelhante que, colocando o *Droit Familial Collaborative* (ou *Collaborative Family Law*) na metade do caminho entre a mediação e a negociação *tout court*, torna preferível este novo modelo de gestão do conflito, que chega a assinalar, pelos evidentes acentos contratuais, o próprio insucesso da mediação. Nem a conclusões diversas é dado chegar através da leitura da *Charte collaborative* francesa, por meio da qual as partes se empenham, por toda a duração do processo de negociação, a não recorrer ao juiz, a comportar-se segundo a boa-fé e, sobretudo a comunicarem-se todas as informações necessárias à gestão do divórcio<sup>288</sup>. A contratualização da gestão da crise familiar se torna assim, sintoma de uma superação definitiva das lógicas solidarísticas, à total vantagem de um *fight on equal ground* que pressupõe, *ex adverso*, o respeito a um princípio de igualdade.

De resto, nesta nova época da negocialidade que parece caracterizar o direito de família, o reclamo (quase constante) à categoria do contrato, não somente não surpreende, mas quase se impõe. O próprio ordenamento italiano, mesmo sensível às solicitações derivadas da categoria do negócio jurídico, não renuncia a uma acentuação dos perfis da bilateralidade e da patrimonialidade na definição das temáticas familiares. E o pensamento ocorre não somente aos tradicionais reclamos do art. 160 c.c ou, por outro lado aos arts. 159 e seguintes c.c. quanto, em particular, aos arts. 155 e seguintes c.c. nos quais o definitivo ingresso da lógica negocial nas relações familiares é ritmado pela repetição do chamado ao acordo pela definição de aspectos pessoais, assim como econômicos<sup>289</sup>.

De resto, a emersão de métodos alternativos de resolução das controvérsias e da mediação, em particular, enquanto embasada sobre uma diferente concepção da mesma função reguladora do direito, é originada sob muitos aspectos, exatamente pelo multiplicar-se da realidade familiar. Sem percorrer novamente o declive das reflexões que, exaurindo-se na declinação ao plural do tema “família”, não se distanciam de uma mera constatação do existente, o dado significativo que o diversificar-se dos modelos sociais desvela, é no papel desenvolvido pela autonomia privada. A evolução do direito de família segue, neste sentido, uma evolução social que, recuperando a singularidade da experiência humana, faz da liberdade individual a verdadeira protagonista da diversificação das estruturas familiares<sup>290</sup>.

---

<sup>288</sup> MANERA. La mediazione familiare, *Dir. fam.*, p. 815 ss., 2004.

<sup>289</sup> Na jurisprudência, sobre a aplicação do art. 1322 c.c., e mais em geral sobre o crescente espaço atribuído à autonomia dos cônjuges, entre tantos, Cass. civ., 23 luglio 1987, n. 6424, em *Giust.civ.*, 1988, I, p. 459; Cass.civ., 21 dicembre 1987, n. 9500, *Riv.dir.civ.*, 1989, II, p. 233; Cass.civ., 17 giugno 1992, n. 7470, *Nuova giur.civ.comm.*, 1993, I, p. 808; Cass.civ., 22 gennaio 1994, n. 657; Cass.civ., 28 luglio 1997, n. 7029, em *Mass. Giur.it.*, 1997, p. 177; Cass.civ., sez. II, 21 febbraio 2006, n. 3747, em *Giust. civ. Mass.*, 2006, p. 9. Sobre esses perfis, na doutrina, vejam-se as reflexões comparativas de MARELLA. Gli accordi fra coniugi fra suggestioni comparatistiche e diritto interno. In: FERRANDO. (Org.). AA.VV., *Separazione e divorzio*. Torino: [s.n.], 2003, p. 194 ss.

<sup>290</sup> NOREAU. Familles séparées et rupture du droit. Du mélange des genres familiaux à la redéfinition du droit de la famille, *Actes Symposium Médiation en europe: etat des lieux et perspectives*, 2004.

De modo que o problema torna-se, no caso, aquele de verificar se o esquema do contrato seja efetivamente funcional às exigências de tutela de singulares posições jurídicas. Ao silêncio do legislador italiano, malgrado a traços rompidos por reconhecimentos mais ou menos explícitos (pensemos, precisamente, no recente art. 155 c.c.), faz eco a atitude, por assim dizer, “previsível” daquele francês, intentado a esconder-se atrás do reconfortante e, todavia, insatisfatório chamado às notáveis categorias dos direitos disponíveis e indisponíveis, para distinguir os acordos imediatamente vinculantes daqueles que, ao invés, são submetidos à necessária homologação do juiz (conforme art. 230 e 373-2-7 do Código Civil). A finalidade não declarada, além da dúbia tendência a distinguir neste âmbito os direitos de acordo com a sua natureza, disponíveis ou menos, é aquela de conciliar a exigência de deixar as partes livres para definir todos os aspectos do divórcio, com a necessidade de garantir o controle do juiz<sup>291</sup>. Quando a exigência de deixar as partes livres para alcançar um acordo que defina todos os aspectos do divórcio se substancia na inserção, no contrato de cláusulas, por meio das quais, as partes se empenham a não recorrer ao juiz. Nessa perspectiva o *engagement à ne pas recourir au juge* (i cd *disqualification agreements*) opera como verdadeiro e próprio mecanismo de incentivo para alcançar o acordo, sem que na presença desta cláusula o temor daquele *going to court* possa condicionar, de algum modo, os êxitos da negociação.

O *Droit Familial Collaborative*, abrindo-se definitivamente à lógica do contrato, recupera então aquela espécie de ambigüidade estrutural que caracteriza, pelo contrário, a mediação. Individuando-lhe também a sua fraqueza, vale dizer a sua pretensão, a satisfazer direitos e então, posições subjetivas fortes, através do recurso a técnicas de composição que se distanciam da dimensão jurídica do conflito<sup>292</sup>.

Verdadeiramente - a respeito do *Droit Familial Collaborative* ou do seu homólogo americano, o *Collaborative Family Law* - a mediação segue percursos mais acidentais, no momento em que o mesmo reenvio à regra contratual se choca com as não irrelevantes dificuldades acima evidenciadas. Que, por outro lado, semelhante avaliação deva necessariamente conduzir a uma “posposição” do instituto a respeito de outras, e mais válidas, formas negociais, é silogismo talvez não totalmente justificado. De fato parece responder mais a uma leitura da figura em chave destacadamente subjetiva, sendo inegável como a mediação inclua, de qualquer modo em si, a evidente vantagem de garantir uma ética de responsabilidade, na irretroatividade da relação genitorial, com relação ao dissolver-se do vínculo conjugal, evitando o risco de respostas impessoais fornecidas por um terceiro sujeito, precisamente o juiz. É também verdade, porém que se em abstrato a mediação, mais do que a conciliação, se candidata, em teoria, como válida alternativa ao processo, contribuindo efetivamente, em quaisquer circunstâncias, a

---

<sup>291</sup> Conforme BONAFÉ-SCHMITT. La médiation: une alternative à la justice?. In: KASIRÉE ET NOREAU. *Sources et instruments de justice en droit privé*. MONTRÉAL: Thémis, p. 144 ss.; NOREAU; AMOR. *Médiation familiale: de l'expérience sociale à la pratique judiciairisée*, cit., p. 312 ss.

<sup>292</sup> BUTRUILLE-CARDEW. Le droit de famille collaborative (Collaborative Law), *Famille. Actualité Juridique*, p. 29 ss., 2007; TESLER. Collaborative Law: What It Is and Why Family Law Attorney Need to Know About It, *Am. J. Family Law*, p. 215-225, 1999.

descongestionar a crise familiar, na prática aparecem irrealistas as expectativas que nela se repõem.

No entanto, restam irresolvidas (como se viu), toda uma série de problemas, de não secundária importância: a natureza jurídica do acordo, a sua *enforceability*, a relação com o procedimento judiciário, o caráter e a função do mediador e assim por diante<sup>293</sup>. O que leva uma casta de juristas, todavia instruídos à *litigation*, diante da não permissão à voz ativa, a retirarem-se sob o mais modesto papel de consultores.

## CONCLUSÕES

Quais, então, as possíveis conclusões? Não existe dúvida que, ao menos no sistema italiano, a ausência de uma ordem normativa precisa tenha contribuído para ignorar as expectativas daqueles que consideravam poder saudar a mediação como uma válida alternativa à jurisdição ordinária na definição da crise da família. Em geral, se é inegável então que a falta de profissionalização específica (como aquela dos mediadores, precisamente) contribuiu (e contribui) muito para incidir sobre a correta eficácia do instituto, é também verdade que os sinais de “crise”, ou quanto menos de perda do real significado da mediação, provém exatamente das mesmas realidades normativas – USA e Inglaterra – nas quais o instituto surgiu e se impôs com maior incisividade. As causas da decadência são provavelmente pesquisáveis naquele processo de redefinição do papel do juiz, que abandona as vestes decisórias, para assumir o semblante de um *case manager*, sempre mais preocupado com a projeção futura e com o impacto que ela terá sobre os cônjuges e sua prole. A tendência é evidente, sobretudo nos USA, onde a atenção ao interesse do menor possui um valor didático que não raramente se exprime na elaboração de verdadeiros e precisos *mandatory parent education programs*<sup>294</sup>.

Também quando não se chega a tais resultados, a exigência de controlar o respeito aos acordos, o exercício do direito de visita, a prestação alimentar, deu origem a soluções nas quais o recurso a técnicas não *adversary* nem punitivas pretende garantir o cumprimento dos compromissos assumidos, estimulando um clima de cooperação entre as partes. As cortes terminaram assim, predispondo uma série de serviços acessórios e de consultoria, com o objetivo de dar vida a um sistema mais eficiente e mais “family friendly”<sup>295</sup>. Desse panorama sai modificada a

---

<sup>293</sup> MENKEL-MEADOW. The Many Ways of Mediation: the Transformation of Tradition, Ideologies, Paradigms and Practice. In: \_\_\_\_\_. *Mediation, Theory, Policy and Practice*. Aldershot (England): Ashgate Publishing Limited, 2001, p. 120 ss.

<sup>294</sup> M. GLEASER; K. BLAISURE. A review of divorce education program materials, *Family Relations*, 47, p. 23, 1998; PEARSON, J. A forum for every fuss: the growth of court service and ADR treatments for family law cases in the USA, em AA.VV., *Cross current. Family law and policy in the USA and England*, N. KATZ, J. Eeckelaar and M. Maclean (ed.), Oxford, 2000, p. 518 ss.

<sup>295</sup> A classificação do modelo de “tratativa assistida”, como modelo de resolução de controvérsias, segue coordenadas bastante articuladas. Elas são reconduzidas a perfis de a) *norm generating* quando se esteja na presença de uma rejeição das regras próprias da *adjudication*; b) *norm educating*, nas quais o acordo é alcançado em um quadro normativo de referência, por meio do qual as partes são colocadas em grau de conhecer as potencialidades, onde efetuar escolhas adequadas; c) *norm advocating*, na qual o acordo é alcançado respeitando as normas de lei, de cuja aplicação por obra das partes o terceiro se preocupa, ULLOA. *Modelli di conciliazione*, cit.,

própria atividade do advogado, que tende sempre mais a colocar lado a lado – melhor – a substituir a atividade de representação dos interesses da parte, por aquela de mera consultoria. E, todavia, precisamente a atração da mediação pelo processo acaba por perder as peculiaridades, a dissolver-lhe os traços distintivos ao ponto de tornar difícil, se não impossível às vezes, distingui-la de qualquer outra estratégia processual finalizada ao alcance de um acordo. Também naqueles ordenamentos (pensemos à Espanha) que tem mostrado maior sensibilidade normativa frente ao instituto da Mediação, nem todos os problemas de sua disposição dogmática encontraram soluções, como demonstra o insistente debate sobre a qualificação jurídica do acordo.

E então, tendência à deformação do processo em matéria familiar de um lado, fermentos anárquicos da mediação de outro, mas, sobretudo, emersão do elemento voluntarístico-cooperativo no conseguimento do justo “acordo”, conduzem a uma superação da própria aproximação mediativa ou talvez a sua transfiguração frente a uma negociação mais generalizada entre as partes, que veem, precisamente no acordo final, mais do que na técnica para alcançá-lo, o momento focal do sistema.

Assim, as formas se multiplicam, o juiz muda veste, os advogados alcançam papéis ulteriores e assim por diante.

Não que isto aconteça sempre e que seja necessariamente uma tendência positiva, sobretudo se o sistema “engole” mais do que metaboliza a mediação e retorna a antigos percursos, deixando sob o plano da apelação cada mudança formal. Como dito, de fato, neste âmbito de relações frequentemente não entre pares, as modalidades são funções do grau de justiça do acordo alcançado. Mas ao menos essa evolução rompe o grande encanto, a grande ilusão: aquela da cega e talvez maliciosa confiança recolocada em uma técnica assim frágil; a tal ponto precária, que nem mesmo nas mais róseas expectativas resulta em grau de sustentar os problemas da conflitualidade familiar.

## REFERÊNCIAS

ALLEGRETTO. Le nuove misure cautelari dell'allontanamento dalla casa familiare, *Família*, 2003.

ALPA. Riti alternativi e tecniche di risoluzione stragiudiziale delle controversie in diritto civile. *Politica del diritto*, 1997.

ARIETA; DE SANTIS. *Diritto Processuale societário*. Padova: [s.n.], 2004.

ASCARELLI, T. Prefazione, *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano, 1952.

AULETTA, F. Misure (civili) contro la violenza nelle relazioni familiari: ipotesi ricostruttive della l. n. 154 del 2001, *Fam. dir.*, 2003.

AUTORINO STANZIONE. Divorzio in diritto comparato, *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Torino, v. 6, 1990.

---

p. 1300 ss. Nesse sentido, a mediação familiar, próprio na originalidade da aproximação que solicita, pareceria apresentar-se, mais do que outro, como um modelo *norm educating*.

- BASILE. La mediazione delle controversie coniugali sugli effetti della separazione e del divorzio. In: FERRANDO; FORTINO; RUSCELLO. *Famiglia e matrimonio*. Tratt. Zatti, I. Milano: [s.n.], 2002.
- BERNAL SAMPER. *La Mediación. Una solución a los conflictos de pareja*. Madrid, 1998.
- BIAVATI. *Conciliazione strutturata e politiche della giustizia*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005.
- BICKERDIKE; LITTLEFIELD. Divorce Adjustment and Mediation. Theoretically grounded Process Research, *Mediation Quarterly*, 18, 2000.
- BONAFÉ-SCHMITT. La médiation: une alternative à la justice?. In: KASIRÉE ET NOREAU. *Sources et instruments de justice en droit privé*. MONTRÉAL: Thémis.
- BRUNET, Questioning the quality of alternative dispute resolution, *Tul.L.Rev.*, 62, 1987.
- BRYAN, Penelope E. *Killing Us Softly: Divorce Mediation and the Politics of Power*, [S.l.:s.n.].
- BUTRUILLE-CARDEW. Le droit de famille collaborative (Collaborative Law), *Famille. Actualité Juridique*, 2007.
- CAPPELLETTI, M. Appunti su conciliatore e conciliazione, *RTDPC*, 1981.
- CAPPELLETTI, M. *Dimensioni della giustizia nella società contemporanea*. Bologna: [s.n.], 1994.
- \_\_\_\_\_. *Accesso alla giustizia*. Milano: [s.n.], 1979.
- \_\_\_\_\_. Appunti su conciliatore e conciliazione, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981.
- \_\_\_\_\_. *Dimensione della giustizia*. [S.l.: s.n.]
- Cass. civ., 23 luglio 1987, *Giust. civ.*, n. 6424, I, 1988.
- Cass.civ., 17 giugno 1992, *Nuova giur.civ.comm.*, n. 7470, I, 1993.
- Cass.civ., 21 dicembre 1987, *Riv.dir.civ.*, n. 9500, II, 1989.
- Cass.civ., 28 luglio 1997, *Mass. Giur.it.*, n. 7029, 1997.
- Cass.civ., sez. II, 21 febbraio 2006, *Giust. civ. Mass.*, n. 3747, 2006.
- CASTELLO. La mediazione familiare, problemi e prospettive, *Fam. dir.*, 1994.
- CHIARLONI. Brevi note sulla conciliazione stragiudiziale (e contro l'obbligatorietà del tentativo), *Giur. it.*, 2000.
- \_\_\_\_\_. La conciliazione stragiudiziale come mezzo alternativo di risoluzione delle dispute, *Riv. dir. proc.*, 1996.
- \_\_\_\_\_. Stato attuale e prospettive della conciliazione stragiudiziale, *Riv. trim. dir. proc. Civ.*, 2000.
- CHILDS GREBE. *The structured mediation: an integred model for global mediation in separation and divorce*. Trad. it. por obra de P. Vitti. In: ARDONE; MAZZONI. (Org.). *La mediazione familiare. Per una regolazione della conflittualità nella separazione e nel divorzio*. Milano: [s.n.], 1994.



- COLOMBO. La mediazione familiare, AA. VV., *Crisi coniugali: riconciliazione e contenzioso giudiziario*, Città del Vaticano, 2001.
- COSI, G. Interessi, diritti, potere. Gestione dei conflitti e mediazione, AA.VV., *Ermeneutica*.
- CRETNEY, S.M.; MASON, J.M.; BAILEY, R.; HARRIS. *Principles of Family Law*. 7. ed. London: [s.n.], 2003.
- DE MARZO. La legge sulla violenza familiare: uno studio interdisciplinare, *Fam. e dir.*, 2002.
- DE MUNCK. De la loi à la mediation, AA. VV., *France: les révolutions invisibles*, Paris: Magnum Photos-Saint Simon, 1998.
- DENTI. Sistematica e post-sistematica nell'evoluzione delle dottrine del processo, *Riv. crit. dir. priv.*, 1986.
- DOGLIOTTI. La mediazione familiare: un dibattito ancora attuale, *Diritto e famiglia*, 1996.
- ECKOFF. The mediator, the judge and the administrator in conflict resolution, *Acta Sociologica*, 1966.
- EDWARD PATRICIAL. *Gender Issues in Family Law: A Feminist Perspective*, in *Family and Conciliation Courts Review*, v. 35, 1991.
- ELIS; STUCKLESS. *Mediating and Negotiating Marital Conflicts*. London: [s.n.].
- ELLES, Baronessa. Official Report (H.L.), Jan. 11, 1996.
- EMERY. Divorce Mediation in the USA, *Int. Fam. Law J.*, 2005.
- FERRANDO. Autonomia privata e mediazione familiare. In: \_\_\_\_\_. (Org.). *Separazione e divorzio*. Torino: [s.n.], 2003.
- FIGONE, A. La legge sulla violenza in famiglia, *Fam. e dir.*, 2001.
- FISS. Against settlement, *Yale L.J.*, 93, 1984.
- FULLER, LON. *Mediation: Its Forms and Functions*, S. C. L. R., 44, 1971.
- GALANTER. Justice in many rooms. In: CAPPELLETTI, M. AA.VV., *Access to justice*. [S.l.:s.n.], 1981.
- GERARD. *Family mediation practice in England: wich model*.
- GIAIMO, G. La mediazione familiare nei procedimenti di separazione personale e di divorzio. profili comparatistici, *Dir. famiglia*, 4, 2001.
- GIRDNER. Custody mediation in the United States: Empowerment or Social Control?, *Can. Jour. of Woman and Law*, 1989.
- GOLDBERG; SANDER; ROGERS. *Dispute resolution*. Boston, [s.n.], 1992.
- GORCHS. *La médiation dans le procès civil: sens et contresens*, cit.,
- GRILLO. The Mediation Alternative: Process Dangers for Women, *Yale Law Journal*, 100, 1991.
- JORDAN VILLACAMPA, M. LUISA. La mediación familiar: recurso voluntario u obligatorio, *Dir. Ecclesiastico*, 1999.

- KENNEDY. Legal Formality, *Journal of Legal Studies*, 1973.
- LASARTE, C. Il diritto di famiglia spagnolo: linee della riforma, *Famiglia*, 3, 2006.
- LONGO, F. Diritti del minore, mediazione familiare e affidamento condiviso, *Fam. dir.*, 2003.
- M. GLEASER; K. BLAISURE. A review of divorce education program materials, *Family Relations*, 47, 1998.
- MANERA, G. La mediazione familiare, *Dir. fam.*, 2004.
- MANERA. La mediazione familiare. *Dir. fam.*, 2004.
- MARELLA. Gli accordi fra coniugi fra suggestioni comparatistiche e diritto interno. In: FERRANDO. (Org.). AA.VV., *Separazione e divorzio*. Torino: [s.n.], 2003.
- MC EWEN, Craig. Bring in the lawyers: challenging the dominant approaches to ensuring fairness in divorce mediation, *Minn. L.Rev.*, 79, 1995.
- MENKEL MEADOW. Pursuing settlement in an adversary culture: a tale of co-opted or the “Law of ADR”, *Fla.St. U.L.Rev.*, 19, 1991.
- MENKEL-MEADOW. The Many Ways of Mediation: the Transformation of Tradition, Ideologies, Paradigms and Practice. In: \_\_\_\_\_. *Mediation, Theory, Policy and Practice*. Aldershot (England): Ashgate Publishing Limited, 2001.
- MINNELLA, C. L'allontanamento dalla casa familiare ex art. 282-bis c.p.p.: problemi e prospettive, *Dir. famiglia*, 1, 2006.
- MISSIAGGIA, M.L. Mediazione familiare: una corsa a tappe, *Dir. giust.*, n. 42, 2004.
- MISTELIS. ADR in England and Wales, *Am. Rev. Inter.*, 2001.
- MNOOKIN; KORNHAUSER. *Bargaining in the Shadow of the law: The Case of Divorce*, *Yale Law Journal*, 1979.
- MOSCHELLA. La mediazione familiare, *Dir. eccl.*, 2004.
- NOLAN, J. M.; HALE, The Merger of Law and Mediation: Lessons from Equity Jurisprudence and ROSCOE POUND. In: CARDOZO, J. *Of Conflict Resolution*, 6.57, 2004.
- NOREAU. Familles séparées et rupture du droit. Du mélange des genres familiaux à la redéfinition du droit de la famille, *Actes Symposium Médiation en europe: etat des lieux et perspectives*, 2004.
- \_\_\_\_\_. Pluralisme juridique et institutionnalisation des pratiques sociales: le cas de la médiation familiale. In: MELKEVIK. *Transformation de la culture juridique québécoise*. [S.l.]:Ste-Foy Press de l'université Laval, 1998.
- \_\_\_\_\_; AMOR. Médiation familiale: de l'expérience sociale à la pratique judiciaire, *Actes Symposium Médiation en Europe: etat des lieux et perspectives*, 2004.
- PEARSON. A Forum for Every Fuss: the Growth of Court Services and ADR Treatment for Family Law Cases in the United States. In: KARZ; EEKELAAR; MACLEAN. *Cross Currents. Family Law and Policy in the United States and England*. Oxford: Oxford University Press, 2000.
- PERLINGIERI, P. *Diritto comunitario e legalità costituzionale*, Napoli: [s.n.], 1992.

- \_\_\_\_\_. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. Napoli: [s.n.], 1991.
- PETITTI. Il mediatore familiare come ausiliario del giudice, *Fam. dir.*, 2001.
- PICCARDO. *Empowerment*. Milano: Raffaello Cortina, 1995.
- RANZATTO. Misure a tutela delle vittime delle violenze in famiglia, *Dir. pen. e proc.*, 2001.
- RESCIGNO. Diritto di famiglia e mediazione familiare: il punto di vista del giurista. In: ARDONE; MAZZONI. (Org.). *La mediazione familiare. Per una regolazione della conflittualità nella separazione e nel divorzio*. Milano: [s.n.], 1994.
- RESNICK. Many doors? Closing doors? Alternative dispute resolution and adjudication, *Ohio St.J. Disp. Resol.*, 10, 1995.
- RESTA, E. *La certezza e la speranza*. Bari: [s.n.], 1992.
- RIPOL, VID.; MILLET. *Separació i divorci: ma Mediació familiar*. Generalitat de Catalunya: Département de Justicia, 1995.
- ROBERTS. Alternative dispute resolution and civil justice: an unresolved relationship, *Modern Law Rev.*, 1993.
- RODOTA, S. *Tecnologia e diritti*. Bologna: [s.n.], 1996.
- RONFANI. La déjudiciarisation du contentieux familial. In: MEULDERS; KLEIN. *Family and justice: Justice civile et évolution du contentieux familial en droit comparé*. Paris-Bruxelles: [s.n.], 1997.
- ROULAND, N. Antropologia giuridica, *Giuristi stranieri d'oggi*, Milano, 1997.
- SALITO. L'affidamento condiviso, *Il diritto di famiglia. Trattato teorico-pratico*, per obra de Autorino Stanzione. Torino, 2007.
- SCARANO, L. A. L'ordine di allontanamento dalla casa familiare, *Famiglia*, 2003.
- SHAFFER. Divorce mediation: a feminist perspective, *Faculty Law Review*, Toronto, 1988.
- SUBOURNE. Motivations for Mediation: an Examination of the Philosophies Governing Divorce Mediation in the International Context, *Texas International Law Journal*, 2003.
- TARUFFO, M. Aspetti di crisi della giustizia civile: frammentazione e privatizzazione, *Annuario de la Facultad de derecho de la Universidad Autonoma de Madrid*, 3, 1999.
- \_\_\_\_\_. Considerazioni sparse su mediazione e diritti, *Annuario di ermeneutica giuridica*, 2004.
- TESLER. Collaborative Law: What It Is and Why Family Law Attorney Need to Know About It, *Am. J. Family Law*, 1999.
- TRUBECK. Les périodes critiques dans l'histoire récente de la théorie de l'accès à la justice: le sujet de droit à la quête de son autonomie, *Annales de Vauvresson*, 1988.
- ULLOA. Modelli di conciliazione nell'esperienza nordamericana, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000.

VIOLA DEMESTRE. La mediación en los conflictos familiares y su eficacia en el ordenamiento jurídico español. In: COLLANTES GONZÁLES, Jorge Luis (Org.). *Temas Actuales de Derecho civil*. Normas Legales. Perú: [s.n.], 2006.

WEINSTEIN. Some benefits and risks of privatization of justice through ADR, *Ohio St.I. Disp. Res.*, 11, 1996.

ZAGREBELSKY, G. *Il diritto mite*. Torino: [s.n.], 1992.

ZAMBRANO. Mediazione e degiuridicizzazione del contenzioso familiare, *Famiglia e diritto: profili evolutivi di un rapporto complesso*, Atti del Convegno di Salerno 6-7 ottobre per obra de Zambrano, Quaderni del notariato, 2007.

## II PARTE

### COMENTÁRIOS AO PROJETO DE LEI Nº. 4.827/1998, QUE INSTITUI A MEDIAÇÃO



# CAPÍTULO I

## DISPOSIÇÕES GERAIS

Tamires Becker Ferreira<sup>296</sup>  
Adam Hasselmann Teixeira<sup>297</sup>

### **Art. 1º. Esta Lei institui e disciplina a mediação paraprocessual nos conflitos de natureza civil.**

Antes de falar em mediação paraprocessual, cumpre fazer uma breve conceituação do que vem a ser mediação.

Do latim, mediação é *mediare*, que significa estar no meio, mediar, dividir ao meio ou intervir<sup>298</sup>. A mediação é a simples intervenção de um terceiro, que deve ser imparcial, neutro e sem poder de decisão, em um conflito no qual visa auxiliar ou assistir às partes a chegarem a uma solução sem que precisem recorrer à via judicial. O terceiro que intervém denomina-se mediador, que é quem está no meio do conflito<sup>299</sup>, porém, importante ressaltar que o mediador em nada se confunde com um juiz de direito, uma vez que este tem poder de decisão e, na maioria dos casos, não obtém conciliação, impondo sua sentença, o que chamaremos aqui de *heterocomposição*, ao passo que aquele interfere no conflito entre as partes apenas para auxiliar, incentivar ou facilitar<sup>300</sup> que as mesmas encontrem por si uma solução para seu problema, o que é conhecido como *autocomposição*. A mediação **informal**<sup>301</sup> vem ocorrendo desde as sociedades primitivas e ainda hoje é muito utilizada, mesmo que inconscientemente, como nos casos de “interferência de parentes e amigos até a de líderes comunitários e religiosos<sup>302</sup>”.

Já a mediação **formal** que é mais estruturada e definida por lei, é extremamente recente, pois, antes deste Projeto de Lei ela era tida no Brasil como atividade não jurídica, posto que ainda não existia aqui como instituto formal. Dentre as principais características da mediação pode-se citar a “cooperação, a

---

<sup>296</sup> Acadêmica do 8º semestre do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul. Integrante do Grupo de Pesquisas “Políticas Públicas no tratamento dos conflitos”, vinculado ao CNPq, sob a coordenação da Prof.ª Dr.ª. Fabiana Marion Spengler.

<sup>297</sup> Acadêmico do 8º semestre do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul. Integrante do Grupo de Pesquisas “Políticas Públicas no tratamento dos conflitos”, vinculado ao CNPq, sob a coordenação da Prof.ª Dr.ª. Fabiana Marion Spengler.

<sup>298</sup> BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!* 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 147.

<sup>299</sup> Ibidem, p. 149.

<sup>300</sup> CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.119.

<sup>301</sup> Essa divisão da mediação em formal e informal é trazida por CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 120.

<sup>302</sup> CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 120. Para uma breve construção histórica, ver BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!* 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 134-139.

autocomposição, a confidencialidade, a ênfase no futuro e a economia de dinheiro, tempo e energia”<sup>303</sup>.

Passando à análise do artigo, entende-se que o legislador usou o termo mediação paraprocessual para diferenciá-la da simples mediação executada sem fins judiciais, no sentido de que sendo paraprocessual, mantém relação com o Poder Judiciário e a Ordem dos Advogados<sup>304</sup>. O termo paraprocessual passa a ideia de que ela seria paralela ao processo, como se fosse um elemento acessório e, por isso, há divergência quanto ao termo, pois, como será visto no artigo 3º, ela poderá ser prévia, anterior ao processo, ou incidental, concomitante ao processo. Petrônio Calmon<sup>305</sup>, defende que a melhor expressão a ser utilizada é mediação parajudicial, tendo em vista a hipótese da mediação prévia, na qual ainda não há um processo tramitando. Esta mediação paraprocessual ou parajudicial - e este último termo parece se aplicar melhor - mantém as mesmas características essenciais supracitadas, além dos seus princípios. O que denota-se da cultura brasileira é que essa relação com a justiça será muito importante para alavancar o instituto da mediação, pois, as pessoas efetivamente não têm o costume de buscar esse mecanismo de solução de conflitos para solver seus “litígios”, talvez, e muito provavelmente, por não conhecê-lo. Ademais, a procura por cursos de formação e a existência dos mesmos é praticamente inexistente.

Ainda, importante referir que há uma cultura de contenciosidade muito disseminada entre as pessoas, que são instigadas ao litígio, sem procurar autocompor, pois, e isso é fato, inclusive os cursos de Direito têm preparado seus alunos para a contenda e não para os acordos. Essa cultura da contenciosidade tem adquirido espaço cada vez maior entre as pessoas, principalmente após a banalização de institutos como a Assistência Judiciária Gratuita (AJG), meio pelo qual toda pessoa que não tiver condições de pagar as custas do processo sem que isso implique prejuízo ao sustento próprio ou da família, terá acesso gratuito à justiça. A AJG, regulada pela Lei 1.060/50, veio com o intento de assegurar o livre acesso à justiça, previsto na Constituição Federal, em seu artigo 5º, XXXIV<sup>306</sup> e LXXIV<sup>307</sup>. Porém, esse propósito acabou se perdendo e a AJG passou a servir como meio para muitas pessoas buscarem o Judiciário na tentativa de apenas auferir alguma vantagem. O benefício da AJG acabou criando entre as pessoas o senso comum de que “não custa tentar”.

Ao contrário da AJG, que se aplica a todos os processos, o projeto de lei prevê a mediação apenas nos conflitos de natureza civil, como descrito no próprio

---

<sup>303</sup> CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 121.

<sup>304</sup> *Ibidem*, p. 138.

<sup>305</sup> CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 138.

<sup>306</sup> Constituição Federal. Artigo 5º, XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:  
a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;  
b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;

<sup>307</sup> Constituição Federal. Artigo 5º, LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

artigo, e nesse aspecto, ressaltam-se dois pontos: a) porque se aplica somente aos de natureza civil e b) quais são os conflitos de natureza civil<sup>308</sup>?

Em uma primeira redação o Projeto de Lei dispunha, em seu artigo 1º, parágrafo único, hoje disposto no seu artigo 4º, que é “lícita a mediação em toda matéria que admita conciliação, reconciliação, transação ou acordo de outra ordem”. Em vista do exposto, resta a dúvida acerca do motivo que levou o legislador a restringir o projeto de lei apenas à esfera civil.

Lília Maia de Moraes Sales<sup>309</sup>, em seu livro, apresenta ao leitor a CEMAPE, Câmara de Mediação e Arbitragem do Estado de Pernambuco, a qual entende que diversas disputas, dos mais variados ramos do direito podem ser objeto da mediação, tais como Direito de Família (separação, divórcio, adoção, pensão, guarda...), Direito Comercial/Empresarial (para a solução ou prevenção de conflitos entre as empresas ou entre estas e seus clientes, frete, títulos de crédito, entrega de produtos e seguro...), Direito Internacional (na verdade, no âmbito internacional já existe a mediação, que é tida como meio diplomático para a solução de conflitos).

A princípio, pode-se excluir com certeza como objeto desta lei os conflitos em que o Estado faça parte praticando atos de império/soberania (*jus imperii*), como os de ordem administrativa, previdenciária e tributária<sup>310</sup>. Mas e quanto aos conflitos de ordem Comercial, Trabalhista e Penal, porque sua exclusão?

Parece evidente, pela redação do Projeto, que o Legislador pretendeu excluir os temas de natureza trabalhista e penal. Os vinculados às relações comerciais, embora tecnicamente com origem diversa da matéria cível, podem assim ser entendidas. Na mesma forma, impõe-se a compreender como possível a aplicação do projeto ora em comento em demandas/conflitos de natureza consumerista.

É lugar comum que no Direito do Trabalho grande parte dos processos exige produção de provas e posterior análise pelo juiz do trabalho, o que fugiria à competência da mediação e ainda, que há as negociações coletivas como as Convenções Coletivas de Trabalho entre o Sindicato dos Empregados e o Sindicato dos Empregadores, o Acordo Coletivo de Trabalho entre Sindicato de Empregados e o Empregador e, em último caso, o Dissídio Coletivo, que são direitos dos empregados que podem ser negociados. Mas não há previsão no projeto de lei da possibilidade e/ou impossibilidade de negociação direta entre empregado e empregador e aqui caberia a mediação, não fosse o disposto no art. 8º, III da CF, que impede a comunicação direta entre empregado e empregador, atribuindo ao sindicato essa competência<sup>311</sup>. Não fosse esse impedimento, poderia se aplicar a mediação quanto aos direitos que podem ser objeto de negociação, pois, ainda que os direitos dos trabalhadores sejam irrenunciáveis, sendo o mediador capacitado para tanto, isso não importaria em prejuízo ao trabalhador/empregado.

---

<sup>308</sup> Sobre conflitos de natureza civil, ver 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, p. 24.

<sup>309</sup> SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e Mediação de Conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 53.

<sup>310</sup> *Ibidem*, p. 57.

<sup>311</sup> Constituição Federal. Artigo 8º:

III - ao **sindicato** cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou **individuais** da categoria, inclusive em questões jurídicas ou administrativas.



Porém, conforme a exposição de motivos do projeto de lei, o argumento para não se estender a mediação à esfera trabalhista é que nela já existem mecanismos para uma possível conciliação extrajudicial, como no caso das Convenções e Acordos supracitados, além da Lei 9.958/00, a qual criou o conciliador privado para atuar em duas situações: junto às comissões de conciliação prévia, onde o conciliador será eleito pelos trabalhadores nas empresas e haverá no outro polo os conciliadores indicados pela empresa, ou junto às comissões intersindicais de conciliação<sup>312</sup>, caso em que será escolhido pelos sindicatos dos trabalhadores e a outra parte pelos sindicatos patronais<sup>313 314</sup>.

Quanto à esfera Federal, o projeto de lei optou em seguir o caminho trilhado pelos Juizados Especiais, primeiro fez-se uma experiência no âmbito Estadual para somente depois, caso o resultado fosse positivo, criar os Juizados no âmbito Federal.

Quanto à esfera penal, cabe fazer uma breve explicação sobre os tipos de ação. A ação penal é, em regra, pública incondicionada, ou seja, é a ação que cabe aos crimes mais graves que afetam diretamente o interesse social e geral e, neste caso, o titular exclusivo é o Ministério Público, que deve agir de ofício<sup>315</sup>, independentemente da vontade do ofendido de processar ou não o autor do delito. A ação pública também pode ser condicionada e neste caso, o titular da ação permanece sendo o Ministério Público, a diferença é que para ele oferecer a denúncia contra o autor do delito, é preciso a manifestação do ofendido ou seu representante legal através da representação ou através do requerimento do Ministro da Justiça. Tem-se ainda a ação penal privada, que se aplica aos crimes de menor gravidade e que atingem apenas ao ofendido, o qual deverá entrar com queixa-crime caso queira processar o autor do delito. Dito isso, conclui-se obviamente que, na ação penal pública incondicionada, não tem espaço a mediação, tendo em vista que a atuação do Poder Público independe da vontade das partes<sup>316</sup>.

Aqui talvez caberia apenas a mediação incidental para tentar auxiliar no processo e até mesmo evitar possíveis conflitos vindouros em função do sentimento de vingança. Já nos crimes de ação pública condicionada poderia começar a se abrir um espaço para a mediação, pois, como já explicado, a ação está atrelada à vontade da parte (com exceção da requisição do Ministro, se houver) e, assim, a mediação poderia possibilitar a solução do conflito. Porém, não se pode confundir a voluntariedade da mediação, em que as partes podem a qualquer tempo desistir,

---

<sup>312</sup> O termo conciliação será conceituado no artigo 4º da referida Lei.

<sup>313</sup> SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e Mediação de Conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 56.

<sup>314</sup> Não obstante, atualmente se tem visto a realização de reuniões de mediação na esfera trabalhista, dispostas no próprio sítio do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região: <<http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/ReunioesMediacao/NavigationPortletWindow?action=2>>. Além disso, a Portaria nº 3.122/88 do MTE expressa a possibilidade de mediação de conflitos individuais e coletivos, conforme bem analisado pela doutrinadora SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e Mediação de Conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 60.

<sup>315</sup> Agir de ofício é o termo empregado para as autoridades que têm o dever de, em determinadas situações, agir em conformidade com a lei e independentemente da vontade das partes, independente da autorização ou pedido delas.

<sup>316</sup> SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e Mediação de Conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 58.

com esse tipo de ação penal, pois, tendo uma vez ingressado com a mesma, não caberá desistência. Quanto aos crimes de ação privada, não resta dúvidas de que a mediação poderia ser aplicada, pois esta ação depende única e exclusivamente da vontade do ofendido. E mesmo para aqueles que entendem não ser cabível a mediação na esfera penal, é certo que os efeitos provenientes desses delitos poderiam ser objeto da mediação, como as indenizações, resultantes principalmente de ação penal privada<sup>317</sup>.

E o que se entende por conflito de natureza civil? É toda situação prevista no Código Civil e no Código de Processo Civil? Seriam contratos de locação e aluguel, compra e venda, depósito, retomada de imóveis, separação, divórcio, sucessão, ação de deserdação, dano moral, material, lucros cessantes, perdas e danos, indenizações de qualquer natureza?

O Projeto de Lei deixou essa questão em aberto, delimitando apenas os casos não passíveis de mediação, dispostos no artigo 34<sup>318</sup>, que será comentado mais adiante. Pelo artigo 4º do já referido Projeto, a mediação pode ocorrer nos casos em que for possível a conciliação e essa somente ocorre nos casos de direitos disponíveis, conforme artigo 331 do CPC. A partir dessa colocação, surge um novo questionamento: como saber se a mediação limita-se a direito disponível<sup>319</sup> ou se pode atingir também direitos indisponíveis<sup>320</sup>?

A doutrinadora Lilia Maia de Moraes Sales<sup>321</sup> defende que:

(...) versando sobre direitos disponíveis, ou sobre direitos indisponíveis em que a própria legislação abra margem para negociação (indisponibilidade relativa), os conflitos poderão ser objeto de mediação. Jamais poderão ser alvo de mediação os direitos absolutamente indisponíveis, ou seja, aqueles direitos para os quais nem mesmo a legislação oferece margem para transação.

---

<sup>317</sup> Importante referir que atualmente se tem trabalhado com a justiça restaurativa na área Penal.

<sup>318</sup> 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.

<sup>319</sup> Direitos disponíveis são aqueles que a pessoa pode lançar mão, pode dispor.

<sup>320</sup> Direitos indisponíveis são aqueles que a pessoa não pode abrir mão. Os melhores exemplos são o direito à vida, à liberdade e à saúde. Uma pessoa não pode vender um órgão do seu corpo, embora ele lhe pertença.

<sup>321</sup> SALES, Lilia Maia de Moraes. *Justiça e Mediação de Conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 56-57.

O artigo 34 em seu inciso II dispõe que não poderá ser objeto de mediação a controvérsia que versar sobre direitos indisponíveis nos casos em que o autor ou réu for pessoa de direito público, podendo-se inferir daí que somente quando for pessoa de direito público não poderá versar sobre direitos indisponíveis, mas quando for pessoa física, de direito privado, a mediação aceitará controvérsia envolvendo direito indisponível. Tomando-se o exemplo da ação de separação, cujos direitos devem ser considerados indisponíveis enquanto regime de bens, entende-se que às partes caberá a escolha de realizá-la através da mediação (desde que o casal não tenha filhos menores), assim como há a possibilidade da separação extrajudicial.

Mesmo quando o conflito envolver os interesses de menores, como no caso de ações alimentares, a mediação poderá ser executada, não quanto ao direito aos alimentos em si, os quais não podem ser renunciados, mas quanto ao seu valor, forma e a época de pagamento.

O que se percebe é que os conflitos mais adequados a serem objeto da mediação são aqueles que apresentam relações continuadas, relações que necessariamente se mantêm, embora haja um conflito, além dos que envolvem sentimentos. É exatamente nesse tipo de conflito que há uma maior dificuldade para o diálogo entre as partes em função da existência de sentimentos entre elas e é esse um dos maiores objetivos da mediação, possibilitar o diálogo entre as partes para que elas consigam chegar a um acordo, encontrar uma solução.

Percebe-se, assim, que a mediação facilitaria, e muito, a resolução dos conflitos existentes nas questões de família, mas também em matérias relativas ao meio ambiente, escolas, direito do trabalho, vinculadas ao direito penal de pequeno porte que não atingem a coletividade...

Enfim, além de ser mais célere e economicamente mais viável e desafogar o Poder Judiciário, iria possibilitar uma nova cultura aos brasileiros, na qual ambas as partes podem sair vencedoras. Essa nova cultura acabaria com a arcaica e há muito ultrapassada ideia de que todos os conflitos têm que se resolver no Judiciário o qual, na verdade, não chega a resolver o conflito, apenas dita formalmente se a parte tem o direito ou não, e se foi o requerente ou requerido quem venceu, quando, na verdade, o conflito afetivo continua. Esse assunto será trabalhado no artigo seguinte.

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

O conceito de mediação já foi explorado na análise do artigo primeiro e está bem definido no próprio artigo segundo, sendo desnecessárias maiores explanações sobre o que seja mediação. Quanto à pessoa do terceiro imparcial, cabe um aprofundamento.

Sabe-se que a base da mediação é a comunicação, é a tentativa de estabelecer um diálogo entre os conflitantes para que estes possam encontrar soluções para seus problemas. O terceiro imparcial, denominado mediador, como o próprio nome diz, irá mediar o conflito existente entre as partes e, por isso, tem que ser uma pessoa equidistante e imparcial, que apenas irá auxiliá-las a encontrarem

os pontos principais da controvérsia, demonstrar seus interesses e, a partir daí, buscar soluções<sup>322</sup>. O artigo 14, que será analisado em momento oportuno, dispõe a maneira como o mediador deverá proceder no desempenho de suas funções, bem como os princípios que deverá exaltar como imparcialidade, independência, aptidão, diligência e confidencialidade.

Mas além de imparcial, o mediador não pode impor decisão alguma, ele não tem poder sobre as partes, pode única e exclusivamente escutá-las, orientá-las e estimulá-las, conforme delimitado no próprio artigo<sup>323</sup>. Não pode sequer apresentar soluções, apenas auxiliar as partes a encontrarem por si mesmas uma forma de resolver o conflito, conforme previsto também no artigo 24, que, quando trabalhado, irá aprofundar o assunto.

O mediador exerce uma função técnica e não intuitiva, levando-se em consideração que ele deverá ser dotado de formação ou experiência prática, como observado no artigo 9º e, ainda, deverá ser habilitado para atuar, conforme artigo 17<sup>324</sup>. Tendo formação técnica, o mediador estará apto a escutar as partes interrogando-as e levando-as à autocomposição, sem expressar a sua opinião para a solução.

Quando o artigo menciona que o terceiro será aceito ou escolhido pelas partes, evidencia o caráter consensual do instituto e faz-se importante diferenciar o tipo de mediação, se é prévia ou incidental. No caso da mediação prévia (anterior ao processo), são as partes que escolhem e pactuam livremente, ao passo que na incidental (durante o trâmite do processo) a escolha deverá obedecer, além do artigo 36 e seguintes do Projeto de Lei, as normas do Tribunal de Justiça competente (local).

O principal objetivo da mediação é a solução de conflitos e/ou a prevenção destes. Conceituar a palavra conflito não é uma das tarefas mais fáceis, pois a noção de conflito não é unânime. Do latim, *conflito* passa a ideia de choque, contraposição de ideias, ideologias, palavras, entre outros. Conflito, em suma, nada mais é do que a oposição de ideias ou interesses que dão origem à divergência entre pessoas, fatos ou coisas<sup>325</sup>.

A mediação visa ultrapassar a solução destes conflitos e passar a preveni-los. Em regra, tudo o que vem se conseguindo obter das decisões do Poder Judiciário é somente a pacificação jurídica dos conflitos, no qual um é tido como o vencedor do direito e o outro é o vencido. Praticamente inexistente a possibilidade de ambos serem vencedores e é a partir daí que aparecem muitos outros conflitos de ordem pessoal, além do que deu ensejo à ação judicial. É exatamente isso que a mediação objetiva modificar ou, porque não, evitar.

Está evidente que, para esse instituto, o que realmente importa é resolver o conflito real (pessoal, sociológico) e não o aparente (judicial) e é por isso que o mediador tem como função estabelecer a comunicação entre as partes, para que estas possam, de forma amigável, deixar para trás suas diferenças e resolver o

---

<sup>322</sup> CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 124.

<sup>323</sup> SALES, Lilia Maia de Moraes. *Justiça e Mediação de Conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 47-49.

<sup>324</sup> Ambos artigos serão estudados na sequência.

<sup>325</sup> BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!* 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 45.

conflito da melhor forma possível para ambas. A mediação tenta chegar aos sentimentos das partes, seus valores e princípios, visando resolver o conflito pessoal, que é o maior que possa existir e que até então não tem sido objeto de nenhum instituto de tratamento.

Diz-se que a mediação preventiva é transformadora<sup>326</sup>, pois transcende o objetivo do acordo entre as partes e passa a tentar modificar a relação entre elas, transformando um relacionamento que antes era de disputa em colaboração, o que provavelmente irá evitar futuros conflitos.

Conforme se depreende da leitura do artigo e por uma questão de sequência lógica, a mediação deve primar pela prevenção, para, somente no caso de esta restar impossível, tentar-se a solução do conflito de modo consensual.

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

A mediação paraprocessual, conforme já estudada no artigo 1º, é a tentativa de solucionar um conflito de forma consensual entre as partes, o que pode ocorrer fora da esfera do processo individual ou incidente a ele.

A mediação paraprocessual quanto ao momento de sua instauração admite duas formas, prévia ou incidental. A mediação prévia ocorre antes mesmo da propositura da ação junto ao Poder Judiciário. Seu conceito confunde-se com o segundo objetivo da mediação, qual seja a prevenção, que ocorre quando se tenta resolver antes de ter que se chegar ao extremo de levar o conflito ao Judiciário.

A mediação prévia, que será sempre facultativa, pode ser ainda judicial (art. 30) ou extrajudicial (art. 32) e interrompe a prescrição para ajuizar a ação, além de ter como prazo máximo previsto para sua conclusão, 90 dias. Ela poderá ser judicial quando a parte interessada, através de seu representante legal, apresentar o pedido em um formulário padronizado, postulando a realização da mediação prévia junto ao Poder Judiciário. As partes têm a faculdade de escolher o mediador judicial não ficando adstritas a quem foi distribuída a ação, podendo ainda optar por um mediador extrajudicial, caso em que a mediação será prévia extrajudicial.

Já a incidental é a mediação que se dá durante a tramitação de um processo judicial. É paralela ao processo e também pode ser judicial ou extrajudicial, conforme o artigo 36. Esta não será facultativa, deve haver, obrigatoriamente, a tentativa de realizá-la toda vez que a ação for distribuída sem uma tentativa prévia de mediação (ou seja, sempre que as partes não buscarem a mediação prévia), ressalvados as hipóteses elencadas no artigo 34 do Projeto de Lei.

Em se atingindo o objetivo da mediação e resultando esta em acordo, torna-se desnecessária a intervenção de um juiz<sup>327</sup>. É importante ressaltar que a obrigatoriedade da mediação incidental não fere o princípio da consensualidade das partes, afinal essa obrigatoriedade se dá apenas quanto a tentativa de conciliar. Quando for incidental, é obrigatória a oportunidade, a oferta, mas o acordo resultante desta não o é, as partes não ficam obrigadas a acordarem, apenas a abertura de espaço específico para essa tentativa de acordo é que deve ocorrer.

---

<sup>326</sup> Ibidem, p. 54.

<sup>327</sup> Salvo aquelas realizadas em ações já ajuizadas e que merecerão homologação por meio de sentença.

Caso não houvesse tal obrigatoriedade, talvez esse instituto não teria eficácia alguma, pois as partes muitas vezes o desconhecem e, assim sendo, esse meio de solução de conflitos ficaria esquecido, não cumprindo com o objetivo para o qual foi criado. Ademais, a obrigatoriedade também não fere a cláusula pétreia constante do artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, que dispõe que "lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" uma vez que a mediação incidental terá espaço somente após a propositura da ação.

No caso da mediação incidental, o processo ficará relativamente suspenso assim que a petição inicial for apresentada. A relatividade se dá porque a suspensão só ocorre em matérias não urgentes. Caso o juiz se depare com pedidos de medidas de urgência, o processo pode prosseguir para a análise desses pedidos.

A incidental, assim como a prévia, interrompe a prescrição e tem prazo máximo para conclusão de 90 dias e, em não sendo alcançado o acordo, o processo terá continuidade. Esse prazo máximo de 90 dias pode ser muito pequeno, pois, assim como em um processo, ao mediador cabe dar ciência às partes do dia, hora e local em que se realizará a sessão de mediação, o que, sabe-se, leva tempo para ser realizado.

Considerando-se a competência técnica e pessoal dos mediadores, a mediação será judicial ou extrajudicial. Os artigos 11 e 12 definem, respectivamente, os mediadores judiciais e extrajudiciais. Logo, a mediação será judicial quando estiver presente como mediador um advogado com pelo menos três anos de efetivo exercício de atividades jurídicas, capacitado, selecionado e inscrito no Registro de Mediadores, na forma da lei e será extrajudicial quando o mediador for independente, selecionado e inscrito no Registro de Mediadores, na forma da lei. Para ser mediador extrajudicial faz-se necessária a presença de alguns requisitos básicos, basta que a pessoa seja capaz, tenha conduta ilibada e possua formação técnica ou experiência prática, devendo ainda ser independente, além de exercer outra profissão qualquer que não a advocacia.

Quanto à mediação prévia e incidental, bem como a judicial e extrajudicial, não cabe aqui se estender nas conceituações e características, tendo em vista que serão abordadas com maior precisão nos artigos 11, 12 e 29 a 40.

**Art. 4º. É lícita a mediação em toda matéria que admita conciliação, reconciliação, transação ou acordo de outra ordem.**

O artigo dita a competência da mediação em todas as matérias que admitam os institutos de solução de conflitos nele elencados. Por lícita, entende-se que a lei não se opõe a que a mediação ocorra nesses casos, ou seja, ela é cabível, permitida em todas as matérias que admitam conciliação, reconciliação, transação ou acordo de outra ordem.

Faz-se necessária a conceituação e distinção desses institutos para uma melhor compreensão do próprio artigo e a quais conflitos a mediação se destina e pode ser aplicada:

a) conciliação: a conciliação, assim como a mediação e os demais institutos elencados no artigo, destina-se à obtenção da *autocomposição*. Na conciliação,

que trata o conflito de forma mais superficial sem transformá-lo<sup>328</sup>, temos a figura do conciliador, semelhante ao mediador, porém, com este não se confunde. Enquanto na mediação, a tarefa do mediador é tentar estabelecer e incentivar o diálogo entre as partes para que estas consigam encontrar uma solução para seu problema; na conciliação o conciliador, além de tentar incentivar o diálogo entre as partes, tem a permissão, e porque não dizer dever, de dar sugestões de soluções<sup>329</sup>.

O Código de Processo Civil prevê algumas fases processuais em que o juiz deve, primeiramente, tentar obter a conciliação entre as partes, como é o caso da audiência preliminar, prevista no artigo 331, § 1º. Uma diferença a ser apontada entre mediação e conciliação é que na mediação o acordo é resultado de vontade e iniciativa das partes e não pela intervenção/sugestão de um terceiro, como na conciliação.

Na mediação a solução encontrada para o conflito é construída pelas próprias partes, o que provavelmente facilitará a prevenção de novos conflitos e poderá inclusive abrir espaço a uma convivência harmônica entre elas. De acordo com Lília Maia de Moraes Sales<sup>330</sup>:

A diferença fundamental entre a mediação e a conciliação reside no conteúdo de cada instituto. Na conciliação o objetivo é o acordo, ou seja, as partes, mesmo adversárias, devem chegar a um acordo para evitar um processo judicial. Na mediação as partes não devem ser entendidas como adversárias e o acordo é consequência da real comunicação entre as partes. Na conciliação o mediador sugere, interfere, aconselha. Na mediação, o mediador facilita a comunicação, sem induzir as partes ao acordo.

No mesmo sentido, Luís Alberto Warat<sup>331</sup> comenta:

(...) A conciliação não trabalha o conflito, ignora-o, e portanto, não o transforma. O conciliador exerce a função de negociador do litígio, reduzindo a relação conflituosa a uma mercadoria. O termo de conciliação é um termo de cedência de um litigante a outro, encerrando-o. Mas, o conflito no relacionamento, na melhor das hipóteses permanece inalterado.

Ainda, importante ressaltar que a conciliação possui certo vínculo com o Poder Judiciário, ela é uma atividade judicial, que será realizada pelo juiz de direito ou juiz leigo, ao passo que a mediação tem caráter privado<sup>332</sup>. Mesmo na hipótese da mediação paraprocessual, ela manterá esse caráter privado, pois, ainda assim, não possuirá vínculo com o Judiciário, a única questão que a aproximará do Poder

---

<sup>328</sup> SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e Mediação de Conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 39-40.

<sup>329</sup> CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 144.

<sup>330</sup> SALES, Lília Maia de Moraes, *Justiça e Mediação de Conflito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 38.

<sup>331</sup> WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*. v.1. Florianópolis: Habitus, 2001, p. 80.

<sup>332</sup> CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 144.

Público é o mediador, o qual deverá possuir registro no Tribunal, conforme artigos 11, 12 e 17 do Projeto de lei.

b) reconciliação: como pode se depreender do próprio termo, a reconciliação pressupõe uma conciliação que leve ao *status quo ante*. Nesse sentido, conjectura-se que tenha havido uma tentativa de conciliação falha, logo, a reconciliação será uma nova tentativa de fazer com que as partes cheguem a um acordo anteriormente não alcançado. Ou, ainda, na hipótese de as partes terem alcançado um acordo anteriormente, mas se distanciado dos termos acordados, a reconciliação será a tentativa de fazer com que voltem ao acordo já firmado, ao ponto de conciliação<sup>333</sup>.

c) transação: assim como os demais institutos, a transação visa a *autocomposição*, porém, mediante concessões recíprocas<sup>334</sup>. Clóvis Beviláqua conceitua transação como “(...) um acto jurídico pelo qual as partes, fazendo-se concessões recíprocas, extinguem ou previnem litígios. É da essência deste acto a reciprocidade, sem a qual haverá doação. É também de sua essência haver dúvida, litígio ou contestação no direitos respectivos”<sup>335</sup>.

Na visão de Sílvio Rodrigues<sup>336</sup>, transação é

(...) a composição a que recorrem as partes para evitar os riscos da demanda, ou para liquidar pleitos em que se encontram envolvidas; de modo que, receosas de tudo perder, ou das delongas da lide, decidem abrir mão, reciprocamente, de algumas vantagens potenciais, em troca da tranquilidade que não têm.

Diz-se que a transação é uma tentativa consensual entre as partes de resolverem seus problemas, através das mútuas concessões, pois ambas terão que ceder/conceder; enquanto uma parte terá que ceder em relação à sua pretensão, a outra terá que ceder em relação a sua resistência.

Além das concessões recíprocas, a incerteza também é considerada como condição da transação, tendo em vista que, se uma das partes tivesse certeza de que se propusesse uma ação em juízo fosse auferir apenas vantagens, seria ilógico ela transigir/transacionar e provavelmente não o faria. A incerteza pode ocorrer também no âmbito temporal, como quando uma pessoa tem certeza de que sua ação será julgada procedente<sup>337</sup>, mas não sabe quanto tempo a ação levará para ser julgada e, a partir daí, ser satisfeito o interesse que a levou a propor a ação.

d) acordo de outra ordem: o legislador, quando da redação do artigo 4º agora em comento, deixou evidente que a mediação poderá ser objeto dos mais variados

---

<sup>333</sup> 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, p. 39.

<sup>334</sup> Ibidem, p. 39.

<sup>335</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Obrigações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1931, p. 137.

<sup>336</sup> RODRIGUES, Sílvio. Transação. In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*. v. 74. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 277.

<sup>337</sup> Quando uma parte propõe a ação e essa é julgada procedente, significa que ela teve seu direito reconhecido e seu interesse deverá ser satisfeito pela parte contrária, em face de quem ela propôs a ação.



institutos de solução consensual de conflitos<sup>338</sup>, principalmente ao utilizar a expressão “acordo de outra ordem”. Não há como se definir o que seja um acordo de outra ordem, o que se entende é que realmente a mediação poderá ser aplicada quando houver um outro acordo que não se encaixe na conciliação, reconciliação ou transação. Nesse aspecto, o legislador repetiu o uso de um conceito amplo como quando estabeleceu no artigo 1º que será objeto da mediação conflitos de natureza civil. O que se denota ao longo da leitura do projeto de lei é que houve uma tentativa de criar um instituto mais amplo possível, que possa efetivamente ser utilizado e atender ao seu objetivo, que é evitar conflitos ou então solucioná-los de forma consensual, fora do âmbito do Poder Judiciário.

### **Art. 5º. A mediação poderá versar sobre todo o conflito ou parte dele.**

Parece que a ideia do legislador, ao redigir esse artigo, foi a de expandir ao máximo a possibilidade de efetivação da mediação, posto que, se a mediação só pudesse ser realizada tendo como objeto todo o conflito, haveria um entrave para as partes executá-la, no sentido de que, por exemplo, inexistiria a faculdade de discutir uma parte do conflito através da mediação e outra via judicial, caso entendessem necessário.

Dessa forma, permitindo que o processo de mediação verse sobre todo o conflito ou parte dele, o Projeto se torna mais auspicioso, pois abrange uma gama maior de possibilidades de aplicação dessa via consensual, uma vez que as partes poderão “mediar” sobre a parte do conflito que acharem conveniente e, não satisfeitos, ainda terão a opção de discutir a outra parte através do poder judiciário, que prestará a tutela jurisdicional adequada ao caso.

Como expresso no artigo ora comentado, a mediação pode então versar sobre apenas uma parte do conflito, o que não ocorre com a sentença, na qual é defeso ao juiz julgar parcialmente a demanda posta pelos litigantes, ou seja, o julgador não pode dar mais nem menos do que o pedido, sob pena de nulidade do ato decisório, conforme ensina Humberto Theodoro Júnior<sup>339</sup>:

O que a lei processual determina para o juiz é só atuar quando provocado pela parte e limitar sua atuação ao necessário para solucionar o pedido do autor. De tal sorte, o provimento básico a ser lançado na sentença de mérito será a *acolhida* ou a *rejeição* do pedido formulado pelo autor(art.269,I). O *pedido* formulado na inicial torna-se o objeto da prestação jurisdicional sobre o qual a sentença irá operar. É ele, portanto, o mais seguro critério de interpretação da sentença, visto que esta é justamente a *resposta ao pedido do autor*, não podendo o provimento, por imposição legal, ficar aquém dele, nem ir além dele, sob pena de nulidade(arts.128 e 460).

Também nesse sentido, Nagib Slaibi Filho aduz que “a sentença deve ser completa, isto é, ater-se ao que foi pedido, sem omissões e sobre todos os

<sup>338</sup> 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, p. 39.

<sup>339</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 522.

pedidos, se houver cumulação”<sup>340</sup>, e ainda, que “a sentença deve conhecer toda a lide, nos limites das questões que foram propostas pelas partes, inclusive pelo demandado”<sup>341</sup>.

Assim, no cotejo apresentado, resta claro que a sentença representativa do “suposto” fim da lide, por força normativa, advém de um terceiro (Juiz Estatal) vinculado aos pedidos feitos pelas partes e, bem ao revés, o termo de mediação<sup>342</sup> será construído por aquilo que as próprias partes decidiram, seja pondo fim a todo o conflito ou parte dele.

A disposição contida no artigo em tela terá, como principal efeito, além de potencializar a possibilidade de resolução de conflitos sem a intervenção estatal, abrir mais uma porta para a redução de processos judiciais e para a regularização dos serviços judiciários, que hoje passam por uma crise sem precedentes e, ainda, poderá motivar a participação popular na administração dos conflitos e da justiça, trazendo a pacificação dos litígios e das contendas judiciais que hoje se prolongam no tempo.

**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.**

A obrigação imposta ao mediador de proceder à mediação obedecendo ao sigilo delimitado pelas partes em uma cláusula de sigilo, é condição *sine qua nom* para a existência da confiança na pessoa desse profissional. As partes, para procurar uma solução conjunta do conflito, com a assistência de um terceiro imparcial, necessitam da certeza de que este não levará seus problemas e propostas de autocomposição a conhecimento de outras pessoas que não fazem parte daquele conflito.

Nesse sentido, Lília Maia de Moraes Sales<sup>343</sup> salienta

A confiança das partes nasce a partir do momento em que têm certeza de que o mediador não revelará seus anseios e problemas para um terceiro... Cabe ao mediador o máximo respeito pelas partes, pois a confiança é peça-chave para a mediação.

Tem-se que a mediação traz em sua progênie a indispensabilidade da confiança depositada pelas partes no mediador, possuindo um pacto de confidencialidade entre estes, pois só assim o diálogo estabelecido poderá ser franco e sincero, com a seguridade trazida pelo sigilo. Também o presente artigo, torna evidente a liberdade que as partes possuem dentro do processo de mediação, eis que além de delimitar os pontos que serão objeto das tratativas, podem também restringir o sigilo do processo – que é a regra -, independentemente da matéria a ser negociada.

<sup>340</sup> SLAIBI FILHO, Nagib. *Sentença Cível: Fundamentos e Técnicas*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 405.

<sup>341</sup> Ibidem, p. 406.

<sup>342</sup> O termo de mediação será melhor abordado oportunamente.

<sup>343</sup> SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e Mediação de Conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 53.

O dever de conduzir a mediação com total sigilo, caso o revés não resulte de expressa convenção das partes, está previsto no presente projeto, nos arts. 13<sup>344</sup>, 14<sup>345</sup> e 25<sup>346</sup>. O mediador, assim como o juiz no âmbito do Judiciário, ocupa posição importante dentro da resolução do conflito e assim poderia incorrer em concussão ou corrupção.

No entanto, parece que a quebra do sigilo resultaria em sanções no âmbito administrativo, e não penal. Dessa forma, o mediador que faltasse com o dever de mantê-lo, poderia ser afastado da função e ter a sua conduta indesejável averiguada por ordem do juiz estatal no devido processo administrativo. Deve-se ressaltar que a convenção atinente às matérias abrangidas pelo sigilo deve estar expressa em cláusula de sigilo, esta que limitará os pontos que serão objeto da mediação. Assim, infere-se que a existência da mediação tem como necessidade precípua a confiança no processo de mediação e também no mediador, confiança está que resultará do trabalho de qualidade realizado pelo terceiro.

Fabiana Marion Spengler e José Luiz Bolzan de Moraes, enfatizam a relação intrínseca entre o processo de mediação e a confidencialidade:

Confidencialidade: um mediador deve atender às expectativas viáveis das partes no que se relaciona à confidencialidade. Tais expectativas são pendentes e relacionadas ao próprio procedimento da mediação e aos acordos firmados. Ao mediador é vedado revelar qualquer informação que alguma das partes a ele solicite que seja mantida em confidência. Somente revelará informações quando receber autorizações de todas as partes ou quando for requisitado para assim fazer por determinação legal ou por qualquer outra política pública.<sup>347</sup>

Nesse íterim, surge um problema quando da realização da mediação envolvendo pessoa jurídica da administração pública direta ou indireta, já que o art. 37<sup>348</sup> da Constituição da República Federativa do Brasil trata da obrigatoriedade da obediência ao princípio da publicidade quando se tratar das pessoas antes mencionadas. Ou seja, prevalecerá o sigilo pensado pelo Projeto de Lei ou a publicidade exigida pela Carta Constitucional?

A prevalência deve caminhar no sentido de preservação do interesse das partes. Havendo justo motivo para que informações sejam publicizadas, ordem judicial nesse sentido deve ser cumprida.

Num contexto geral, o projeto faz concluir que é de todo voltado aos particulares, às pessoas físicas, pois em momento algum trata de problemática existente quando da mediação envolvendo pessoas jurídicas da administração pública. Entrementes, caso efetivamente seja admitida a participação dessas

---

<sup>344</sup> O art.13 do projeto trata da responsabilização penal do mediador.

<sup>345</sup> O art. 14 será comentado no Capítulo II, que trata especificamente dos mediadores.

<sup>346</sup> O art. 25 trata das possibilidades de exclusão do mediador do Registro de Mediadores.

<sup>347</sup> BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!* 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.166.

<sup>348</sup> O *caput* do art. 37 da Constituição Federal assim dispõe: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência(…)”

peças na mediação, o mais sensato parece ser a prevalência do princípio da publicidade, em detrimento do sigilo, dada a previsão constitucional no art.37.

**Art. 7º. O acordo resultante da mediação se denominará termo de mediação e deverá ser subscrito pelo mediador, judicial ou extrajudicial, pelas partes e advogados, constituindo-se título executivo extrajudicial.**

**Parágrafo único. A mediação prévia, desde que requerida, será reduzida a termo e homologada por sentença, independentemente de processo<sup>349</sup>**

O que se pode entender por Termo de Mediação? Termo de Mediação designa todo o documento que é resultado da manifestação das partes, através da participação de um terceiro imparcial, no qual se autocompõe um conflito ou o previne. Ou seja, um documento no qual as partes expressam de maneira inequívoca o resultado do acordo, da composição feita por elas<sup>350</sup>.

Em um primeiro olhar sobre este artigo, parece essencial a presença de advogado que acompanhe as partes, que juntamente com o mediador, deve firmar o termo de mediação. Mas, e se apenas uma das partes contar com advogado?

Em termos gerais o projeto veda a possibilidade de que qualquer das partes participe da mediação sem seu respectivo advogado, prevendo inclusive, no art. 30, §3º<sup>351</sup>, a nomeação de Defensor Público, quando da mediação prévia judicial e, no art.37, §1º a indispensabilidade do advogado à assistência judiciária, quando da mediação incidental. Dessa forma, também a assinatura do advogado no termo de mediação é de precípua importância, constituindo requisito formal e indispensável do mesmo.

Quanto à constituição do termo de mediação como título executivo extrajudicial, não basta que o Projeto constitua o termo devidamente assinado como tal. Deve-se promover a pertinente alteração no Código de Processo Civil, incluindo o termo de mediação dentre o rol de títulos executivos extrajudiciais elencados no art.585 do novel diploma, o que da mesma forma deve ocorrer no art.475-N, acrescentando o termo de mediação ao rol dos títulos executivos judiciais<sup>352</sup>.

O próprio *caput* do artigo 7º coloca que o acordo entre as partes será expressado através do termo de mediação, firmado pelas partes, advogados e mediador, constituindo título executivo extrajudicial. Assim, é evidente que também a mediação prévia deverá, primeiramente, ser reduzida a termo, para que possa ser homologado o termo e executada a obrigação pela parte que assim pretender. Mas a redação do parágrafo único é confusa e prevê a homologação do termo de mediação prévia, desde que requerida, independentemente de processo.

<sup>349</sup> As conceituações de mediador judicial e extrajudicial, bem como de Mediação Prévia, já foram feitas nos comentários ao art.3º.

<sup>350</sup> No mesmo sentido, ver 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, p. 42.

<sup>351</sup> O Art.30 do Projeto será melhor abordado a seguir.

<sup>352</sup> Sobre o assunto, é importante a leitura de 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, p. 51

Porém, como proceder a homologação, nesse modo de mediação, sem a existência de processo? Parece que tal disposição deve ser aplicada apenas à mediação prévia judicial, posto que nessa existe um processo tramitando e, portanto, a possibilidade de homologação do termo por um juiz de direito, que dará ao mesmo o *status* de título executivo judicial, do revés. Para a mediação prévia extrajudicial, vale a disposição do *caput*, na qual não há homologação.

A previsão da constituição do termo de mediação como título executivo extrajudicial ou título executivo judicial, vem para reforçar a ideia de dar efetividade à mediação como instituto de resolução alternativa e autocompositiva de conflitos. Dessa forma às partes se garante que, caso o convencionado no termo não seja adimplido, ou seja, caso a prestação avençada não for cumprida, a parte credora poderá, através do seu título, ingressar nas vias judiciais postulando a execução da obrigação.

Prescinde, aqui, também tecer alguns comentários sobre a atuação do advogado e da importância deste na mediação.

Os advogados desempenharão na mediação um papel de precípua importância na busca do consenso assistido. Deverão estar preparados para desfazer a famigerada litigiosidade já arraigada na profissão, para dar lugar às orientações no sentido de que se encontre um ponto em comum entre as partes envolvidas na questão, lançando mão da sua proficiência para levar a uma negociação com um fim posto pelas próprias partes, através de acordos mutuamente aceitos que devem pôr fim a animosidade e a contenda.

Na mediação, o advogado poderá exercer, dentre outras funções, duas principais que merecem destaque: a de procurador de uma das partes, prestando a assessoria jurídica adequada e orientando seu cliente durante as tratativas e a do terceiro imparcial que irá assistir as partes visando à autocomposição (mediador). Destarte, para exercer a função de mediador é fundamental que o advogado possua formação adequada, focada na solução pacífica e autocompositiva de conflitos.

**Art. 8º. A pedido de qualquer um dos interessados, o termo de mediação obtido na mediação prévia ou incidental, poderá ser homologado pelo juiz, caso em que terá eficácia de título executivo judicial.**

Primeiramente, cumpre conceituar o que é um termo, que é o objeto central do artigo. Termo, numa acepção jurídica, pode ser qualquer declaração escrita nos autos. No caso da mediação, não há no projeto uma definição à parte sobre o que é o termo e quais os requisitos do mesmo, no entanto, o projeto aponta requisitos que o termo necessariamente deve obedecer na sua constituição.

Segundo Maurício Vasconcelos Galvão Filho e Ana Carolina Weber, o Termo de Mediação deve conter:

- 1) a qualificação das partes (nome, CPF, RG);
- 2) a qualificação de seus advogados (nome, CPF, OAB);
- 3) a qualificação do mediador (nome, CPF, RG, Número de Registro de Mediador. No caso de mediador judicial a inscrição da OAB);
- 4) a qualificação do co-mediador (quando for o caso);
- 5) a apresentação e delimitação do objeto da mediação;
- 6) a síntese dos fatos e fundamentos apresentados e não abrangidos pela cláusula de sigilo;
- 7) a conclusão das partes quanto ao objeto da mediação;
- 8) os direitos, deveres e obrigações pactuados pelas partes de acordo com o objeto da

mediação; 9) a fixação dos honorários do mediador; 10) a fixação dos honorários do co-mediador (se for o caso); 11) requerimento de homologação judicial da mediação prévia na hipótese do parágrafo único do art. 7º, quando desejarem as partes tal homologação; 12) o local; 13) a data; 14) a assinatura das partes; 15) a assinatura dos advogados; 16) a assinatura do mediador; 17) a assinatura do co-mediador.<sup>353</sup>

Não obstante, o artigo em tela traz à baila a figura do interessado, que poderá requerer ao juiz a homologação do termo, e por consequência atribuir a ele a eficácia de título executivo extrajudicial, com o qual poderá ajuizar demanda executiva junto ao Poder Judiciário. Mas, quem seriam os interessados a quem o artigo atribui a faculdade de requerer a homologação?

Para De Plácido e Silva, a palavra interessado designa

toda pessoa que, direta ou indiretamente, tenha legítimo interesse em alguma coisa, da qual possa decorrer um direito, que deva merecer proteção legal. Para demonstração deste interesse, que dá qualidade de interessado, o direito tanto pode ser real como pessoal, tanto pode ser de ordem econômica, como de ordem moral. A posição do interessado, pois, decorre de uma série de circunstâncias, em virtude da qual assista a pessoa o direito de intervir, seja para defender direito próprio, ou mesmo alheio quando, neste último caso, está no dever de defendê-lo. É o caso do órgão do Ministério Público, quando lhe cabe intervir em certas ações, em defesa da sociedade, ou de certas pessoas colocadas sob sua proteção. É o caso dos curadores. São interessados, embora em defesa de direitos alheios.<sup>354</sup>

Sob essa ótica, então, seriam interessados para requerer a homologação do termo, os advogados, as partes, o próprio mediador ou qualquer outro terceiro que possua algum direito oriundo do termo, podendo requerê-lo em nome próprio ou de outrem, conforme o caso. Desse modo, é preciso “alargar”, flexibilizar o conceito de terceiro interessado para que nele caibam essas figuras.

Ainda, dita o artigo que o juiz, a pedido de qualquer um dos interessados, “poderá” homologar o termo de mediação, assim colocando a homologação como uma faculdade. Porém, parece que, em estando presentes os requisitos impostos pelo projeto, o juiz “deverá” proceder a homologação do termo, posto que se constituiria em um dever seu. Outrossim não deverá o juiz fazer qualquer ponderação quanto ao conteúdo da negociação, do próprio termo, salvo se houver violação de norma jurídica de ordem pública, pois obstaria o prosseguimento e o sucesso do processo de mediação.

## REFERÊNCIAS

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Obrigações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1931.

<sup>353</sup> 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, p. 42.

<sup>354</sup> SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

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.

RODRIGUES, Silvio. Transação. In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*. v. 74. São Paulo: Saraiva, 1982.

SALES, Lilia Maia de Moraes. *Justiça e Mediação de Conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Sentença Cível: Fundamentos e Técnicas*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 17. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2004.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*. v.1. Florianópolis: Habitus, 2001.

## Capítulo II

### DOS MEDIADORES

*Ana Paula Kern*<sup>355</sup>  
*Milene Schlösser Rehbein*<sup>356</sup>  
*Michele Matiello Camargo*<sup>357</sup>

**Art. 9º. Pode ser mediador qualquer pessoa capaz, de conduta ilibada e com formação técnica ou experiência prática adequada à natureza do conflito, nos termos desta Lei.**

O artigo ora em análise estabelece alguns requisitos necessários para o indivíduo que pretenda exercer a função de mediador, qual seja, ser capaz (capacidade civil), fazer jus de uma conduta ilibada, formação técnica ou devida experiência adequada ao conflito.

Quanto a capacidade civil, podemos defini-la como a característica que é assegurada ao ser humano após o nascimento com vida, ou seja, é a aptidão que possuímos de exercer e adquirir certos direitos da vida civil<sup>358</sup>.

No entanto, encontramos duas espécies de capacidade, a de gozo (ou de direito) e a de exercício (ou de fato), sendo que a primeira, a capacidade de direito, é assegurada pelo ordenamento jurídico a todos os seres humanos, já a segunda, denominada capacidade de exercício consiste na aptidão da pessoa poder cumprir, exercitar seus direitos e deveres, podendo esta ser retirada quando não subsistir a real consciência e vontade<sup>359</sup>. Estão diretamente vinculados ao livre gozo da capacidade de exercício ou de direito, fatores como a idade da pessoa, bem como o seu estado de saúde, tanto físico como mental, mas podemos destacar o mental como sendo um dos principais, sendo que se o indivíduo não estiver em perfeitas condições mentais, não possuir condições de assumir deveres e nem de dispor de seus direitos, passa a ser considerado incapaz.

Por sua vez, a incapacidade é considerada uma maneira legal de proteger as pessoas portadoras de enfermidades, as quais impossibilitam de livremente discernir sobre os seus atos. No entanto, o Código Civil Brasileiro de 2002

---

<sup>355</sup> Acadêmica do 8º semestre do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul. Integrante do Grupo de Pesquisas “Políticas Públicas no tratamento dos conflitos”, vinculado ao CNPq e bolsista no Projeto de Pesquisa intitulado “A crise da jurisdição e as novas possibilidades de tratamento dos conflitos”, ambos sob a coordenação da Prof.ª Dr.ª Fabiana Marion Spengler.

<sup>356</sup> Acadêmica do 10º semestre do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul. Integrante do Grupo de Pesquisas “Políticas Públicas no tratamento dos conflitos”, coordenado pela Prof.ª Dr.ª Fabiana Marion Spengler.

<sup>357</sup> Acadêmica do 6º semestre do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul.

<sup>358</sup> Código Civil. Art. 2º. A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

<sup>359</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*: parte geral. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 66-67.



assegurou expressamente em seus artigos 3º<sup>360</sup> e 4º<sup>361</sup> as condições em que o indivíduo será declarado incapaz, podendo vir a ser decretada a incapacidade parcial<sup>362</sup> ou a absoluta<sup>363</sup>, dependendo das suas condições para exercer os atos da vida civil. No entanto, deve se levar em conta que a incapacidade é considerada uma restrição legal ao livre exercício da vida civil, devendo sempre ser considerado que “a capacidade é a regra e a incapacidade, a exceção”<sup>364</sup>.

As pessoas que não possuem capacidade de exercício, ou seja, não possuem aptidão para exercer determinados atos da vida civil, não podem atuar como mediadoras.

Assim, se um incapaz atuar como mediador o ato por ele praticado será considerado nulo ou anulável, porquanto não se encontra apto, ou seja, não possui condições para exercer tal função. Logo, necessário ressaltar que o sujeito parcialmente incapaz embora assistido pelo seu representante, não pode desenvolver as funções de mediador, pois devido a idade não possui condições de ter formação técnica ou a prática necessária para solucionar o conflito, conforme exigido nesta lei<sup>365</sup>.

O ato praticado pela pessoa com incapacidade absoluta, sem a devida representação, é considerado nulo, conforme o disposto no artigo 166, inciso I do Código Civil<sup>366</sup>. Já o ato praticado pelo parcialmente incapaz, sem a devida assistência, pode ser anulado, conforme o estabelecido no artigo 171, inciso I do Código Civil<sup>367-368</sup>.

Outro requisito estabelecido pelo dispositivo ora em análise é a necessidade do mediador possuir uma conduta ilibada, o que requer que seja “bem visto”

<sup>360</sup> Código Civil. Art. 2º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I – os menores de dezesseis anos;

II – os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III – os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

<sup>361</sup> Código Civil. Art. 4º. São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

I – os maiores de dezesseis e os menores de dezoito;

II – os ébrios habituais, os viciados em tóxico, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

III – os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

IV – os pródigos. (...)

<sup>362</sup> Incapacidade parcial é aquela em que o indivíduo pode exercer os atos da vida civil, no entanto precisa estar devidamente assistido.

<sup>363</sup> Já a incapacidade absoluta é aquela em que o indivíduo não pode exercer nenhum dos atos da vida civil, ou seja, exercer seus direitos legalmente assegurados, e caso os mesmos sejam exercidos serão considerados nulos.

<sup>364</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 140.

<sup>365</sup> LOPES, Vitor Carvalho. Capítulo II. Dos Mediadores. In: PINHO, Humberto Della Bernardina de. (Org.). *Teoria Geral da Mediação à luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 62.

<sup>366</sup> Código Civil. Art. 166 – É nulo o negócio jurídico quando:

I – celebrado por pessoa absolutamente incapaz; (...)

<sup>367</sup> Código Civil. Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico:

I – por incapacidade relativa do agente; (...)

<sup>368</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 377.

perante os membros da sociedade como um todo – não possuindo antecedentes criminais, por exemplo – e, especialmente na comunidade onde irá desempenhar o ofício. Assim, verificamos que o mediador faz jus de uma conduta ilibada quando ao desenvolver suas funções, atua com competência, honestidade, humildade e de forma imparcial e confiável.

Já quanto ao requisito da “formação técnica ou experiência prática adequada à natureza do conflito,” maiores esclarecimentos foram abordados quando da análise do art. 2º dessa lei.

Não obstante toda a questão já suscitada, quando da interpretação do presente artigo é possível observar uma lacuna, no que tange a admissibilidade de pessoas jurídicas atuarem no procedimento, tendo em vista que o legislador não dispôs expressamente se a pessoa jurídica, devidamente representada por pessoa física, pode ou não exercer as funções destinadas ao mediador.

Importante mencionar que a primeira versão desse projeto de lei dispôs, expressamente em seu art. 2º, § 1º<sup>369</sup>, que pessoa jurídica poderia atuar como mediadora, desde que preenchesse os requisitos da lei (capacidade, formação técnica ou experiência prática adequada à natureza do conflito).

No entanto, necessário definir que pessoa jurídica “é a unicidade de pessoas naturais ou de patrimônios, que visa à consecução de certos fins, reconhecida pela ordem jurídica como sujeito de direitos e obrigações”<sup>370</sup>.

Todavia, após uma breve análise sistemática dos demais dispositivos da norma ora em estudo, podemos descartar a hipótese acima suscitada, tendo em vista que nos art. 11 e 12 encontram-se expressamente dispostas as pessoas que estão aptas para desenvolver as funções de mediador judicial e extrajudicial<sup>371</sup>. Assim, subentende-se que a pessoa jurídica não possui capacidade para exercer as funções de mediadora, uma vez que não é considerada advogada.

Destarte, cabe ressaltar que a hipótese da pessoa jurídica vir a ser indicada como mediadora não estaria de acordo com o teor dessa lei, porquanto não é possível visualizar a essência desta nova ferramenta que se define justamente pelo caráter personalíssimo (partes e mediador)<sup>372</sup>.

## **Art. 10. Os mediadores serão judiciais ou extrajudiciais.**

Pelo sistema adotado no projeto de lei, os mediadores poderão ser judiciais e extrajudiciais, cujas características são respectivamente definidas pelos artigos 11 e 12, que seguem. Contudo, antes de adentrarmos na análise de cada um dos tipos de mediadores cumpre verificarmos suas origens e o porquê da adoção desta

---

<sup>369</sup> Art. 2º do PL nº 4.827-B de 1998. Pode ser mediador qualquer pessoa capaz e que tenha formação técnica ou experiência prática adequada à natureza do conflito.

§ 1º Pode sê-lo também a pessoa jurídica que, nos termos do objeto social, se dedique ao exercício da mediação por intermédio de pessoas físicas que atendam às exigências deste artigo. (...)

<sup>370</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 206.

<sup>371</sup> Maiores esclarecimentos sobre os artigos 11 e 12 serão realizados quando da análise desses dispositivos.

<sup>372</sup> LOPES, Vitor Carvalho. Capítulo II. Dos Mediadores. In: PINHO, Humberto Della Bernardina de. (Org.). *Teoria Geral da Mediação à luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 61.

nomenclatura pelo legislador, o que nos remete ao histórico da tramitação do projeto de lei.

Desde a concepção do projeto de lei, em sua primeira versão, já estavam presentes os termos judicial e extrajudicial na conceituação da mediação. Naquele momento porém, a dinâmica prevista era outra, e referia-se ao fato de a mediação realizar-se dentro ou fora da estrutura do Poder Judiciário<sup>373</sup>. Ao mesmo tempo não eram impostas restrições de que apenas uma determinada classe de profissionais – advogados – pudesse exercer a função de mediador judicial, bastando a capacidade e formação técnica ou experiência prática adequada à natureza do conflito<sup>374</sup>, fosse a mediação judicial ou extrajudicial.

Atualmente, a conceituação de mediador judicial e extrajudicial desconsidera o local de sua realização, levando em conta para sua definição a formação profissional dos mediadores, referindo-se ao fato de serem, estes, advogados ou não. Esse aspecto não era cogitado na primeira versão do projeto de lei, no qual a nomenclatura surgiu. Contudo, manteve-se a nomenclatura judicial e extrajudicial mesmo após o substitutivo apresentado pelo Senado Federal ao projeto que havia sido aprovado na Câmara dos Deputados, agora diferenciando os mediadores advogados daqueles com outras formações, o que leva a discussão sobre sua conveniência.

O intérprete da lei, ao deparar-se com a dicotomia criada pelos termos judicial e extrajudicial, é remetido à falsa impressão de que a mediação realizar-se-á dentro ou fora das estruturas do Judiciário, o que ocorreria pela versão anterior do projeto de lei, quando então, o emprego destes vocábulos seria perfeito. Entretanto, é preferível a adoção da nomenclatura ora empregada do que a mediação exercida pelo advogado ser reconhecida por “mediação legal” e aquela praticada por profissionais de outras áreas como “mediação leiga”, pois isso poderia levar a uma conclusão distorcida pelo subentendimento de que, quando um advogado exerce a mediação, o faz sob a égide da lei, enquanto outro profissional ao fazê-la, por não ser advogado, não seria apto, tal qual este<sup>375</sup>.

Assim, exposto o histórico de evolução do projeto de lei que acabou por definir a nomenclatura utilizada e algumas diferenças determinantes, passar-se-á a análise isolada dos dois tipos de mediação definidos por este artigo<sup>376</sup>.

**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 <sup>377</sup>.**

Os requisitos para que se possa figurar como mediador judicial na sistemática criada pela Lei de Mediação podem ser inferidos já na leitura superficial do presente

---

<sup>373</sup> Ibidem, p. 64.

<sup>374</sup> Nos termos do art. 2º da versão anterior do projeto de lei.

<sup>375</sup> LOPES, Vitor Carvalho. Capítulo II. Dos Mediadores. In: PINHO, Humberto Della Bernardina de. (Org.). *Teoria Geral da Mediação à luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 65-66.

<sup>376</sup> Este assunto será abordado novamente no Capítulo IV, na análise da mediação prévia.

<sup>377</sup> No que se refere à capacitação, seleção e inscrição no Registro de Mediadores, conferir Capítulo III.

artigo, sendo três ao todo: a) ser advogado; b) ter no mínimo três anos de efetivo exercício de atividades jurídicas e; c) estar inscrito no Registro de Mediadores.

Logo que passado à análise do primeiro requisito – que trata do fato de o mediador judicial, necessariamente, ter que ser advogado – surge uma polêmica que desde já suscita debates.

Há quem se posicione favoravelmente à imposição legal por considerar que a mediação, na forma do projeto de lei, deva ser manejada por um profissional do Direito por ser uma proposta que visa refletir benefícios na seara processual. A assertiva é comprovada na Exposição de Motivos do Projeto de Lei<sup>378</sup>, que procurou esclarecer o propósito de a mediação judicial ser conduzida por um advogado. Segundo o texto, a exigência justificar-se-ia visto que a mediação, neste caso, está direcionada para o campo processual civil, tendo o acordo validade de título executivo, fato pelo qual deve satisfazer determinadas formalidades jurídicas indispensáveis, as quais, por sua vez, seriam melhor observadas por um profissional do Direito.

À luz desse critério que compreende a mediação como parte do processo civil, a tendência é se exigir do mediador o título de advogado, o que pode vir a corromper a essência do processo de mediação, tornando-a formalista e burocratizada, enquanto caracteriza-se por ser eminentemente multidisciplinar<sup>379</sup>.

Eis que surgem as divergências em torno da limitação legal ao exercício da função de mediador, o que não é ignorado pelo legislador, uma vez que firma o caráter eminentemente multidisciplinar da mediação tradicional ao abordar a questão no item 12 da Exposição de Motivos. A multidisciplinaridade de formações possibilita ampliar<sup>380</sup> o campo de tratamento dos conflitos, respondendo às complexidades sociais diferentemente do Judiciário, no qual a formação está restrita ao Direito e aos conflitos à lei.

Profissionais capacitados para uma diversidade de abordagens<sup>381</sup> podem, a princípio, comunicarem-se melhor com as partes litigantes para assim trabalharem

---

<sup>378</sup> Exposição de Motivos do Projeto de Lei. 12. A esse propósito, cabe um esclarecimento: na mediação tradicional, os mediadores têm sempre preparação multidisciplinar e são originários de diversos campos profissionais. Mas o que tem que se ter em mente é que o projeto trata da mediação trazida para o processo civil e para este voltada, sendo aconselhável que seja ela conduzida por um profissional do Direito, especialmente treinado, para que as partes possam chegar a um acordo que se revista das indispensáveis formalidades jurídicas, uma vez que a transação constituirá, sempre, título executivo extrajudicial e poderá, a pedido das partes e uma vez homologada pelo juiz, ter eficácia de título executivo judicial. Por outro lado, cumpre notar que o Projeto permite a escolha, pelos interessados, do mediador, advogado ou não, cuidando também da co-mediação.

<sup>379</sup> SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2003, p. 85.

<sup>380</sup> GROENINGA apud SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2003, p. 86. “A mediação vem para alargar fronteiras, seu uso e aplicação não tem como motor principal a insatisfação, mas a coragem aliada à busca do conhecimento de outras disciplinas, de novas possibilidades de compreensão do ser humano, de ação e de prevenção. A mediação considerada em todo seu potencial é, por excelência, campo interdisciplinar, tanto em suas aplicações quanto na construção das teorias que a fundamentam”.

<sup>381</sup> VICENTE, Reginandrea G.; BIASOTO, Lilian G. A. P. O conhecimento psicológico e a mediação familiar. In: MUSZKAT, Malvina E. (Org.). *Mediação de Conflitos: Pacificando e prevenindo a violência*. São Paulo: Summus, 2003, p. 145- 152, referem que a formação na psicologia contribui com as técnicas de abordagem adotadas nos diversos modelos de mediação, porém a

de maneira mais satisfatória com o conflito por não estarem acostumados com as práticas jurisdicionais que enquadram o caso na lei e põem fim ao conflito sem valorizar seu conteúdo.

Essa particularidade foi salientada nas Conclusiones dos Foros de Análisis Dialéticos del IV Congreso Mundial de Mediación<sup>382</sup>, realizado em 2008, em que os congressistas acordaram por unanimidade em solicitar ao Congresso da República da Argentina que em sua atividade de revisão e modificação de Lei 24.573, de 1995, que tornou a função de mediador neste país de exercício exclusivo dos advogados, seja levado em consideração a necessidade de mudança, retirando o caráter privativo conferido a apenas uma classe profissional, em razão da já citada multidisciplinaridade que lhe é característica. Dessa premissa, poder-se-ia dizer que a aprovação da Lei como está, reservando o exercício da mediação judicial a advogados, iria na contramão das tendências.

As divergências de entendimento mencionadas revelam-se claramente quando se analisa como a prática da mediação vem se desenvolvendo no exterior. Há países, como vimos, a Argentina<sup>383</sup>, em que para exercer a função de mediador é preciso ser advogado e ainda passar por uma capacitação que lhe prepare para trabalhar com a mediação de conflitos. Nos Estados Unidos não há uma lei federal que institua a mediação, visto que se trata de matéria de competência legislativa dos estados federados<sup>384</sup>. Este e outros métodos alternativos já vêm se desenvolvendo há anos fora do ambiente judicial, através de mecanismos privados (autorregulamentados), e também através de mecanismos coordenados pelos tribunais<sup>385</sup> sem que seja exigido o título de advogado para atuar como mediador. Entretanto, a formação e atuação destes é encarada positivamente no que diz

---

“mediação não é uma intervenção psicológica, distanciando-se radicalmente em termos de objetivos, procedimentos e resultados”.

<sup>382</sup> Conclusiones dos Foros de Análisis Dialéticos del IV Congreso Mundial de Mediación. La Paz, Bolívia. Disponível em: <<http://www.congresodemediacion.uson.mx/mundial/conclusiones.html>>. Acesso em: 07 abr. 2009. PRONUNCIAMIENTO: “*Los congresistas provenientes de distintas naciones del mundo, acordaron por unanimidad solicitar respetuosamente a los Señores Presidentes de las Honorables Cámaras de Senadores y Diputados, así como a los Excelentísimos Senadores y Senadoras, Diputadas y Diputados del Congreso de la República de Argentina que en el marco de la revisión y modificación que actualmente se lleva a cabo de la Ley 24.573 se considere la necesidad de que el ejercicio de la profesión del mediador, deje de ser privativo de una profesión dada su naturaleza multidisciplinaria*”.

<sup>383</sup> BARBADO, Michele Tonon. Reflexões sobre a institucionalização da mediação no direito positivo brasileiro. In: AZEVEDO, André Gomma de. (Org.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. v. 3. Brasília: Editora Grupos de Pesquisa, 2004, p. 211-113. Para uma abordagem mais completa sobre a mediação na Argentina conferir DUPUIS, Juan Carlos G. *La reforma Judicial em Argentina: Justicia Inmediata. Menor cuantia y sistemas alternativos de resolución de conflictos. A cuatro años de la Mediación*. Disponível em: <<http://www.foresjusticia.org.ar/eventos/mendoza/trabajos/jcarlosdupuis.htm>>.

<sup>384</sup> CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 182. O autor ressalta que nos Estados Unidos há mais de 2.500 normas estaduais sobre mediação, o que levou à elaboração do *Uniform Mediation Act – UMA*, em 2001, visando dar tratamento nacional à matéria no que diz respeito as regras orientadoras do procedimento.

<sup>385</sup> *Ibidem*, p. 179-182.

respeito à credibilidade que podem conferir ao procedimento, estimulando as partes envolvidas<sup>386</sup>.

Paralelamente, na Comunidade Europeia ainda não há uma matriz uníssona, adotando cada país práticas próprias. Há sistemas em que não se impõe restrições quanto à formação dos mediadores na área jurídica, sendo ampliada também as ciências humanas, como ocorre na Espanha<sup>387</sup>, ao contrário da França, em que não se exige que o mediador seja advogado, seja a mediação institucional ou comunitária<sup>388</sup>.

A partir da lição do direito comparado, retomamos a análise da cultura jurídica brasileira em contraponto às características e competências que deve possuir um mediador e os princípios que norteiam o procedimento mediativo, a nosso ver apresenta-se inconciliável a exigência do Projeto de Lei de que o mediador judicial seja advogado. Isto se justifica devido aos diversos fatores desvendados a seguir, ao tratarmos do segundo requisito do projeto de lei aos mediadores judiciais – o exercício de atividades jurídicas pelo período de pelo menos três anos.

Se o intuito do legislador é que o mediador tenha um determinado nível de conhecimento jurídico pelo fato da mediação passar a integrar a jurisdição estatal para assim surtir efeitos jurídicos (título executivo), não há necessidade de que este seja estritamente um advogado, nem que tenha um tempo mínimo de exercício profissional. A noção jurídica necessária ao mediador seria importante no momento em que se reduz a termo o acordo, trazendo-o para o mundo jurídico<sup>389</sup>. Desta forma, poderia ser dado o conhecimento jurídico imprescindível através de uma capacitação, tal qual ocorrerá com os mediadores advogados, àqueles formados em áreas diversas, as quais já apresentam habilidades ou formação nas ciências humanas, como Serviço Social ou Psicologia, por exemplo.

Outrossim, “o ato de mediar conflitos independe da profissão que o mediador exerce, dependendo apenas da qualificação para ser mediador”<sup>390</sup>. Profissionais da área das Ciências Humanas, ou muitas vezes até sem formação, por si só já revelam maior capacidade no trato humano e interpessoal e, por conseguinte, melhor desempenho para tratar<sup>391</sup> os conflitos de maneira adequada –, a exemplo

---

<sup>386</sup> BARBADO, Michele Tonon. Reflexões sobre a institucionalização da mediação no direito positivo brasileiro. In: AZEVEDO, André Gomma de. (Org.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. v. 3. Brasília: Editora Grupos de Pesquisa, 2004, p. 214-115.

<sup>387</sup> Na Espanha poderá ser mediador o advogado, psicólogo, assistente social, pedagogo ou educador social. (SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2003, p. 84.)

<sup>388</sup> Ibidem, p. 84. Para uma investigação mais ampla das experiências autocompositivas estrangeiras é interessante a leitura do Capítulo XV de CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

<sup>389</sup> SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2003, p. 86-87.

<sup>390</sup> Ibidem, p. 86.

<sup>391</sup> BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 9. Neste sentido, os autores empregam a expressão *tratamento* por representar a efetiva satisfação das controvérsias e melhorar a qualidade da relação conflituosa, o que é possível através da mediação. Difere assim dos termos solução e resolução de conflitos, posto que este revela a composição entre as partes, por si só, enquanto aquele se caracteriza pela imposição de uma resposta a demanda por um terceiro alheio ao conflito, como se aquela fórmula pronta, interpretada pelo julgador como a melhor saída fosse capaz de convencer as partes de que se fez justiça.

do que já ocorre em alguns locais, sobretudo na formação de mediadores comunitários<sup>392</sup>. Importante é ter em mente que a qualidade do mediador decorre do indivíduo como ser humano, podendo ser aumentada ou reduzida em certas profissões, mas não determinada por estas<sup>393</sup>.

Poderia então, “o diploma de bacharel em Direito ser considerado como um qualificador do mediador, e não como um requisito essencial”<sup>394</sup>, sob o risco da mediação instituída pela lei assumir uma feição judicial, visto à disparidade de embasamentos que se tem em cada prática, ao que chamaremos de paradigmas.

A realidade da prática forense atual é marcada por uma cultura de litigiosidade, na qual “as disputas são tratadas como verdadeiras guerras entre as partes”<sup>395</sup>. Assim, o caráter da adversariedade já vem determinado desde a formação acadêmica, em que se pode perceber que as faculdades dificilmente se dedicam ao ensino dos métodos consensuais de resolução de conflitos, ficando restritas ao modelo tradicionalmente proposto pela jurisdição, qual seja, o processo judicial.

Destarte, ao serem institucionalizados pela jurisdição estatal, na forma de um processo judicial, os conflitos sociais transformam-se em disputas, assumindo uma feição competitiva, em que cada uma das partes busca “vencer”, o que fatalmente equivale à “derrota” do outro. Tal situação denomina-se paradigma da guerra<sup>396</sup> ou paradigma da adversariedade, e é o grande entrave para se modificar a postura dos litigantes e seus representantes, pois tais comportamentos já estão arraigados na prática jurídica e vão sendo cultivados desde o princípio da formação acadêmica.

Enfim, a conflituosidade crescente decorrente de nossas posturas adversariais, e por estas agravada, nos levou a uma situação denominada *explosão de litigiosidade*, a qual o legislador sempre respondeu na forma de “remédios” sem nunca deter-se a análise das causas. Consequentemente, por estarmos habituados à jurisdição estatal como forma monopolista de oferta de justiça, as tensões sociais revelam-se pelo insopitável número de prestações jurisdicionais exigidas do Estado<sup>397</sup>.

---

<sup>392</sup> SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2003, p. 140-141, refere que no Projeto Balcão de Direitos – que atende diversas favelas do Rio de Janeiro, prestando-lhes assessoria jurídica gratuita e formação em noções de Direito, Cidadania e Mediação de Conflitos, vinculado à ONG Viva Rio – a equipe que realiza os trabalhos “funciona de forma multidisciplinar diante da diversidade de atribuições dos profissionais, e investe na formação de multiplicadores do Direito.” Em função do meio social onde será praticada a mediação, estes profissionais são “formados através da capacitação de lideranças comunitárias em noções de Direito, cidadania e mediação de conflitos, procurando dar ênfase à atuação comunitária e às potencialidades presentes nas favelas”.

<sup>393</sup> SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2003, p. 86.

<sup>394</sup> BARBADO, Michele Tonon. Reflexões sobre a institucionalização da mediação no direito positivo brasileiro. In: AZEVEDO, André Gomma de. (Org.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. v. 3. Brasília: Editora Grupos de Pesquisa, 2004, p. 216.

<sup>395</sup> SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2003, p. 87.

<sup>396</sup> Sobre o tema pode-se aprofundar o estudo em HOBBS, Thomas. *Leviatã ou a matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

<sup>397</sup> BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 70.

O processo de redemocratização do país fez do Poder Judiciário a principal via na busca pela proteção dos direitos legal e constitucionalmente previstos, requerendo uma superestrutura judiciária para que nada deixasse de ser tutelado<sup>398</sup>. Entretanto, hoje as demandas judiciais são tantas que, a exemplo das últimas reformas legislativas em nosso ordenamento processual, tem-se tentado modificar os procedimentos judiciais, reduzindo as possibilidades recursais, desafogando consequentemente os tribunais superiores. Contudo, isto se revela uma simples profilaxia para um sistema doente.

Seja por se ter facilitado o acesso dos jurisdicionados à Justiça, através da isenção de custas e desburocratização de ritos<sup>399</sup>, ou porque a gama de direitos de todas as categorias – coletivos, individuais, homogêneos e difusos – foi alargada ao máximo; o fato é que esta realidade acabou, de certo modo, estimulando a busca pelo Judiciário (pois o Estado é obrigado a prestar jurisdição) mesmo em casos que poderiam vir a ser resolvidos por outros meios muito mais eficientes. Ao mesmo tempo em que a tutela oferecida pelo Estado representa a esperança de efetivação ou restabelecimento dos direitos violados, o ambiente da jurisdição estatal ainda encontra-se muito distante da realidade das partes<sup>400</sup>.

Nesta conjuntura é interessante trazer à baila a análise das diferenças do Poder Judiciário nas democracias de baixa e de alta intensidade feita por Boaventura de Sousa Santos<sup>401</sup>. Refere o doutrinador que nas democracias de baixa intensidade os conflitos são individualizados e despolitizados devido à grande fragmentação social. Além disto, neste contexto social, o juiz, ao julgar, somente considera o episódio isolado, em particular, mesmo que o fato possua um caráter de interesse geral, ou até mesmo alguma origem política. Por sua vez, nas democracias de alta intensidade, havendo conflito entre o capital e a democracia, o que se vê nos julgados é que primam pela coesão, pois prevalece a solidariedade social.

Assim, faz-se “necessária a democratização do Poder Judiciário”<sup>402</sup> para que se possa cumprir o ideal da Constituição, e isto se mostra viável com a prática da mediação, que é determinada pela autonomia dos indivíduos envolvidos no conflito, na medida em que não há qualquer expressão de poder, sendo as partes

---

<sup>398</sup> LUCAS, Douglas Cesar. A crise funcional do Estado e o cenário da jurisdição desafiada. In: BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *O Estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 186.

<sup>399</sup> Cite-se aqui, como exemplos, a Lei nº 1.060/50, que criou a Assistência Judiciária Gratuita, e a Lei nº 9.099/95, que criou os Juizados Especiais, isentos de custas processuais no primeiro grau de jurisdição.

<sup>400</sup> Reforçando a tese, SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2003, p. 149, refere que “maior parte da população brasileira sobrevive contanto com menos que o mínimo necessário para uma vida digna. (...) A esses indivíduos são negados (...) direitos indispensáveis para a efetividade do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. (...) Difícil imaginar que essas mesmas pessoas alcancem o fórum (normalmente tão distante da população e com estruturas faraônicas), para ingressar com uma ação judicial e obter o direito pleiteado. (...) Barreira fática do acesso ao Judiciário, determinada pelas dificuldades de ordem econômico-social, limita, portanto, a participação em processos judiciais apenas àqueles capazes de arcar com os custos processuais”.

<sup>401</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. In: CARTA MAIOR apud SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2003, p. 148.

<sup>402</sup> SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2003, p. 148.



responsáveis pela decisão e seus resultados a partir do acordo firmado na mediação, sendo o acordo um resultado natural dessa construção<sup>403</sup>.

O que se observa no sistema jurisdicional instituído pelo Poder Judiciário é que as partes são sempre polarizadas dentro de um processo judicial, o que as afasta ainda mais por não haver qualquer comunicação direta entre elas e a concepção de que seus interesses e posições são inconciliáveis. Essa postura, determinada pela disputa acerca do objeto da ação na qual o conflito se transformou, leva ao enfraquecimento ou rompimento da relação social preexistente e determina um caráter destrutivo<sup>404</sup> de resolução de disputas.

Naturalmente, a litigiosidade não se revela somente nos conflitos levados ao Poder Judiciário, mas apresenta-se ali como consequência do que vem ocorrendo na sociedade, no âmbito das relações interpessoais. Ao mesmo passo que estamos na era da comunicação, o contato pessoal tem sido reduzido e as pessoas estão mais individualistas, o que, somado à incapacidade para dialogar, leva a uma incidência de conflitos cada vez maior. Seja em países já desenvolvidos e globalizados (marcados por uma cultura do imediatismo) ou, então, países nos quais mais a maioria da população viva em condições subumanas (ocupando os dias para sobreviver), a intolerância, a falta de diálogo e de compreensão constituem reflexos da falta de comunicação<sup>405</sup>.

Contudo, durante o conflito a comunicação entre as partes está tumultuada e ao chegar no Judiciário ela é interrompida, pois os litigantes são substituídos por seus procuradores que, por sua vez, só conhecem o caso pelo que lhes foi descrito, mas que dali em diante passam a atuar no feito em nome dos representados. Aqueles que, em princípio, seriam os maiores interessados na resolução do conflito (e não o Estado buscando a pacificação social), nem chegam a ter qualquer envolvimento maior no processo, ficando ausentes e alheios, enquanto aguardam pela sentença do magistrado que determinará quem perde e quem ganha.

Além da já citada formação jurídica em meio a uma cultura de litigiosidade, que em muitos casos instiga a ver o opositor como inimigo, há outro fator que caracteriza como destrutivo nosso sistema jurisdicional, que é o fato de a sentença implicar na satisfação de apenas um dos interessados – e do Poder Judiciário, que

---

<sup>403</sup> Tratando dos litigantes construir a decisão através de práticas autocompositivas como forma de efetivação da democracia é importante fazer referência ao neologismo “*jurisconstrução*”, criado por José Luis Bolzan de Moraes em BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, para designar um meio democrático de constituição do consenso, diferentemente do atual modelo jurisdicional.

<sup>404</sup> Aqui, considerando os conflitos e sua resolução independente da motivação que os originam, é preciso ressaltar que esta interação tem uma função determinante para a sociedade, podendo ser construtiva ou destrutiva. Aqui, não se trata de destrutivo como algo negativo, pois já parte-se da premissa que o conflito é um fenômeno positivo para a evolução e readequação do grupo social. Sob esta ótica, a distinção entre as duas classificações – construtivos e destrutivos – é trazida em DEUTSCH, Morton. A resolução do conflito: processos construtivos e destrutivos. In: AZEVEDO, André Gomma de. (Org.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. v. 3. Brasília: Editora Grupos de Pesquisa, 2004, p. 41-42. Assim, o conflito deve ser visto como apenas uma das formas de interação entre tantas possíveis numa sociedade, uma interação salutar, principalmente tratando-se de uma democracia.

<sup>405</sup> SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2003, p. 133-134.

pôs um fim ao processo – mas não ser capaz de alterar a percepção daquele derrotado a cerca da questão divergente.

Portanto, “o ponto não é como eliminar ou prevenir o conflito”<sup>406</sup>, mas sim como fazê-lo ser construtivo, de modo que seja produtivo para ambos, através da adoção de uma postura cooperativa e solidária. Se encarados construtivamente<sup>407</sup>, estimulando as partes a compatibilizarem seus interesses aparentemente contrapostos, os efeitos serão satisfatórios para todos, fortalecendo a relação preexistente ao conflito.

É conveniente assinalar que o elo entre os litigantes é paradoxal. A oposição de interesses/posições que gerou o conflito e os distanciou é o mesmo motivo que o aproxima<sup>408</sup>, pois a lide é compartilhada por eles e, muitas vezes, a vontade de solucioná-la também. Assim, “as energias antagônicas são vistas como complementares, e o Direito, como solidariedade”<sup>409</sup> no momento em que as partes, com o auxílio do mediador, conseguem restabelecer a comunicação para encontrarem juntas as saídas para o conflito que as uniu<sup>410</sup>.

Por oportuno, o projeto de lei visa firmar uma nova cultura sem desconsiderar a importância do Poder Judiciário, propondo a implementação de um novo modelo decisional que seja fundamentado no consenso. Em oposição ao paradigma da guerra, que nos orienta a buscar soluções ao invés de tentarmos compreender o outro<sup>411</sup>, surge um novo modelo, baseado numa relação de cooperação pactuada e convencionada, ao qual se denomina cultura da paz, que tem por base o *direito fraterno*<sup>412</sup>.

Esse novo paradigma objetiva o abandono da postura adjudicatória e adversarial para assumir uma postura conciliatória que requer sensibilidade para reintroduzir amor<sup>413</sup> no conflito, a fim de fortalecer as relações interpessoais a partir dos novos modelos de tratamento dos conflitos, visando “a criação de regras de compartilhamento e de convivência mútua que vão além dos litígios judiciais, determinando formas de inclusão de proteção dos direitos fundamentais”<sup>414</sup>.

Da busca mútua pelo consenso através da mediação, entre outras práticas autocompositivas, assume relevo a *alteridade*, que vai muito além da identidade com um procedimento cooperativo e solidário e que, conforme lição de Luis Alberto

---

<sup>406</sup> DEUTSCH, Morton. A resolução do conflito: processos construtivos e destrutivos. In: AZEVEDO, André Gomma de. (Org.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. v. 3. Brasília: Editora Grupos de Pesquisa, 2004, p. 41.

<sup>407</sup> Ibidem, p. 41.

<sup>408</sup> BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 55.

<sup>409</sup> WARAT, Luis Alberto. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador*. v. 3. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 55.

<sup>410</sup> Ibidem, p. 58.

<sup>411</sup> WARAT, Luis Alberto. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador*. v. 3. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 94.

<sup>412</sup> RESTA, Eligio. *O direito fraterno*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.

<sup>413</sup> WARAT, Luis Alberto. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador*. v. 3. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 33.

<sup>414</sup> SPENGLER, Fabiana Marion. O conflito, o monopólio estatal de seu tratamento e as novas possibilidades: a importância dos remédios ou remédios sem importância? In: \_\_\_\_\_; LUCAS, Douglas César. *Direito e conflito: (des)apontamentos sobre um novo cenário social*. Ijuí: UNIJUÍ, 2008.

Warat, trata-se da “possibilidade de transformar o conflito e nos transformarmos no conflito, tudo graças à possibilidade assistida de poder nos olhar a partir do olhar do outro, e colocarmo-nos no lugar do outro para entendê-lo a nós mesmos”<sup>415</sup>.

Sob esse olhar ético, a alteridade exige que se encare o outro livremente, fora de lugares pré-determinados. Assim, a barreira a ser rompida consiste no fato de sempre tentarmos reconhecer o outro situando-o em relação a nós, atribuindo-lhe um conceito a partir daquilo que supomos ser. Essa postura nos impede de sentir o outro, uma vez que lhe afasta e acaba por nos fazer negar em nós tudo aquilo que ele representa. A mediação, principalmente por meio de técnicas como a inversão de papéis ou espelho<sup>416</sup>, permite captar no outro aquilo que não é possível enxergar em nós quando estamos ofuscados por uma situação de conflitividade.

Os sentimentos provocados em nós a partir da imagem do outro são capazes de transformar os pontos de choque que muitas vezes impedem na condução do tratamento da relação conflituosa, representando assim uma forma de reencontro<sup>417</sup> entre as partes e restabelecimento dos vínculos pré-existentes. Nesse sentido, participar de um processo de mediação exige muita sensibilidade das partes para que possam revalorizar o outro no conflito através da alteridade, “sem que exista a preocupação de fazer justiça ou de ajustar o acordo às disposições do direito positivo”<sup>418</sup>. Outrossim, revela-se uma alternativa aos ultrapassados conceitos jurisdicionais extremamente formalistas e no qual os magistrados decidem os conflitos sem sentir as partes, encaixando o conflito num padrão normativo<sup>419</sup>.

A necessidade de adequação das vias de pacificação à realidade da sociedade, cada vez mais complexa e multifacetária, como forma de contribuir para a consolidação e o fortalecimento da democracia<sup>420</sup>, converge com a proposta da mediação, que possibilita romper o paradigma da adversariedade e implementar uma nova cultura que obste a explosão de litigiosidade. Logo, para exercer a função de mediador judicial, cabe ao advogado compreender que o mecanismo da mediação exige dele um comportamento extremamente diferente da função que lhe compete na Jurisdição, abdicando de possíveis vícios adversariais que tenha adquirido na prática forense. Entre os aspectos em que a conduta de um mediador e a de um advogado mais diferem pode-se elencar: a) a imparcialidade do mediador; b) a condução do procedimento através de técnicas que valorizam a cooperação dos envolvidos, proporcionando um ambiente propício à comunicação e ao entendimento das partes litigantes e; c) a responsabilidade e participação direta das partes no tratamento de seus conflitos<sup>421</sup>.

---

<sup>415</sup> WARAT, Luis Alberto. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador*. v. 3. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 62.

<sup>416</sup> Tais técnicas, entre outras, são trabalhadas no Capítulo II da Primeira Parte desta obra.

<sup>417</sup> WARAT, Luis Alberto. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador*. v. 3. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 40.

<sup>418</sup> Ibidem, p. 62.

<sup>419</sup> WARAT, Luis Alberto. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador*. v. 3. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 151.

<sup>420</sup> BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 159.

<sup>421</sup> LOPES, Vitor Carvalho. Capítulo II. Dos Mediadores. In: PINHO, Humberto Della Bernardina de. (Org.). *Teoria Geral da Mediação à luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 70.

A habitualidade do enfrentamento está incorporada na postura dos advogados, agora candidatos a mediadores. Portanto, um advogado formado nesta realidade, mesmo após ser capacitado para a mediação e tratamento dos conflitos pelas vias consensuais, dificilmente conseguirá despir-se totalmente de todos os “artifícios” e “armamentos” usualmente empregados em sua atuação no Poder Judiciário, tendo sempre a tendência ao julgamento inconsciente. Aliás, o que se vê é que muitos advogados desconhecem ou simplesmente ignoram a possibilidade de se compor um conflito que não pelo Poder Judiciário, e se conhecem os métodos, desconhecem quais as técnicas neles empregadas.

O descrédito por parte dos profissionais habituados à prática forense de que a mediação venha a ser institucionalizada é um reflexo da não-efetividade da jurisdição tradicional, mesmo que esta empregue meios coercitivos. Além disso, há certo resguardo, visando manter seu lugar no mercado de trabalho, visto que no processo judicial o advogado é imprescindível, o que não ocorre na medida em que diminui o nível de intervenção na decisão do litígio.

A mudança forçada do atual paradigma da jurisdição, a partir da imposição de uma nova cultura jurídica, fundada na paz e que busque a resposta ao conflito através de mecanismos autônomos e consensuais, é capaz de ter seu objetivo frustrado. Tendo em vista a exigência legal, pode-se acabar provocando a disseminação de cursos de formação de mediadores, o que acabaria distorcendo o foco do instituto, formando conciliadores e negociadores, que diferentemente dos mediadores, sem furtar-se as demais distinções, vislumbram “chegar a um acordo para evitar o processo judicial ou para nele pôr um ponto final, se porventura ele já existe”<sup>422</sup>, nem que para isso sua intervenção force um acordo sobre as posições das partes.

Com base no exposto nos parece que essa exigência acabaria desvirtuando o instituto da mediação, pois enquanto esta prática busca uma proposta transformadora<sup>423</sup> do conflito e não está focada em obter a verdade formal como no processo judicial, o exercício de atividade jurídica, independente do período de tempo, levaria o futuro mediador a familiarizar-se com a cultura de litigiosidade presente na jurisdição estatal e, assim, mais prejudicaria do que beneficiaria na sua formação.

Cabe consignar, ainda, que o Projeto de Lei mostra-se incoerente se comparado com a Lei 9.099/95, especificamente em seu art. 7º<sup>424</sup>, que dispõe que para a atuação como conciliador, profissional com atividade diferente da do mediador, porém com área de atuação extremamente próxima, deve este *preferencialmente* ser bacharel em Direito.

A disparidade de tratamento entre as duas atividades (mediação e conciliação) fica ainda mais saliente se considerarmos que, em alguns casos, o conciliador nem sequer o título de bacharel possui. Impossível não saltar aos olhos a desigualdade legislativa ao disciplinar procedimentos tão próximos, o que nos parece imotivado.

---

<sup>422</sup> BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 115.

<sup>423</sup> WARAT, Luis Alberto. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador*. v. 3. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 60.

<sup>424</sup> L. 9.099/95. Art. 7º. Os conciliadores e Juízes leigos são auxiliares da Justiça, recrutados, os primeiros, *preferentemente*, entre os bacharéis em Direito, e os segundos, entre advogados com mais de cinco anos de experiência. (grifo nosso)

Outrossim, sob uma análise mais crítica, tal discrepância poderia levar a crer que as imposições feitas ao mediador judicial no projeto de lei aqui comentado teriam como pano de fundo operar uma reserva de mercado em favor dos advogados, constituindo mais uma alternativa profissional a estes.

A terceira exigência feita ao mediador judicial, de letra (c), diz respeito à inscrição deste no Registro de Mediadores, após ser selecionado, capacitado e aprovado em curso de formação, de acordo com o Capítulo III desta Lei, o qual será examinado adiante.

**Art. 12. São mediadores extrajudiciais aqueles independentes, selecionados e inscritos no respectivo Registro de Mediadores, na forma desta Lei.**

Deste artigo pode-se extrair um único requisito imposto ao mediador extrajudicial, que, assim como os judiciais, deverão estar inscritos no Registro de Mediadores, deixando uma lacuna quanto a maiores informações que lhe caberia fornecer para a aplicação imediata da lei.

A independência figura aqui mais como característica do que como requisito, uma vez que representa “a capacidade de agir livre de toda e qualquer influência”<sup>425</sup>, sem vinculação ou subordinação do mediador extrajudicial a qualquer instituição na condução do processo, visto que não estão ligados a escritórios e/ou cursos de mediação. Além disso, não se submetem a nenhum órgão ou organização, como é a relação entre os mediadores judiciais (advogados) e a OAB na regulação da atividade.

Há que se ressaltar que, ao contrário do que o projeto de lei dispõe para que se possa atuar como mediador judicial, ao tratar dos mediadores extrajudiciais não há demasiadas restrições nem exigências<sup>426</sup>. O projeto de lei sequer especifica se este mediador deverá possuir diploma universitário, o que nos leva a concluir que não, podendo atuar como mediador extrajudicial inclusive aquelas pessoas que não possuam qualquer formação universitária, desde que se preparem para a função.

Contudo, pode-se dizer que o fato de o projeto de lei ter regulado de forma mais vaga sobre os mediadores extrajudiciais é um aspecto positivo. Isso porque abre espaço para a difusão de uma nova e necessária cultura que se oponha a litigiosidade da sociedade e da jurisdição estatal ao fomentar a autocomposição dos conflitos em locais onde muitas vezes o acesso à justiça é deficitário.

Esse é o caso da mediação comunitária<sup>427</sup>, em que os mediadores, na maioria das vezes, não a exercem profissionalmente, apenas a praticam de forma intuitiva, sem o conhecimento das técnicas mais adequadas a cada caso. Em tais circunstâncias sua atuação determina um importante papel na pacificação e autonomização<sup>428</sup> de grupos desfavorecidos social, cultural e economicamente.

---

<sup>425</sup> SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2003, p. 92.

<sup>426</sup> Exceto, como já citado, seleção, formação e aprovação em curso de preparação.

<sup>427</sup> Para uma leitura mais detalhada acerca da mediação comunitária sugerimos a leitura do Capítulo 4 de SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2003.

<sup>428</sup> WARAT, Luis Alberto. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador*. v. 3. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 59, ressalta que pode-se considerar a mediação como uma “forma de realização da autonomia, na medida em que educa, facilita e ajuda na produção das diferenças

Assim, após a aprovação do projeto de lei, para a obtenção do registro os candidatos a mediadores extrajudiciais passarão previamente por um curso de formação técnica que lhes capacitará para mediar os conflitos buscando que as partes construam sempre a melhor solução, mesmo que esta não seja o acordo.

Por fim, em um balanço geral das disposições vistas nos arts. 11 e 12 do projeto de lei, agora em confrontação, podemos concluir com base em tudo o que foi exposto que é irrelevante a exigência feita ao mediador judicial de que este deva ser advogado com no mínimo três anos de exercício de atividades jurídicas. Nesse sentido, a sistemática adotada pelo projeto não faz qualquer distinção de quais são as hipóteses em que caberá mediação judicial e em quais caberá mediação extrajudicial, bem como, se casos de determinada natureza são prioritários de um ou outro tipo. Dessa forma, tal discussão acabará, na prática, em segundo plano, uma vez que, independentemente da mediação ser estabelecida antes ou depois do ajuizamento da ação judicial, a atuação de ambos os mediadores terá cabimento, “segundo uma ordem de sorteio, para o caso de mediação incidental e segundo a vontade das partes, para a hipótese de mediação prévia”<sup>429</sup>.

Consequentemente, respeitado o requisito essencial da inscrição no Registro de Mediadores, a lei estabelecerá um amplo sistema, no qual se vislumbra quatro tipos de mediação<sup>430</sup>. Nesse caso, os tipos de mediação dizem respeito à qualidade dos mediadores e ao momento de instauração do procedimento mediativo, que são dinamicamente inter-relacionados dentro do sistema estabelecido pelo projeto de lei.

**Art. 13. Na mediação paraprocessual, os mediadores judiciais ou extrajudiciais e os co-mediadores são considerados auxiliares da justiça, e, quando no exercício de suas funções, e em razão delas, são equiparados aos funcionários públicos, para efeitos da lei penal.**

Inicialmente, cabe ressaltar que os termos “mediação paraprocessual” e os “mediadores judiciais e extrajudiciais” já foram esclarecidos, respectivamente no art. 1º e nos arts. 11 e 12 dessa Lei, sendo que a expressão “co-mediadores” será abordada no artigo 15 da norma ora em comento.

O presente artigo foi criado e introduzido na lei de mediação, após a revisão do primeiro projeto de lei, porquanto essa não esclareceu quanto aos termos regulados por este dispositivo.

Ao analisar este artigo, verifica-se que o legislador equiparou os mediadores (judiciais, extrajudiciais) e co-mediadores à auxiliares da justiça.

No entanto, necessário ressaltar que o fato de ser atribuído aos mediadores e co-mediadores a qualidade de auxiliar de justiça não significa que estes encontrem-se submetidos às mesmas funções dos funcionários dispostos nos artigos 140 a

---

(produção do tempo com o outro), que modificam as divergências. (...) O indivíduo autônomo precisa negociar com o outro a produção conjunta da diferença...”.

<sup>429</sup> LOPES, Vitor Carvalho. Capítulo II. Dos Mediadores. In: PINHO, Humberto Della Bernardina de. (Org.). *Teoria Geral da Mediação à luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 72.

<sup>430</sup> De acordo com o projeto, a mediação pode se dividida em prévia extrajudicial e prévia judicial, além de incidental judicial e extrajudicial, como tratar-se-á adiante.

153 do Código de Processo Civil, qual sejam, serventuários, oficial de justiça, perito, depositário, administrador e intérprete.

Assim, auxiliares de justiça, também conhecidos como serventuários da justiça são “pessoas que prestam concurso ao funcionamento da justiça, seja como oficiais ou serventuários de ofício efetivo, seja como participantes do processo, por determinação das autoridades judiciais ou em virtude da própria profissão”<sup>431</sup>. Ou seja, os mediadores e co-mediadores não têm como função cumprir, realizar atos determinados pelos juízes ou dispostos em leis, os quais são considerados necessários para manter a organização do Poder Judiciário, bem como o regular exercício da jurisdição<sup>432</sup>. Até podemos considerar os mediadores e co-mediadores, auxiliares de justiça, tendo em vista que possuem como objetivo fazer com que as partes, por si só consigam solucionar e acabar com seus conflitos, no entanto, auxiliares de um novo método de jurisdição que busca priorizar a vontade das partes.

Assim, com a implantação do presente projeto de lei e com o nascimento da figura do mediador perante o seio da sociedade, podemos dizer que o método de solucionar conflitos deixou de ser exercido unicamente pelo Poder Judiciário, passando também a ser praticado por integrantes de outras áreas, tais como psicólogos, advogados, assistentes sociais, etc. Nessa seara, “se percebe é que o Poder Judiciário somente detém monopólio sobre jurisdição, o que não impede a realização de outras formas de realização de justiça por outros órgãos distintos do Poder Judiciário”<sup>433</sup>.

No entanto, o fato da norma ora em análise estabelecer aos mediadores a qualidade de auxiliares de justiça, não significa que estarão subordinados às determinações dos juízes e, sim, que os mesmos quando no exercício de suas funções respondem criminalmente conforme os funcionários públicos<sup>434</sup>. Isto quer dizer que para os efeitos penais os mediadores são comparados aos funcionários públicos, podendo vir a responder criminalmente por prevaricação, peculato, concussão, bem como por corrupção passiva e ativa, entre outros.

Assim, necessário explicar no que consiste cada crime acima referido e de que forma podem vir a ocorrer:

a) Prevaricação ocorre quando o sujeito (funcionário público ou mediador) deixa de praticar um ato decorrente de sua função, retardar ou fazer algo contra a lei para satisfazer seus próprios interesses<sup>435</sup>.

b) Peculato ocorre quando o sujeito (funcionário público ou mediador) apropria-se, passa a considerar sua coisa móvel ou qualquer outro bem público ou

---

<sup>431</sup> SILVA, De Plácio e. *Vocabulário Jurídico*. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 178.

<sup>432</sup> LOPES, Vitor Carvalho. Capítulo II. Dos Mediadores. In: PINHO, Humberto Della Bernardina de. (Org.). *Teoria Geral da Mediação à luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 74.

<sup>433</sup> Ibidem, p. 75.

<sup>434</sup> Artigo 327 do Código Penal – Considera-se funcionário público para efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública. (...)

<sup>435</sup> Artigo 319 do Código Penal – Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal:

Pena – detenção, de 3 ( três) meses a 1 (um) ano, e multa. (...)

particular, que possui em função de seu cargo, a fim de beneficiar terceiro ou a si mesmo<sup>436</sup>.

c) Concussão ocorre quando o mediador, fora da função, ou antes mesmo de assumi-la, direta ou indiretamente, exigir para si ou para terceiro, vantagem indevida, como por exemplo, redução de algum imposto<sup>437</sup>.

d) Corrupção é outro crime que pode vir a ser praticado pelo mediador, o qual se divide em duas espécies, a passiva e a ativa. A corrupção passiva ocorre quando o indivíduo no exercício de seu cargo ou mesmo antes de assumi-lo, solicitar, receber vantagem ou promessa indevida<sup>438</sup>. Já a corrupção ativa ocorre quando um terceiro oferecer ao sujeito vantagem indevida, com intuito de que o mesmo pratique, omita ou retarde ato de seu ofício<sup>439</sup>.

Assim, podemos dizer que o dispositivo sob enfoque apenas quis assegurar, proteger os conflitantes dos crimes que podem vir a ser cometidos pelos mediadores e co-mediadores no exercício de suas funções e que podem comprometer o regular desenvolvimento da mediação.

Todavia, não restou devidamente esclarecido na redação dada ao dispositivo em questão se o Estado pode ser responsabilizado por um ato praticado pelo mediador ou co-mediador no exercício de sua função, ou seja, quando o mediador não fizer jus de seus princípios<sup>440</sup>.

Mas partindo da interpretação de que a mediação é uma nova forma de solucionar as controvérsias, na qual as partes livremente dispõem sobre os seus interesses, bem como podem escolher o mediador, não pode o Estado ser responsabilizado por um acordo efetuado entre os conflitantes, ou por um dano causado após o término da conciliação.

Assim, restou expressamente disposto no Código de Ética para Mediadores que “a Mediação transcende à solução de controvérsia, dispondo-se a transformar um contexto adversarial em colaborativo. É um processo confidencial e voluntário, onde a responsabilidade das decisões cabe às partes envolvidas”<sup>441</sup>. Destarte,

---

<sup>436</sup> Artigo 312 do Código Penal – Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio:

Pena ou reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

§ 1.º Aplica-se a mesma pena, se o funcionário público, embora não tendo a posse do dinheiro, valor ou bem, o subtrai, ou concorre para que seja subtraído, em proveito próprio ou alheio, valendo-se de facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário.

<sup>437</sup> Artigo 316 do Código Penal – Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa. (...)

<sup>438</sup> Artigo 317 do Código Penal – Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da sua função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. (...)

<sup>439</sup> Artigo 333 do Código Penal - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício: (...)

<sup>440</sup> Os princípios estabelecidos aos mediadores serão devidamente esclarecidos no artigo 14 dessa lei.

<sup>441</sup> Código de Ética para Mediadores. CONIMA – Conselho Nacional das Instituições de Mediação e arbitragem. Disponível em: <[http://www.conima.org.br/etica\\_mediadores.html](http://www.conima.org.br/etica_mediadores.html)>. Acesso em: 14 jun. 2009.



deve-se levar em conta que o mediador e o co-mediador seguem o disposto em lei e não as determinações proferidas pelos magistrados, bem como que são considerados auxiliares de justiça apenas para os efeitos penais, conforme já esclarecido.

Assim, quando o legislador considerou os mediadores e os co-mediadores auxiliares de justiça, pretendeu esclarecer que os mesmos, quando no exercício de suas funções, poderão praticar crimes previstos aos funcionários públicos.

**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.**

De início, cabe referir que a primeira versão do projeto de lei de mediação já dispôs quanto aos presentes princípios, sendo que a única mudança proferida foi quanto ao termo confidencialidade, anteriormente denominado como sigilo, bem como o fato da confidencialidade poder ser banida da mediação quando convenionado entre partes.

O dispositivo sob enfoque estabeleceu algumas características, ou melhor, princípios que o mediador deverá observar e pautar quando do exercício da sua profissão, quais sejam: imparcialidade, independência, aptidão, diligência e confidencialidade<sup>442</sup>. Podemos definir os princípios assegurados por este dispositivo como “princípios éticos específicos aplicados à mediação de conflitos aqueles considerados como fundamentais à atuação de terceiros em situações e procedimentos justos e voluntários”<sup>443</sup>.

Na mediação, o conflito deve ser tratado de modo que não gere competitividade entre as partes, tendo em vista que a mediação é um sistema que não estabelece uma parte vencedora e outra perdedora, mas sim que ambos sejam vitoriosos<sup>444</sup>.

Dessa forma, necessário fazermos uma análise individual de cada princípio acima mencionado:

a) O princípio da imparcialidade consiste em o mediador permanecer imparcial perante as partes, não influenciando em suas decisões, deixando que os mesmos, consigam solucionar seus conflitos e chegar a um acordo<sup>445</sup>.

Ou seja, o mediador tem como função aproximar as partes, restabelecer a comunicação, o contato, conduzindo a uma solução que seja satisfatória para

---

<sup>442</sup> Tais características também são asseguradas pelo Código de Ética para Mediadores, restando expressamente disposto que “o Mediador pautará sua conduta nos seguintes princípios: Imparcialidade, Credibilidade, Competência, Confidencialidade, e Diligência”. (Código de Ética para Mediadores. CONIMA – Conselho Nacional das Instituições de Mediação e arbitragem. Disponível em: <[http://www.conima.org.br/etica\\_mediadores.html](http://www.conima.org.br/etica_mediadores.html)>. Acesso em: 14 jun. 2009.)

<sup>443</sup> VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. São Paulo: Método, 2008, p. 105.

<sup>444</sup> SALES, Lília Maria de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, p. 47.

<sup>445</sup> O Código de Ética para Mediadores define imparcialidade como “condição fundamental ao Mediador; não pode existir qualquer conflito de interesses ou relacionamento capaz de afetar sua imparcialidade; deve procurar compreender a realidade dos mediados, sem que nenhum preconceito ou valores pessoais venham a interferir no seu trabalho. (Código de Ética para Mediadores. CONIMA – Conselho Nacional das Instituições de Mediação e arbitragem. Disponível em: <[http://www.conima.org.br/etica\\_mediadores.html](http://www.conima.org.br/etica_mediadores.html)>. Acesso em: 14 jun. 2009.)

ambas as partes, no entanto, são elas que decidirão sobre os termos do acordo e sobre a solução do problema<sup>446</sup>.

Assim, o mediador somente poderá mediar conflitos em que permanecerá com posicionamento imparcial, ou seja, que não influenciará nas decisões das partes. Sendo sua obrigação, dever, afastar-se do cargo quando sentir que não conseguirá mais conduzir os trabalhos de forma totalmente imparcial<sup>447</sup>.

A imparcialidade é essencial na conduta do mediador, tendo em vista que caso este influencie nas decisões de uma das partes para beneficiar outra, não ocorrerá a mediação, porquanto a igualdade entre as partes é extremamente necessária para a concretização desse novo meio de jurisdição<sup>448</sup>.

b) O princípio da independência estabelece que o mediador não pode possuir laços ou ser próximo (amigo, parente, empregado, empregador) dos mediados ou de uma das partes, pois tende a agir de forma imparcial<sup>449</sup>.

Além disso, entende essencial salientar que a independência dos mediadores não se equipara à independência dos magistrados, portanto ao proferir suas decisões os magistrados podem decidir conforme suas próprias convicções, ou seja, com base em seus valores, costumes, enquanto que os mediadores não podem influenciar os mediados com base nos seus costumes e valores.

Assim, pode se dizer que o princípio da independência está inteiramente ligado com o princípio anteriormente analisado, porquanto se faltar com independência poderá ocorrer à imparcialidade.

c) O princípio da aptidão também denominado como princípio da competência estabelece a necessidade do mediador fazer jus das devidas qualificações para que desenvolva adequadamente a mediação, assegurando a qualidade e a resolução do conflito<sup>450</sup>.

Destarte, para que a mediação atinja seus objetivos e satisfaça as necessidades das partes, o mediador precisa conter as devidas qualificações, treinamentos e técnicas necessárias para o regular desenvolvimento da mediação, sendo que “um mediador somente poderá mediar quando possuir as qualificações necessárias para atender razoavelmente às expectativas das partes”<sup>451</sup>. Além disso, o mediador precisa entender o conflito e ser capaz de mediá-lo, ou seja, ter as seguintes características: “paciência, inteligência, cuidado, humildade, prudência, habilidade, criatividade, imparcialidade”, a fim de assegurar o regular

---

<sup>446</sup> SALES, Lília Maria de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, p. 48.

<sup>447</sup> BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 167-168.

<sup>448</sup> SALES, Lília Maria de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, p. 48.

<sup>449</sup> Segundo o Código de Ética para Mediadores. CONIMA – Conselho Nacional das Instituições de Mediação e arbitragem. Disponível em: <[http://www.conima.org.br/etica\\_mediadores.html](http://www.conima.org.br/etica_mediadores.html)>. Acesso em: 14 jun. 2009, “o Mediador deve construir e manter a credibilidade perante as partes, sendo independente, franco e coerente”.

<sup>450</sup> Já por competência o Código de Ética para Mediadores definiu como “a capacidade para efetivamente mediar a controvérsia existente. Por isso o Mediador somente deverá aceitar a tarefa quando tiver as qualificações necessárias para satisfazer as expectativas razoáveis das partes”. (Código de Ética para Mediadores. CONIMA – Conselho Nacional das Instituições de Mediação e arbitragem. Disponível em: <[http://www.conima.org.br/etica\\_mediadores.html](http://www.conima.org.br/etica_mediadores.html)>. Acesso em: 14 jun. 2009.)

<sup>451</sup> BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 166.

desenvolvimento da mediação, bem como a resolução do conflito<sup>452</sup>. Portanto, o mediador devidamente qualificado deverá conduzir as partes à solução de seus conflitos, mostrando o ponto positivo do problema, fazendo com que os mediados encontrem a solução de forma sensata e amigável.

d) O princípio da diligência estabelece o cuidado e a dedicação em que o mediador deverá conduzir os trabalhos, ou seja, deverá empregar o máximo de cuidado nas técnicas e nos procedimentos da mediação<sup>453</sup>.

Da mesma forma, entende-se que não há diligência se o mediador não atuar com paciência e dedicação, sendo que não cabe ao mesmo determinar o tempo em que a mediação deverá ocorrer, bem como os procedimentos a serem desenvolvidos. Assim, ser diligente significa “deixar fluir a mediação com plena oportunidade para a restauração de relações e viabilização do entendimento”<sup>454</sup>.

A informalidade também pode ser considerada como uma forma de diligência, porquanto a comunicação informal favorece o entendimento entre as partes, descontraindo o ambiente, bem como solucionando os conflitos de forma mais rápida. Além disso, o mediador tem como objetivo a qualidade da mediação, solução dos conflitos, assim deverá desenvolver seus trabalhos de forma justa e diligente, sendo que ambas as partes devem ter oportunidade de se manifestar, bem como compete apenas aos mediados estabelecer o momento de firmar o acordo<sup>455</sup>.

e) O princípio da confidencialidade assegurou aos conflitantes o sigilo de suas informações, ou seja, que o mediador permaneça silente quanto às informações e revelações suscitadas no desenrolar da mediação<sup>456</sup>.

Assim, o princípio da confidencialidade estabelece que as revelações que venham a ocorrer na mediação não podem ser utilizadas em outras áreas sem a expressa convenção dos conflitantes<sup>457</sup>. Entretanto, a confiança essencial para o desenvolvimento da mediação surge quando as partes observarem que o mediador permanecerá silente quanto às questões suscitadas na mediação. A confidencialidade das informações obtidas não compete apenas ao mediador, mas

---

<sup>452</sup> SALES, Lília Maria de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, p. 49.

<sup>453</sup> O Código de Ética para Mediadores define o princípio da diligência como “o cuidado e a prudência para a observância da regularidade, assegurando a qualidade do processo e cuidando ativamente de todos os seus princípios fundamentais”. (Código de Ética para Mediadores. CONIMA – Conselho Nacional das Instituições de Mediação e arbitragem. Disponível em: <[http://www.conima.org.br/etica\\_mediadores.html](http://www.conima.org.br/etica_mediadores.html)>. Acesso em: 14 jun. 2009.)

<sup>454</sup> VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. São Paulo: Método, 2008, p. 106.

<sup>455</sup> BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 166-167.

<sup>456</sup> O Código de Ética para Mediadores define o princípio da confidencialidade como “os fatos, situações e propostas, ocorridos durante a Mediação, são sigilosos e privilegiados. Aqueles que participarem do processo devem obrigatoriamente manter sigilo sobre todo conteúdo a ele referente, não podendo ser testemunha do caso, respeitando o princípio da autonomia das partes, nos termos por ela convencionados, desde que não contrarie a ordem pública”. (Código de Ética para Mediadores. CONIMA – Conselho Nacional das Instituições de Mediação e arbitragem. Disponível em: <[http://www.conima.org.br/etica\\_mediadores.html](http://www.conima.org.br/etica_mediadores.html)>. Acesso em: 14 jun. 2009.)

<sup>457</sup> VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. São Paulo: Método, 2008, p. 106.

também às partes, bem como terceiros que presenciarem a realização dos trabalhos.

No entanto, o mediador poderá fazer uso das questões suscitadas na mediação quando as partes autorizarem ou quando houver “determinação legal ou por qualquer outra política pública”<sup>458</sup>. Embora a norma estabeleça o princípio da confidencialidade como regra, existem casos, tais como a ameaça, maus tratos, podendo ocorrer a prevenção de qualquer ato ilícito ou quando determinado por ordem legal (Justiça), o mediador deverá quebrar o sigilo profissional e comunicar aos órgãos competentes as informações obtidas durante a mediação.

Mais uma vez verificamos que a mediação não se encontra submetida aos procedimentos processuais da justiça comum, tendo em vista que nessa permanece o princípio da publicidade, enquanto na nova jurisdição a regra é o sigilo, apenas podendo ser afastado por expressa convenção das partes.

Tais princípios foram assegurados à mediação com o intuito de unicamente proteger os mediados, ou seja, as partes que buscam a solução de seus conflitos por meio dessa nova ferramenta. Assim, ao optar pela mediação, as partes terão toda a liberdade para resolver seus problemas, não podendo ser vítimas de qualquer tipo de coerção.

**Art. 15. Caberá, em conjunto, à Ordem dos Advogados do Brasil, aos Tribunais de Justiça dos Estados e às pessoas jurídicas especializadas em mediação, nos termos de seu estatuto social, desde que, no último caso, devidamente autorizadas pelo Tribunal de Justiça do Estado em que estejam localizadas, a formação e seleção de mediadores, para o que serão implantados cursos apropriados, fixando-se os critérios de aprovação, com a publicação do regulamento respectivo.**

A mediação é essencialmente uma forma opcional de resolução de conflitos<sup>459</sup>. A sua obrigatoriedade de aplicação vem sendo discutida no projeto de lei.

Quanto ao artigo 15 do referido projeto de lei, primeiramente cumpre salientarmos que os magistrados, os defensores públicos e os advogados<sup>460</sup>, têm

---

<sup>458</sup> BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 166.

<sup>459</sup> CHIARINI JÚNIOR, Enéas Castilho. *A mediação no Direito de Família*. Disponível em: <<http://br.monografias.com/trabalhos-pdf903/a-mediacao-direito/a-mediacao-direito.shtml>>. Acesso em: 02 ago. 2009. “É público e notório que o Sistema Judicial (entendendo-se a palavra “sistema” como empregada na sua acepção física, significando os Fóruns, Tribunais, e demais “membros” componentes deste sistema) está sobrecarregado de trabalho e que suas decisões, por isso, (e outros motivos, tais como a necessidade da ampla defesa processual, aliada as atuais normas processuais, que propiciam a possibilidade à parte interessada de protelar a decisão judicial por até mesmo anos e anos) levam muito tempo para serem proferidas. Diante deste quadro concreto, urge que aqueles que trabalham com o direito busquem uma forma alternativa mais veloz, e que ainda assim mantenha a credibilidade, e, sobretudo, a imparcialidade de que goza o Poder Judiciário.”

<sup>460</sup> CACHAPUZ, Rozane da Rosa. *Mediação nos conflitos e Direito de Família*. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2009, p. 63. “Não há como negar, no entanto, que advogados mediadores encontram dificuldades para lidar com as questões emocionais dos clientes, especialmente devido à sua vocação polêmica.”

intrínseco o paradigma da guerra<sup>461</sup>, sempre elegendo um ganhador e um perdedor, contrapondo os objetivos da mediação, que enfatiza a cultura da paz, na qual cada mediado tem uma parcela de ganho e uma de perda.

Os magistrados tendem a ter uma postura sisuda, diferente do que a mediação exige. Os participantes têm que se sentir a vontade, necessitam confiar no mediador. Outrossim, os juízes estão acostumados com números, resolvendo centenas de casos diariamente, porém, “nem sempre os melhores mediadores são aqueles que possuem índices significativamente maiores de acordos obtidos, mas sim aqueles que possuem participantes de mediação significativamente mais felizes”<sup>462</sup>.

O principal objetivo da mediação é guiar as partes para que elas encontrem uma solução para o conflito, entretanto algumas situações seguem caminhos opostos ao proposto pelo instituto em discussão, impossibilitando um acordo. Por isto que na mediação os números não têm tanta importância, o que tem valor é a satisfação dos mediados em acordarem uns com os outros, mas como dito a solução nem sempre é possível por meio da mediação, necessitando a intervenção do Poder Judiciário.

Para uma maior satisfatividade na mediação, é importante que se tenham bons mediadores, formados em bons cursos preparatórios. Em relação aos cursos para a formação de mediadores, é necessário que se leccione mais do que simplesmente técnicas de mediação. O mais importante é que se passe o paradigma da paz<sup>463</sup>, excluindo a cultura da guerra das mentes dos aplicadores da mediação.

Um dos mais imprescindíveis pontos que devem ser observados nos cursos preparatórios de mediação é a lida com a comunicação, sua ferramenta principal de trabalho. A comunicação tem um grande poder de influência que necessita ser explorado. “Sendo a comunicação um conjunto de operações simbólicas que permitem às pessoas se influenciarem reciprocamente num determinado contexto, é fundamental estar atento à possibilidade comunicacional da mediação.”<sup>464</sup> Outrossim, é importante que se rompa a barreira entre a linguagem do Direito e a linguagem das pessoas comuns que farão uso da mediação. “O mediador precisa estar atento ao tipo de comunicação utilizado nas diferentes culturas, procurando

---

<sup>461</sup> Ibidem, p. 131. “Somos oriundos de uma cultura que privilegiou o paradigma ganhar-perder. O ser humano se vê encurralado entre as impossibilidades legais na resolução de seus conflitos, e sua atitude natural é autodefesa, geralmente agressiva. Vê seu problema como uma batalha em que deve ser o vencedor e se perde nas derrotas, empobrecendo, assim, o espectro de soluções possíveis, o que leva ao ônus de geração de custos econômicos, afetivos e relacionais.”

<sup>462</sup> BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 160.

<sup>463</sup> LOPES, Vitor Carvalho. Capítulo II. Dos Mediadores. In: PINHO, Humberto Della Bernardina de. (Org.). *Teoria Geral da Mediação à luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 91. “(...) a necessidade de se deixar bem claro que o trabalho do mediador por almejar que as partes se aproximem, estabelecendo, com isso, um ambiente de cooperação mútuo que propicie a extinção do conflito existente entre elas, abrange uma série de conceitos, técnicas e metodologias oriundas das mais diversas áreas do saber.”

<sup>464</sup> BREITMAN, Stella; PORTO, Alice Costa. *Mediação familiar: uma intervenção em busca da paz*. Porto Alegre: Criação Humana, 2001, p. 113

adaptar-se, ou discutindo com os mediados como deverá processar a comunicação na mediação<sup>465</sup>.”

Também cabe afirmarmos que interação de disciplinas é de fundamental importância para a capacitação dos mediadores<sup>466</sup>. “A interdisciplinariedade é um fator de fundamental importância para o êxito da mediação e um objetivo a ser perseguido em qualquer curso sério para a formação de mediadores<sup>467</sup>.”

Enfim, os mediadores precisam ser preparados para modelarem ideias, para instigarem a comunicabilidade entre as partes, para guiarem para um possível acordo, que nem sempre acontece<sup>468</sup>.

Como a mediação é muito recente, pouco utilizada e desconhecida no Brasil, é muito provável que aconteçam distorções nos cursos preparatórios. Para se evitar tais problemas é necessário que ocorram aulas ministradas por profissionais especializados neste instituto.

Referente às distorções que podem vir a acontecer nos cursos oferecidos, importante transcrevermos discussões de Lopes, que giza:

Ocorre que por ser uma função recentemente regulamentada e ainda de pouco desenvolvimento no Brasil, o perigo de virem a acontecer distorções são maiores se comparadas às profissões tradicionais, o que certamente afetará a qualidade e a efetividade dos cursos oferecidos.<sup>469</sup>

Secundariamente, vamos analisar o artigo 16 do projeto de lei, que trata da co-mediação obrigatória e facultativa.

**Art. 16. É lícita a co-mediação quando, pela natureza ou pela complexidade do conflito, for recomendável a atuação conjunta do mediador com outro profissional especializado na área do conhecimento subjacente ao litígio.**

**§ 1º. A co-mediação será obrigatória nas controvérsias submetidas à mediação que versem sobre o estado da pessoa e Direito de Família, devendo dela necessariamente participar psiquiatra, psicólogo ou assistente social.**

**§ 2º. A co-mediação, quando não for obrigatória, poderá ser requerida por qualquer dos interessados ou pelo mediador.**

---

<sup>465</sup> BREITMAN, Stella; PORTO, Alice Costa. *Mediação familiar: uma intervenção em busca da paz*. Porto Alegre: Criação Humana, 2001.

<sup>466</sup> VASCONCELOS, Carlos Eduardo. *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas*. São Paulo: Método, 2008, p. 41. “A prática da mediação de conflitos pressupõe capacitação para lidar com as dinâmicas do conflito e da comunicação. A capacitação em mediação de conflitos inclui, necessariamente conhecimentos metodológicos de caráter interdisciplinar.”

<sup>467</sup> LOPES, Vitor Carvalho. Capítulo II. Dos Mediadores. In: PINHO, Humberto Della Bernardina de. (Org.). *Teoria Geral da Mediação à luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 90.

<sup>468</sup> CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 121. “O mediador não é um mero assistente passivo, mas sim um modelador de ideias, que mostrará o sentido da realidade necessário pra atingir acordos convenientes.”

<sup>469</sup> LOPES, Vitor Carvalho. Capítulo II. Dos Mediadores. In: PINHO, Humberto Della Bernardina de. (Org.). *Teoria Geral da Mediação à luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.91

O citado artigo trata da co-mediação<sup>470</sup>, que é a possibilidade de se ter mais de um mediador, com profissões diferentes, inclusive possibilita que um profissional tenha formação em diversas especialidades, participando da mediação.

A co-mediação pode ser obrigatória ou facultativa. A co-mediação facultativa possibilita que os mediados manifestem sua vontade de escolha, optando por ela. Já a co-mediação obrigatória<sup>471</sup> é a imposta por lei, independentemente do desejo das partes.

A co-mediação, em tese, foi criada para permitir múltiplas visões de casos mais complexos, que necessitam ser analisados por profissionais de especialidades distintas. Em outros países, como a Argentina, se dá uma solução parecida com a mediação para casos de maior prudência. Porém no referido país, o instituto surge com o nome de equipe de mediadores, que consistem em:

Essa equipe de mediadores será formada por no mínimo três mediadores, cujas áreas de formação profissional sejam necessariamente distintas, sendo certo ainda que todos eles têm que estar em condições de exercer individualmente a função de mediador, nos termos dessa lei.<sup>472</sup>

A principal diferença com a co-mediação no Brasil, é que a equipe de mediadores não pode cobrar dos mediados os seus serviços, apenas colaboram para a mediação daquela região. “A se efetivar este instituto sob essas condições, cremos que ele é mecanismo muito superior ao adotado pela legislação brasileira, a saber, a co-mediação<sup>473</sup>.”

Quanto à mediação obrigatória, esta, no Brasil, abrange o Direito de Família, tratando de questões extremamente delicadas<sup>474</sup>, as quais exigem uma grande sensibilidade por parte do mediador. “Mediação de família é, em especial, um processo que enfatiza a responsabilidade dos cônjuges de tomarem decisões que vão definir suas próprias vidas, isolando pontos de acordo e desacordo e desenvolvendo opções que levam a uma nova tomada de decisões<sup>475</sup>.”

<sup>470</sup> Ibidem, p. 94. “Entende-se por co-mediação o fato de o processo de mediação vir ser conduzido ao menos por dois mediadores, cujas formações profissionais sejam distintas.”

<sup>471</sup> LOPES, Vitor Carvalho. Capítulo II. Dos Mediadores. In: PINHO, Humberto Della Bernardina de. (Org.). *Teoria Geral da Mediação à luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 95. “Por sua vez, a co-mediação obrigatória é aquela em que a oportunidade de sua instauração, bem como as condições em que ela se verifica não decorre da vontade das partes, mas sim de expressa determinação de lei.”

<sup>472</sup> Ibidem, p. 101.

<sup>473</sup> LOPES, Vitor Carvalho. Capítulo II. Dos Mediadores. In: PINHO, Humberto Della Bernardina de. (Org.). *Teoria Geral da Mediação à luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 101.

<sup>474</sup> CHIARINI JÚNIOR, Enéas Castilho. A mediação no Direito de Família. In: *Revista Jus Vigilantibus*, 27 jun. 2003. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/409>>. Acesso em: 02 ago. 2009. “A mediação no processo de divórcio apresenta uma papel extremamente importante, pois tenta realizar um acordo que, muito provavelmente, somente ela seria capaz de conseguir. Um acordo que consiga sensibilizar ambas as partes de que a “guerra” não leva a lugar nenhum, e que somente um acordo pode possibilitar uma vida posterior mais tranquila, principalmente se deste casamento que se acaba vieram a existir os filhos, que são os maiores prejudicados pelas brigas intermináveis a que está sujeito um processo de divórcio.”

<sup>475</sup> CACHAPUZ, Rozane da Rosa. *Mediação nos conflitos e Direito de Família*. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2009, p. 133.

Família<sup>476</sup>, literalmente falando, significa conjunto de pessoas de mesmo sangue, descendência, linhagem... “Pode-se perceber que seu conteúdo é formado pela ideia de fixação da coletividade, onde se pode abstrair o modelo de casa, ninho, “*asilo inviolável da família*”, organismo de proteção e segurança para o crescimento do ser humano.” Portanto, ao se falar em direito de família, se está penetrando nas mais profundas raízes do indivíduo, necessitando de grande competência dos mediadores.

A própria lei exige que, necessariamente, devem participar da mediação no Direito de Família, psiquiatra, psicólogo ou assistente social, exaltando a transdisciplinariedade. O trabalho conjunto entre Direito, Psicologia, Psiquiatria, entre outras áreas, contribui e muito para o sucesso da mediação, já que as especialidades têm diferentes focos, sendo a sua complementação de importante valia<sup>477</sup>.

O papel do mediador vai além da realização da mediação, pois ele deve prevenir e não apenas remediar<sup>478</sup>, alertando ao poder público dos problemas da família de hoje.

Um mediador familiar assim formado e apto a “prevenir mais do que a remediar” poderá melhor, quando necessário, levar sua presença e sua catálise às dificuldades que surgirem com um casal ou nas relações entre pais e filhos. Mas o inverso não é verdadeiro: o mediador dito familiar, que responde somente com urgência aos problemas de separação ou de divórcio, se habituará a fazer a mediação como um técnico que cuida de um acidentado; ele será, segundo as suas inclinações, um técnico-psicólogo ou um técnico-jurista e terá a tendência de remediar o mais urgente de maneira externa<sup>479</sup>.

---

<sup>476</sup> Ibidem, p. 94.

<sup>477</sup> MUSZKAT, M. E. ET al. *Mediação familiar transdisciplinar: uma metodologia de trabalho em situações de conflito de gênero*. São Paulo: Summus, 2008, p. 48-49. “A mediação familiar transdisciplinar, como o próprio nome diz, compreende como primeiro requisito a formação de uma equipe *multidisciplinar*, com várias competências que se complementam, oferecendo à clientela uma assistência integral. Psicólogos e assistentes sociais têm, de modo geral, uma formação profissional que favorece o exercício da mediação em sua rotina de trabalho, já que a ética profissional adotada tem elementos típicos desse método, ainda que não a nomeiem conscientemente. No entanto, a análise e a própria configuração do conflito dependem da integração transversal de visões de diferentes disciplinas, estando, assim, fora do alcance ou da percepção de uma só especialidade profissional. A mediação familiar transdisciplinar requer, portanto, a integração entre Direito, Psicologia, Serviço Social e Ciências Sociais.”

<sup>478</sup> SIX, Jean-François. *Dinâmica da Mediação*. Tradução de Águida Arruda Barbosa, Eliana Riberti Nazareth e Giselle Groeninga. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 58-59. “Os mediadores familiares são, primeiro e antes de tudo, homens e mulheres formados para estar atentos, concretamente, às famílias, sejam elas do Quarto-Mundo ou de Neully, atentos a tudo que compõe suas vidas, a tudo o que pode melhorar sua maneira de existir, atentos, ao mesmo tempo, a tudo o que pode desequilibrá-las ou destruí-las. E, por meio desta atenção, os mediadores familiares vão desde logo realizar a “prevenção”; e prevenir também os poderes públicos sobre o que é necessário fazer para a família hoje.”

<sup>479</sup> Ibidem, p. 59.



Ou seja, o mediador de Direito de Família precisa estar muito bem preparado, pois trata de questões que envolvem intimamente as pessoas, sendo necessário uma preparação à parte, selecionando criteriosamente os mediadores.

## REFERÊNCIAS

BARBADO, Michele Tonon. Reflexões sobre a institucionalização da mediação no direito positivo brasileiro. In: AZEVEDO, André Gomma de. (Org.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. v. 3. Brasília: Editora Grupos de Pesquisa, 2004.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BRASIL. Código Civil (2002). Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Diário Oficial da União, Brasília, p. 1, 11 jan. 2002.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, p. 15033, 27 set. 1995.

BREITAMAN, Stella; PORTO, Alice Costa. *Mediação familiar: uma intervenção em busca da paz*. Porto Alegre: Criação Humana, 2001.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. *Mediação nos conflitos e Direito de Família*. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CHIARINI JÚNIOR, Enéas Castilho. A mediação no Direito de Família. In: *Revista Jus Vigilantibus*, 27 jun. 2003. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/409>>. Acesso em: 02 ago. 2009.

\_\_\_\_\_. *A mediação no Direito de Família*. Disponível em: <<http://br.monografias.com/trabalhos-pdf903/a-mediacao-direito/a-mediacao-direito.shtml>>. Acesso em: 02 ago. 2009.

Código de Ética para Mediadores. CONIMA – Conselho Nacional das Instituições de Mediação e arbitragem. Disponível em: [http://www.conima.org.br/etica\\_mediadores.html](http://www.conima.org.br/etica_mediadores.html). Acesso em: 14 jun. 2009.

Conclusiones dos Foros de Análisis Dialéticos del IV Congreso Mundial de Mediación. La Paz, Bolivia. Disponível em: <<http://www.congresodemediacion.uson.mx/mundial/conclusiones.html>>. Acesso em: 07 abr. 2009.

DEUTSCH, Morton. A resolução do conflito: processos construtivos e destrutivos. In: AZEVEDO, André Gomma de. (Org.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. v. 3. Brasília: Editora Grupos de Pesquisa, 2004.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DUPUIS, Juan Carlos G. *La reforma Judicial em Argentina: Justicia Inmediata. Menor cuantia y sistemas alternativos de resolución de conflictos. A cuatro años de la Mediación*. Disponível em:

<<http://www.foresjusticia.org.ar/eventos/mendoza/trabajos/jcarlosdupuis.htm>>.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou a matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LOPES, Vitor Carvalho. Capítulo II. Dos Mediadores. In: PINHO, Humberto Della Bernardina de. (Org.). *Teoria Geral da Mediação à luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LOPES, Vitor Carvalho. Dos Mediadores. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de (org.). *Teoria Geral da Mediação: à Luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2008.

LUCAS, Douglas Cesar. A crise funcional do Estado e o cenário da jurisdição desafiada. In: BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *O Estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: parte geral*. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MUSZKAT, M. E. ET al. *Mediação familiar transdisciplinar: uma metodologia de trabalho em situações de conflito de gênero*. São Paulo: Summus, 2008.

RESTA, Eligio. *O direito fraterno*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.

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

SILVA, De Plácio e. *Vocabulário Jurídico*. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SIX, Jean-François. *Dinâmica da Mediação*. Tradução de Águida Arruda Barbosa, Eliana Riberti Nazareth e Giselle Groeninga. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SPENGLER, Fabiana Marion. O conflito, o monopólio estatal de seu tratamento e as novas possibilidades: a importância dos remédios ou remédios sem importância? In: \_\_\_\_\_; LUCAS, Douglas César. *Direito e conflito: (des)apontamentos sobre um novo cenário social*. Ijuí: UNIJUÍ, 2008.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. São Paulo: Método, 2008.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo. *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas*. São Paulo: Método, 2008.

VICENTE, Reginandrea G.; BIASOTO, Lilian G. A. P. O conhecimento psicológico e a mediação familiar. In: MUSZKAT, Malvina E. (Org.). *Mediação de Conflitos: Pacificando e prevenindo a violência*. São Paulo: Summus, 2003.

WARAT, Luis Alberto. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador*. v. 3. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

### CAPÍTULO III

#### DO REGISTRO DE MEDIADORES E DA FISCALIZAÇÃO E CONTROLE DA ATIVIDADE DE MEDIAÇÃO

*Lizana Leal Lima*<sup>480</sup>

*Theobaldo Spengler Neto*<sup>481</sup>

*Iedo Loureiro Junior*<sup>482</sup>

**Art. 17. O Tribunal de Justiça local manterá Registro de Mediadores, contendo relação atualizada de todos os mediadores habilitados a atuar prévia ou incidentalmente no âmbito do Estado.**

**§ 1º Os Tribunais de Justiça expedirão normas regulamentando o processo de inscrição no Registro de Mediadores.**

**§ 2º A inscrição no Registro de Mediadores será requerida ao Tribunal de Justiça local, na forma das normas expedidas para este fim, pelos que tiverem cumprido satisfatoriamente os requisitos do art. 15 desta Lei.**

**§ 3º Do registro de mediadores constarão todos os dados relevantes referentes à atuação do mediador, segundo os critérios fixados pelo Tribunal de Justiça local.**

**§ 4º Os dados colhidos na forma do parágrafo anterior serão classificados sistematicamente pelo Tribunal de Justiça, que os publicará anualmente para fins estatísticos.**

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

O art. 17 e seus incisos tratam de como se procederá ao Registro dos Mediadores. Fica claro no *caput* deste artigo que cabe ao Tribunal de Justiça de cada Estado organizar o Registro e expedir suas normas de como o mediador procederá para registrar-se perante o Tribunal.

---

<sup>480</sup> Graduada pelo Centro Universitário Franciscano – UNIFRA (RS). Especialista em Direito Público pela Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA (RS). Mestranda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (RS). Integrante do Grupo de Pesquisas “Políticas Públicas no tratamento dos conflitos”, vinculado ao CNPq, sob a coordenação da Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup>. Fabiana Marion Spengler. Professora extensionista do Projeto “A crise da jurisdição e a cultura da paz: a mediação como meio democrático, autônomo e consensuado de tratar dos conflitos”, da última Instituição, advogada.

<sup>481</sup> Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC- RS, docente dos cursos de Graduação e Pós-Graduação *lato e stricto sensu* dessa e de outras Instituições de Ensino Superior, Integrante do Grupo de Pesquisas “Políticas Públicas no tratamento dos conflitos”, vinculado ao CNPq, integrante do Projeto de Pesquisa intitulado “Mediação de conflitos para uma justiça rápida e eficaz”, ambos sob a coordenação da Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup>. Fabiana Marion Spengler, advogada.

<sup>482</sup> Acadêmico do 8º semestre do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul. Integrante do Grupo de Pesquisas “Políticas Públicas no tratamento dos conflitos”, vinculado ao CNPq, sob a coordenação da Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup>. Fabiana Marion Spengler.

A respeito da mediação prévia e incidental que é citada no caput do art. 17, estas serão aprofundadas nos comentários ao Capítulo V. Pode-se adiantar que a mediação prévia é aquela realizada antes do ajuizamento da ação no Poder Judiciário. Já a mediação incidental é aquela que tem início após a propositura da ação judicial, ou seja, no curso do processo.

Prosseguindo a análise do texto, o legislador diz que caberá a cada Tribunal editar seu regulamento. Importante observar que essas normas devem se limitar apenas à organização da lista dos mediadores, já que é de competência da União as regras instituídas pela legislação federal, conforme indica o art. 22, inciso I, da Constituição Federal<sup>483</sup>.

Em seguida, o art. 17 no parágrafo segundo retoma os requisitos anunciados no art. 15<sup>484</sup> do Projeto de Lei em análise, devido à importância dada pelo legislador à capacitação técnica dos mediadores.

A respeito do parágrafo terceiro, entende-se como dados relevantes todos aqueles que possam indicar uma melhor atuação do mediador como pacificador do conflito. Dentre eles a área de atuação (comercial, familiar, trabalhista...), sua experiência na área, entre outros fatores que o Tribunal achar necessário.

Já o parágrafo quarto trata da divulgação anual dos mediadores. Esse parágrafo é importante para dar transparência ao procedimento de mediação, bem como seria fundamental que se procedesse anualmente à publicação dos índices de sucesso do procedimento de mediação. Desse modo, se estaria divulgando e ao mesmo tempo inserindo o cidadão em uma nova cultura, ou seja, de apoderar-se do tratamento de seus conflitos sem necessitar de um terceiro para dizer quem está certo ou errado no litígio.

Por fim, o art. 17, no parágrafo quinto, traz a possibilidade do defensor público<sup>485</sup> atuar como mediador. O legislador não institui normas para a fiscalização, apenas designa o órgão da defensoria pública como responsável por essa tarefa. Dessa maneira, fica pendente de normatização como se procederá a fiscalização do defensor público na atuação do procedimento de mediação. Também é importante frisar que as defensorias públicas são órgãos estaduais, portanto, a defensoria de cada Estado terá sua própria forma de proceder ao registro e à fiscalização dos defensores-mediadores.

Apesar de entendermos não ser apropriado ter defensores públicos como mediadores, por tratar-se de um cargo no qual o papel é de defesa das pessoas que possuem condições financeiras mínimas, o projeto de lei traz essa alternativa. Diante disso, compreende-se ser fundamental que os defensores públicos também passem por cursos apropriados de formação de mediadores conforme prevê o art. 15.

---

<sup>483</sup> Constituição Federal. Art. 22 - Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

<sup>484</sup> Art. 15. Caberá, em conjunto, à Ordem dos Advogados do Brasil, aos Tribunais de Justiça dos Estados e às pessoas jurídicas especializadas em mediação, nos termos de seu estatuto social, desde que, no último caso, devidamente autorizadas pelo Tribunal de Justiça do Estado em que estejam localizadas, a formação e seleção de mediadores, para o que serão implantados cursos apropriados, fixando-se os critérios de aprovação, com a publicação do regulamento respectivo.

<sup>485</sup> É a pessoa com qualificação técnica que prestou concurso público e foi aprovada para exercer a função pública de dar orientação jurídica, bem como, defender em todos os graus e gratuitamente aos necessitados.

**Art. 18. Na mediação extrajudicial, a fiscalização das atividades dos mediadores e co-mediadores competirá sempre ao Tribunal de Justiça do Estado, na forma das normas específicas expedidas para este fim.**

No Projeto de Lei em comento, o legislador deixa claro que a fiscalização dos mediadores extrajudiciais<sup>486</sup> (profissionais independentes com registro de mediador) será atribuição do Tribunal de Justiça de cada Estado, mas isso não significa que o conselho profissional a qual pertence o mediador não continue a controlar e fiscalizar o exercício profissional deste, pelo contrário, continua atuando e podendo aplicar sanções.

**Art. 19. Na mediação judicial, a fiscalização e controle da atuação do mediador será feita pela Ordem dos Advogados do Brasil, por intermédio de suas seccionais; a atuação do co-mediador, será fiscalizada e controlada pelo Tribunal de Justiça.**

A primeira parte do art. 19 trabalha com a mediação judicial<sup>487</sup>, por esse motivo o legislador elegeu a OAB como órgão responsável pela fiscalização, como já ficou evidenciado anteriormente.

Importante registrar uma crítica no tocante a segunda parte do artigo em análise, quando aborda que os co-mediadores serão fiscalizados e controlados pelo Tribunal de Justiça. Deve-se deixar claro não existirem óbices que o co-mediador seja também advogado, e, nesse caso, a fiscalização de sua conduta não seria feita pelo Tribunal de Justiça e sim pela OAB.

Em finalização, há que se registrar o tratamento diferenciado de fiscalização e responsabilização das atividades do mediador e do co-mediador (arts. 18 e 19 do Projeto de Lei). O Legislador atribui a fiscalização das atividades do mediador, na mediação extrajudicial, ao Tribunal de Justiça, ao passo que na judicial, à Ordem dos Advogados do Brasil. Ao tratar do mesmo tema em relação ao co-mediador, em ambas as situações a atribuição é do Tribunal de Justiça.

Salvo melhor juízo, o ato de mediar, a partir da vigência da Lei, passa a ser uma delegação do Estado-Juiz a profissionais, na busca da solução alternativa de conflitos. Essa solução, ainda hoje, compete exclusivamente ao Poder Judiciário. *Mutatis mutantis*, tem-se situação próxima aos Juizados Especiais Cíveis<sup>488</sup>, quando conciliadores e juizes leigos atuam em prol da solução. Assim, a fiscalização e o procedimento investigatório quanto à forma de atuação dos profissionais deveria ficar sob responsabilidade do Poder Judiciário, a quem caberia também a imposição de penalização. Tratando-se de irregularidade meramente administrativa, a suspensão ou afastamento definitivo dos quadros de mediadores seria a medida única a ser adotada; caracterizada irregularidade também na órbita penal, procedimento nessa esfera deveria ser adotado; presente lesão de caráter classista,

---

<sup>486</sup> Nesse sentido, verificar os comentários tecidos a respeito da mediação extrajudicial no art. 12 do PL.

<sup>487</sup> Exercida por advogados. Verificar comentários ao art. 11 do PL.

<sup>488</sup> Lei 9099, de 26 de setembro de 1995, em seu art. 7º, prevê que “os conciliadores e juizes leigos são auxiliares da Justiça, recrutados, os primeiros, preferentemente, entre bacharéis em Direito, e os segundos, entre advogados com mais de 5 (cinco) anos de experiência”.

então incumbiria à Ordem dos Advogados do Brasil – exclusivamente nos casos do mediador advogado ser – ou órgão de vinculação profissional, procedimento eficaz. Medidas essas que não afastam a busca da tutela jurisdicional cível ao prejudicado, por óbvio.

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

O art. 20 mostra que na mediação incidental o mediador além de ser fiscalizado pelo órgão competente também será fiscalizado pelo juiz da causa. Isso porque o juiz, por conhecer primeiro o processo, é responsável por ele, ficando atento para que não ocorra nenhuma atuação inadequada do mediador. Podemos citar como exemplo as causas de impedimento que serão analisadas posteriormente. Portanto, sempre que ocorrer alguma conduta inadequada, o juiz terá poderes para afastar de imediato o mediador e, ou o co-mediador.

Entendemos que o juiz deve ter cautela ao afastar o mediador para que o processo de mediação não se torne prejudicado e sua decisão não seja arbitrária. Portanto, a crítica que se faz nesse artigo é a respeito do poder ilimitado dado ao juiz para afastar o mediador. Ficando o juiz convencido de que o mediador não teve uma conduta adequada<sup>489</sup> de ofício o juiz poderá afastá-lo e só depois será investigado o comportamento do mediador. Caso fique comprovado após processo administrativo que o mediador não teve conduta repreensível já estará prejudicado o procedimento de mediação, tendo em vista que, afastado o mediador, os conflitantes irão selecionar outro mediador ou a distribuição fará o sorteio o que incidirá em começar todo o procedimento novamente. Caso as partes não aceitem novo mediador o processo retornará para a via judicial retomando seu curso normal.

**Art. 21. Aplicam-se aos mediadores e co-mediadores os impedimentos previstos nos artigos 134 e 135 do Código de Processo Civil.**

**§ 1º No caso de impedimento, o mediador devolverá os autos ao distribuidor, que designará novo mediador; se a causa de impedimento for apurada quando já iniciado o procedimento de mediação, o mediador interromperá sua atividade, lavrando termo com o relatório do ocorrido e solicitará designação de novo mediador ou co-mediador.**

**§ 2º O referido relatório conterá:**

**I - nomes e dados pessoais das partes envolvidas;**

**II - indicação da causa de impedimento ou suspeição;**

**III - razões e provas existentes pertinentes do impedimento ou suspeição.**

---

<sup>489</sup> Posteriormente, no art. 24 serão trabalhadas as características do mediador e suas qualidades para determinar sua conduta.

O art. 21 versa sobre os impedimentos dos mediadores equiparando-os aos arts. 134 e 135 do Código de Processo Civil<sup>490</sup> que trata dos impedimentos e suspeição<sup>491</sup> do juiz. O juiz deve ser imparcial em qualquer processo (contencioso ou voluntário) e os impedimentos podem ser arguidos em qualquer desses procedimentos. O processo contencioso é aquele que “exige contraditório entre as partes, em torno do conflito de interesses a ser dirimido pelo Poder Judiciário”<sup>492</sup>. Nas palavras de Cândido Dinamarco: “o juiz moderno compreende que só se lhe exige ‘imparcialidade’ no que diz respeito à oferta de iguais oportunidades às partes e recusa a estabelecer distinções em razão das próprias pessoas ou reveladoras de preferências personalíssimas. Não se lhe tolera, porém, a ‘indiferença’”<sup>493</sup>.

Assim como é para o juiz, o Projeto de Lei prevê nos arts. 2º e 14 que o mediador deve ser imparcial. Dessa forma, o art. 134, inciso I do CPC, trata do impedimento do mediador quando ele for parte no procedimento de mediação. Esse inciso não prescinde de análise aprofundada já que é requisito essencial da mediação um terceiro imparcial que atuará como facilitador na comunicação entre as conflitantes.

<sup>490</sup> Código de Processo Civil. Art. 134. É defeso ao juiz exercer as suas funções no processo contencioso ou voluntário:

I - de que for parte;

II - em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como órgão do Ministério Público, ou prestou depoimento como testemunha;

III - que conheceu em primeiro grau de jurisdição, tendo-lhe proferido sentença ou decisão;

IV - quando nele estiver postulando, como advogado da parte, o seu cônjuge ou qualquer parente seu, consangüíneo ou afim, em linha reta; ou na linha colateral até o segundo grau;

V - quando cônjuge, parente, consangüíneo ou afim, de alguma das partes, em linha reta ou, na colateral, até o terceiro grau;

VI - quando for órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica, parte na causa.

Parágrafo único. No caso do nº IV, o impedimento só se verifica quando o advogado já estava exercendo o patrocínio da causa; é, porém, vedado ao advogado pleitear no processo, a fim de criar o impedimento do juiz.

Art. 135. Reputa-se fundada a suspeição de parcialidade do juiz, quando:

I - amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes;

II - alguma das partes for credora ou devedora do juiz, de seu cônjuge ou de parentes destes, em linha reta ou na colateral até o terceiro grau;

III - herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de alguma das partes;

IV - receber dádivas antes ou depois de iniciado o processo; aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa, ou subministrar meios para atender às despesas do litígio;

V - interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes.

Parágrafo único. Poderá ainda o juiz declarar-se suspeito por motivo íntimo.

<sup>491</sup> Na lição de Humberto Theodoro Júnior, o impedimento e a suspeição dizem respeito ao juiz como pessoa física encarregada da prestação jurisdicional. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999, p. 385.) Entende-se que: “quem está sob suspeição está em situação de dúvida quanto ao seu bom procedimento. Quem está impedido está fora de dúvida, pela enorme probabilidade de ter influência maléfica para a sua função.” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo II. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 420.)

<sup>492</sup> ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS JURÍDICAS. *Dicionário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, p. 187.

<sup>493</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 275.

O inciso II, esclarece as funções anteriores ao procedimento de mediação. Se a pessoa, que é o mediador do feito, antes nele interveio como procurador<sup>494</sup> de alguma das litigantes, ou como simples assistente<sup>495</sup>, ou funcionou como perito<sup>496</sup>, ou membro do Ministério Público<sup>497</sup>, ou prestou depoimento testemunhal<sup>498</sup>, está impedida de figurar como mediador.

O mesmo inciso também fala de quem interveio como mandatário<sup>499</sup>, e não como advogado. Ao advogado refere-se o art. 134, IV. Assim, se quem é mediador foi procurador de uma das partes, e substabeleceu os poderes ao advogado que funcionou ou funciona no procedimento, restará impedido.

Função judicial anterior é o que aborda o art. 134, III. O juiz que atuou na jurisdição de primeiro grau não poderá atuar em instância superior no mesmo processo que julgou. Já no procedimento de mediação nada impede que o mediador que já atuou em procedimento de mediação com os mesmos litigantes e com o mesmo conflito, atue novamente no procedimento, desde que as partes concordem.

Torna-se impedido o mediador se o seu cônjuge ou qualquer parente<sup>500</sup> seu, consanguíneo<sup>501</sup> ou afim<sup>502</sup>, em linha reta<sup>503</sup>; ou na linha colateral<sup>504</sup> até o segundo grau<sup>505</sup> estiver envolvido no procedimento de mediação. Entendemos que tanto o inciso IV como o V do art. 134 do CPC no que se refere ao Projeto de Lei, aqui analisado, teve por objetivo dar maior seriedade ao procedimento de mediação afastando vínculos de parentesco com o mediador, ficando assim ausente qualquer hipótese de manipulação de acordo entre as partes.

---

<sup>494</sup> Entenda-se: como advogado.

<sup>495</sup> O assistente limita-se a: auxiliar a parte principal, utilizando-se dos meios processuais postos à disposição dela (poderá requerer provas, apresentar razões de mérito etc.).[...] O assistente atua no processo como legitimado extraordinário – pois, em nome próprio, auxilia a defesa de direito alheio. (DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Bahia: JusPodivm, 2007, p. 307.)

<sup>496</sup> O perito é um auxiliar eventual do juízo, que assiste o juiz quando a prova do fato litigioso depender de conhecimento técnico ou científico. Trata-se, portanto, de um auxiliar ocasional por necessidades técnicas. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999, p. 210.)

<sup>497</sup> O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. (art. 127 da Constituição Federal, art. 1º da Lei nº 8.625/93, art. 1º da Lei Complementar Federal nº 75/93). (MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2007.)

<sup>498</sup> Pessoa capaz e estranha ao feito, chamada a juízo para depor o que sabe sobre o fato litigioso. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999, p. 465.)

<sup>499</sup> Entenda-se: como representante.

<sup>500</sup> Pessoa que, em relação a outra (s), pertence a mesma família, quer pelo sangue, quer por casamento. (BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA, Aurélio. *Novo Dicionário Aurélio*. Curitiba: Editora Positivo, 2008.)

<sup>501</sup> Parente de sangue. Ex: filhos, pai, mãe.

<sup>502</sup> Código Civil. Art. 1.595, § 1º. O parentesco por afinidade limita-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro.

<sup>503</sup> Código Civil. Art. 1.591. São parentes em linha reta as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes.

<sup>504</sup> Código Civil. Art. 1.592. São parentes em linha colateral ou transversal, até o quarto grau, as pessoas provenientes de um só tronco, sem descenderem uma da outra.

<sup>505</sup> Entende-se aqui até a segunda geração.



O inciso VI proíbe que seja mediador da causa alguém que tenha cargo de direção ou administração de pessoa jurídica parte na causa. Aqui se trata de mediador que é órgão de direção ou administração de pessoa jurídica. Não se exige como pressuposto para o impedimento que seja órgão que represente, como presidente ou vice-presidente, a pessoa jurídica, quer de direito público, quer de direito privado. Basta que seja órgão para determinadas direções ou administrações externas ou internas.

No caso do parágrafo único, fica proibida a causa de impedimento do mediador se a época este já configurava como tal, e só posteriormente o advogado veio a patrocinar a causa. Aqui o legislador se preocupou em evitar situações que propositalmente pudesse a parte afastar o mediador para satisfazer interesse próprio.

O art. 135 do Código de Processo Civil traz as causas de suspeição, a primeira delas trata da amizade íntima ou a inimizade capital entre mediador e parte; não entre mediador e procurador ou advogado de qualquer dos conflitantes. “Íntima diz-se a amizade quando há laços afetivos, notórios ou não, mas verificáveis por fatos de estreita solidariedade, que possam influir no julgamento pela determinação psicológica, consciente ou não”<sup>506</sup>. Bem como pode-se dizer que: “a inimizade capital supõe o elemento afetivo de hostilidade a ponto de perturbar o julgamento”<sup>507</sup>. Apesar do mediador não possuir o poder de julgamento e decisão, o legislador achou por bem deixá-lo suspeito para que consciente ou inconscientemente isso não venha a atrapalhar o seu desempenho como facilitador da comunicação entre as partes. Caso o mediador não se afaste por conta própria poderá qualquer uma das partes pedir o afastamento do mesmo.

A apreciação de tais causas de suspeição independe de autoexame do mediador. A parte excipiente pode prová-las com fatos e testemunhas. O elemento afetivo que serviu de base à regra jurídica de impedimento por parentesco entrou como informador da regra jurídica do art. 135, 1, concernente à vida, razão por que o ser amigo íntimo ou inimigo capital é causa de suspeição: o parentesco atua por si e independe da confirmação da afetividade pelos fatos; daí ser impeditivo<sup>508</sup>.

A aversão política, teórica ou partidária, não impede o juiz, desde que a sua incompatibilidade intelectual não o leve a odiar ou querer vingar-se das partes, fazendo-se inimigo-capital.

A simples amizade não basta à suspeição. A intimidade supõe a convivência frequente e de cunho familiar. A amizade pode ser entre pessoas do mesmo sexo, ou de sexos diferentes, inclusive com laços amorosos. O art. 135, I, não cogita da amizade íntima do mediador ou com o advogado ou com o procurador da parte; só se referiu à inimizade com a parte.

Caso o mediador, seu cônjuge, ou parente do mediador, ou do seu cônjuge, em linha reta, ou na colateral, até o terceiro grau, seja credor ou devedor de algum dos conflitantes, suspeito é o mediador (art. 135, II CPC). As questões que surgem a respeito da suspeição são as mesmas de que tratamos a propósito do art. 134, V do CPC.

---

<sup>506</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo II. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

<sup>507</sup> Ibidem.

<sup>508</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo II. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

Se o mediador é herdeiro presuntivo<sup>509</sup>, donatário<sup>510</sup> ou empregador de alguma das partes também está suspeito conforme art. 135, III. Sobre o caso de ser herdeiro presuntivo adverte-se que pode haver impedimento, e não só suspeição, porque é impedido, no caso o mediador, quando cônjuge, ou parente de algum dos litigantes em linha reta, ou, na colateral, até o terceiro grau (art. 134, V). Se o grau de parentesco é em quarto grau, então não há impedimento; pode haver suspeição.

Sobre a questão de ser empregador deve-se também advertir que no caso do cônjuge do mediador figurar como empregador também torna-se suspeito, devido ao vínculo de subordinação das relações trabalhistas.

O inciso IV trabalha com a possibilidade do mediador receber presentes antes ou depois do procedimento. E o inciso V diz que o mediador torna-se suspeito quando tiver interesse num resultado favorável para uma das partes.

Como já foi comentado anteriormente, apesar do mediador não ser competente para julgar ou decidir questões, a sua imparcialidade não pode ser comprometida. O legislador elencou essas hipóteses para que o mediador não crie vínculos de afeto ou compaixão por um dos conflitantes que possa comprometer no resultado da mediação.

O mediador também não deve aconselhar os litigantes antes do processo. Isso não quer dizer que não possa falar em público sua opinião a respeito de determinadas questões referentes à mediação. O que não se deve fazer é aconselhar qualquer um dos conflitantes ou ambas sendo que aquele irá presidir ou ser co-mediador na sessão de mediação.

O mediador também não deve se ater a questões financeiras dos conflitantes. Não pode subsidiar ou fornecer qualquer tipo de ajuda nesse sentido para custear o procedimento. Caso o faça também estará suspeito.

O parágrafo único do art. 135 ainda possibilita ao mediador a possibilidade de não declarar o motivo de seu afastamento, apenas justificando ser de foro íntimo. Deve-se salientar também que as hipóteses de impedimento e suspeição aqui levantadas para o mediador aplicam-se também para o co-mediador.

Conforme o parágrafo 1º do art. 21 do Projeto de Lei em análise, verificado o impedimento ou suspeição o mediador remeterá os autos ao distribuidor onde as partes poderão escolher outro mediador<sup>511</sup> ou deixar a cargo da distribuição. Apesar de o legislador não prever, seria importante que antes do afastamento do mediador os litigantes fossem informados do seu afastamento, com isso os conflitantes podem refletir na escolha de um novo mediador, se optarem pela continuidade do procedimento.

**Art. 22. No caso de impossibilidade temporária do exercício da função, o mediador informará o fato ao Tribunal de Justiça, para que, durante o período em que subsistir a impossibilidade, não lhe sejam feitas novas distribuições.**

Para que o procedimento de mediação não esbarre de imediato na burocracia, priorizando pela celeridade, o legislador preocupou-se em prever que os mediadores que por algum motivo como de doença, trabalho, viagem, cursos,

---

<sup>509</sup> Que presume-se que seja herdeiro.

<sup>510</sup> Aquele que recebe uma doação.

<sup>511</sup> Nesse sentido, observar o disposto no artigo 30 § 4º do PL.

dentre outros, não possam temporariamente presidir ou atuar como co-mediadores, informem esse fato ao Tribunal. Assim, o Tribunal poderá retirar seu nome provisoriamente da lista de mediadores da distribuição como também deixar de apresentar seu nome às partes se optarem por escolherem o mediador.

O mediador também pode solicitar seu afastamento por um determinado período caso considere que já está com o número máximo de mediações das quais conseguirá dedicar-se com pleno zelo. Cessando a impossibilidade o mediador poderá colocar-se novamente à disposição do Tribunal para novas mediações.

**Art. 23. O mediador fica absolutamente impedido de prestar serviços profissionais a qualquer das partes, em matéria correlata à mediação; o impedimento terá o prazo de dois anos, contados do término da mediação, quando se tratar de outras matérias.**

Procurando “zelar pela credibilidade do instituto” da mediação, o legislador restringiu a prestação de serviços profissionais pelo mediador a qualquer das partes envolvidas, independentemente de se ter alcançado, ou não, o êxito pretendido. Essa restrição se deve ao fato de o mediador ter conhecimento de várias informações obtidas durante o desenvolvimento da mediação, e assim gozar de um benefício pessoal<sup>512</sup>.

O artigo em tela deve ser interpretado em dois momentos diferenciados. O primeiro, quando traz restrição total e definitiva da prestação de serviços profissionais a qualquer das partes pelo mediador quanto à matéria correlata à da mediação. Daí, por que é absoluto o impedimento, importa definir os limites de “matéria correlata à mediação”.

Tem-se por correlato à mediação realizada qualquer assunto que esteja direta ou indiretamente relacionado com a causa a ela submetida, independentemente do resultado ter sido positivo ou não. Assim, não poderá o mediador, caso também advogado, ajuizar eventual ação buscando o cumprimento da obrigação pactuada e não cumprida, ou mesmo posicionar-se ao lado de uma das partes em relação à outra. Eventual lapso redacional que leve uma das partes à busca da tutela jurisdicional para esclarecimento jamais poderá ser tratado pelo mediador ou co-mediador<sup>513</sup>.

Importa registrar comentário de Hill<sup>514</sup>, quando aborda o tema, no sentido de excluir do impedimento a retomada da mediação, envolvendo o mesmo tema e mesmas partes. Aqui, tem-se uma continuidade e “o fato de o mediador já ter conhecimento da matéria e das intenções e posições das partes pode, nesse caso, auxiliá-lo”.

Em um segundo momento, o artigo cria óbice de atuação ao mediador mesmo em matérias diversas aquela tratada na mediação. O impedimento vige pelo prazo

---

<sup>512</sup> HILL, Flávia Pereira. Do Registro de Mediadores e da Fiscalização e Controle da Atividade de Mediação. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. (Org.). *Teoria Geral da Mediação à Luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, p. 133.

<sup>513</sup> Afinal, ao co-mediador aplicam-se as mesmas regras de garantias, seguranças e, em especial, respeito aos mediados, que ao mediador se impõe.

<sup>514</sup> HILL, Flávia Pereira. Do Registro de Mediadores e da Fiscalização e Controle da Atividade de Mediação. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. (Org.). *Teoria Geral da Mediação à Luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, p. 134.

de dois anos contados do término da mediação, caracterizando restrição de atuação profissional. A intenção do legislador vai ao sentido de evitar que o mediador utilize sua condição como meio de captação indevida de clientela, bem como passe a adotar de modo parcial eventual posicionamento mesmo em outras demandas, mediante informações obtidas privilegiadamente enquanto sua atuação anterior.

A figura do impedimento de atuação trazida pelo Legislador segue a linha já traçada pela Lei 9099/95, que regulamenta os Juizados Especiais Cíveis e Criminais em âmbito nacional. No parágrafo único do art. 7º lê-se a previsão de impedimento aos juízes leigos “de exercer a advocacia perante os Juizados Especiais, enquanto no desempenho de suas funções”. Aqui, entretanto, a previsão é mais enérgica e, salvo melhor juízo, salutar.

Muito embora a fiscalização tenha que ser realizada pelos operadores do Direito que se encontrem em volta a eventuais descumprimentos da norma projetada, o impedimento vai além do exercício da função. Cabe às partes, aos advogados, ao Ministério Público e/ou aos magistrados a verificação da existência de eventual impedimento para o seu registro nos autos e, acima de tudo, encaminhamento, no caso de ser advogado o impedido, de representação à Ordem dos Advogados do Brasil, para a toada de medidas administrativas próprias<sup>515</sup>. Ainda, seu registro como mediador deverá ser excluído, na forma do art. 25, IV, do presente Projeto de Lei, a ser oportunamente estudado.

**Art. 24. Considera-se conduta inadequada do mediador ou do co-mediador a sugestão ou recomendação acerca do mérito ou quanto aos termos da resolução do conflito, assessoramento, inclusive legal, ou aconselhamento, bem como qualquer forma explícita ou implícita de coerção para a obtenção de acordo.**

No Projeto de Lei em comento o Legislador adota posicionamento já externado por Calmon<sup>516</sup>, quando ensina que o mediador, ao contrário do conciliador, deve adotar uma postura mais passiva na discussão das propostas, “devendo abster-se de tomar qualquer iniciativa de proposição”. É quem intermedia, sem poder de coerção ou coação, como definem Bolzan de Moraes e Spengler<sup>517</sup>. Já o conciliador poderá e deverá adotar procedimento mais ativo, sugerindo formas de solução e apontando fragilidades.

Na forma proposta internacionalmente aos mediadores, é-lhes defeso até mesmo a apresentação de qualquer sugestão ou recomendação sobre o conteúdo do acordo, “inclusive no que concerne às cláusulas e condições, que devem ser

---

<sup>515</sup> O impedimento de atuação caracteriza inexistência de autorização legal para atuar como advogado. Inexistente essa autorização, tem-se a figura do exercício irregular de profissão. Os atos realizados são considerados nulos de pleno direito, salvo se expressamente ratificados por novo patrono. As penalidades podem chegar à exclusão dos quadros da advocacia, passando pela suspensão das atividades (por tempo certo), imposição de multa ou advertência.

<sup>516</sup> CALMON, Petrônio. *Fundamentos da Mediação e da Conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 109-112.

<sup>517</sup> BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 160.

formuladas exclusivamente pelas partes”<sup>518</sup>. São vedados, ainda, pelo legislador, “a instrução e o aconselhamento técnicos, inclusive a assessoria jurídica”<sup>519</sup>.

Assim, o mediador deverá adotar postura de centro, não sendo oportuna qualquer manifestação conceitual a respeito da situação posta. Bolzan de Moraes e Spengler<sup>520</sup> ao tratar do tema trazem 16 características que devem estar presentes no mediador:

- 1) paciência de Jó; 2) a sinceridade e as características do bullgog de um inglês; 3) a presença de espírito de um irlandês; 4) a resistência física de um maratonista; 5) a habilidade de um halfback de esquivar-se ao avançar no campo; 6) a astúcia de Machiavelle; 7) a habilidade de um bom psiquiatra de sondar a personalidade; 8) a característica de manter confidências de um mudo; 9) a pele de um rinoceronte; 10) a sabedoria de Salomão; 11) demonstrada integridade e imparcialidade; 12) conhecimento básico e crença no processo de negociação; 13) firme crença no voluntarismo em contraste ao ditatorialismo; 14) crença fundamental nos fatores humanos e potencial, temperado pela habilidade, para avaliar fraquezas e firmezas pessoais; 15) docilidade tanto quanto vigor; 16) desenvolvido olfato para analisar o que é disponível em contraste com o que possa ser desejável suficiente capacidade de conduzir-se e ego pessoal, qualificado pela humildade.

Ainda, prosseguem os doutrinadores, compete ao mediador “conhecer o direito material relativo ao mérito da questão em discussão”, devendo possuir “capacidade de comunicação”<sup>521</sup>, com capacidade de expressar seus pensamentos de forma clara, precisa e compreensível à toda camada populacional sujeita à jurisdição por meio da mediação.

Por fim, e buscando conceitos e modelos de Garth, Kovack e Woods, os doutrinadores resumem os princípios pelos quais os mediadores devem se curvar, tais como autodeterminação<sup>522</sup>, imparcialidade<sup>523</sup>, conflitos de interesse<sup>524</sup>,

---

<sup>518</sup> HILL, Flávia Pereira. Do Registro de Mediadores e da Fiscalização e Controle da Atividade de Mediação. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. (Org.). *Teoria Geral da Mediação à Luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, p. 137.

<sup>519</sup> Ibidem, p. 138.

<sup>520</sup> BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 163-164.

<sup>521</sup> Ibidem, p. 164.

<sup>522</sup> A mediação decorre da determinação dos envolvidos diretamente, ou seja, no dizer processual, das partes. Autodeterminação daqueles que efetivamente detém o poder de decidir. Dessa forma, optando desistir da prática para postular jurisdicionalmente, exercem um direito inafastável.

<sup>523</sup> Imparcialidade consiste na capacidade de manter-se equidistante dos interesses, manifestações ou mesmo emoções de qualquer das partes. Presente a incapacidade de ser parcial, despe-se do manto indispensável para o prosseguimento da mediação, devendo afastar-se imediatamente, sob pena de causar prejuízos aos interesses das partes.

<sup>524</sup> O conflito de interesses diz com a pessoa do mediador. Deve ele esclarecer às partes quaisquer mínimos indícios que causem nelas dúvidas quanto a sua imparcialidade. Mesmo que não espelhados materialmente em peças, mas referidos tacitamente em momentos não registrados, devem ela, as partes, estar tranquilas quanto a sua participação equidistante. Caso contrário, deve o mediador afastar-se.

competência<sup>525</sup>, confidencialidade<sup>526</sup>, qualidade do processo<sup>527</sup>, anúncios ou solicitações<sup>528</sup>, custos<sup>529</sup> e obrigações para com o Processo de Mediação<sup>530</sup>.

A não observação do mediador a essa vedação imposta pelo legislador será interpretada como conduta indevida e, sendo apurada sua culpa ou dolo, será o mesmo excluído definitivamente do Registro de Mediadores, conforme prevê o inciso II do art. 25, do Projeto de Lei.

Já quando o co-mediador venha a infringir a vedação imposta pelo legislador, poderá incidir o disposto no art. 28 do Projeto de Lei, que determina o seu afastamento temporário pelo prazo de dois anos.

No caso de uma ou ambas as partes vir a necessitar de assessoramento jurídico, o mediador ou o co-mediador deverão recomendar a contratação de um advogado, sem qualquer hipótese de indicação ou comentário a qualquer nome apontado por elas, nos moldes previstos nos arts. 30, § 3º, e 37, § 1º<sup>4</sup>.

Por fim, o projeto ora comentado prevê a total isenção quanto à forma de convencimento na realização de acordo. Por melhor que possa lhe parecer, falece ao mediador a capacidade de sugestão. A compreensão dos benefícios ou malefícios de acordos propostos pelos litigantes cabe a eles, litigantes, decorrentes das tratativas até então mantidas.

**Art. 25. Será excluído do Registro de Mediadores aquele que:**

- I – assim o solicitar ao Tribunal de Justiça, independentemente de justificação;**
- II – agir com dolo ou culpa na condução da mediação sob sua responsabilidade;**
- III – violar os princípios de confidencialidade e imparcialidade;**
- IV – funcionar em procedimento de mediação mesmo sendo impedido ou sob suspeição;**

---

<sup>525</sup> O conhecimento técnico, muito embora não essencial, é elemento fundamental para que a mediação seja levada a bom termo. Capacidade técnica, entretanto, não se confunde com noções profundas a respeito dos elementos postos em discussão, o que exigiria a produção de prova pericial. Nesse caso, poderão as partes propor a prova técnica necessária para elucidação dos interesses de cada um, muito embora não conclusiva.

<sup>526</sup> O mediador, assim como o co-mediador, tem a responsabilidade administrativa e legal de manter a confiabilidade de todos os termos tratados durante a utilização da técnica. A confidencialidade talvez seja a característica mais importante na atividade, posto que retrata o vínculo de confiança entre os mediados e o mediador.

<sup>527</sup> A boa qualidade do processo de mediação depende da competência e comprometimento do mediador em conduzi-lo de forma a não comprometer a sua imparcialidade. Deve, ao final do processo, ter-se o espelho da boa condução através de um resultado que demonstre a vontade das partes.

<sup>528</sup> Toda a comunicação ocorrida no curso da mediação deve ser verdadeira, espelhar a verdade dos fatos desenvolvidos, de forma a transferir aos mediados a necessária confiança. Essa verdade depende, também, da fácil compreensão quanto aos termos que o mediador deve utilizar.

<sup>529</sup> Nesse tocante os autores referem-se aos custos da mediação. Ou seja, dos honorários devidos aos mediadores. Essa comunicação deverá ser clara e sobretudo compreensível. Havendo conclusão antecipada da mediação, valores indevidos deverão ser restituídos às partes.

<sup>530</sup> O Processo da Mediação, como já exaustivamente abordado, detém procedimentos especiais que exigem atenção, compreensão e voluntariedade. Os passos devem ser cumpridos sob pena de comprometimento do objetivo e desvirtuamento do resultado.

**V – sofrer, em procedimento administrativo realizado pela Ordem dos Advogados do Brasil, pena de exclusão do Registro de Mediadores;**

**VI – for condenado, em sentença criminal transitada em julgado.**

**§ 1º Os Tribunais de Justiça dos Estados, em cooperação, consolidarão mensalmente relação nacional dos excluídos do Registro de Mediadores.**

**§ 2º Salvo no caso do inciso I, aquele que for excluído do Registro de Mediadores não poderá, em hipótese alguma, solicitar nova inscrição em qualquer parte do território nacional ou atuar como co-mediador.**

O art. 25 do Projeto de Lei refere sobre as situações que ensejarão a exclusão do mediador do Registro de Mediadores em que esteja registrado, impossibilitando-o de exercer as suas funções. Com exceção do inciso I, onde se refere sobre a exclusão voluntária do mediador, ou seja, partindo da sua própria vontade, as outras situações lá referidas se tratam de penalidades impostas ao mediador, por inobservância de disposições legais<sup>531</sup>.

Sendo a vontade do mediador, deverá ele requerer ao Presidente do Tribunal onde esteja registrado, por escrito, a sua exclusão do Registro de Mediadores, sem necessidade de referir sobre os motivos que fundamentam o seu pedido. Pretendendo sua reinscrição no Registro de Mediadores, poderá o mediador que voluntariamente dele se excluiu, requerer novamente sua inscrição, de acordo com o previsto no § 2º do art. 25<sup>532</sup>.

Já a exclusão do mediador do Registro de Mediadores retrata sanção e de tal forma que impede a reinscrição. Sua ocorrência depende da configuração de alguma das hipóteses dos incisos II a VI a seguir examinados.

Entretanto, respeitados os compromissos com a ampla defesa e com o contraditório, a exclusão do mediador do Registro de Mediadores por conduta dolosa ou culposa, exige-se a abertura do competente procedimento administrativo para apuração da falta do mediador perante o órgão competente, como previsto nos arts. 18 e 19 do Projeto de Lei.

A exclusão do mediador do Registro de Mediadores deverá ser levada a efeito com base em conduta comprovadamente culposa ou dolosa, grave e evidente, pois esta medida afigura-se como de natureza rigorosa. Assim se tem:

**a) Agir com culpa ou dolo na condução da mediação.**

A configuração de culpa ou de dolo, elementos anteriores à responsabilidade civil ou penal, devem ser previamente investigados. O afastamento definitivo do mediador em razão do modo de agir – culposa ou dolosamente – depende de prévia apuração de responsabilidade. Por se tratar de evidente punição, não pode ser aplicada diretamente, sem que se cumpram os princípios do contraditório e da ampla defesa, na forma dos arts. 18 e 19 do Projeto ora em comento. Havendo gravidade na acusação, impõe-se que o registro seja suspenso, como forma de garantir os direitos dos mediandos.

**b) violar os princípios da confidencialidade e imparcialidade.**

Por se tratarem de elementos indispensáveis a uma boa condução da mediação, o legislador dispensou especial atenção aos princípios da

<sup>531</sup> HILL, Flávia Pereira. Do Registro de Mediadores e da Fiscalização e Controle da Atividade de Mediação. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. (Org.). *Teoria Geral da Mediação à Luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, p. 142.

<sup>532</sup> Ibidem, p. 142.

confidencialidade e da imparcialidade, que a norteiam, conforme disposição constante do inciso III.

Para melhor situar a questão, “a confidencialidade abrange o sigilo em geral”, não podendo o mediador divulgar qualquer informação das partes obtida durante a mediação<sup>533</sup>. Como já referido no comentário ao artigo anterior, com base em Bolzan de Moraes e Spengler, o sigilo na condução das informações é uma aspiração das partes. O seu rompimento acarreta e quebra de confiança e, assim, impossibilidade de prosseguimento.

Da mesma forma ao mediador impõe-se a imparcialidade. Distribuição de impressões ou sugestões acarreta na tomada de posição em favor de uma das partes. Mesmo que inconsciente, essa prática acarreta na falta de confiabilidade e, portanto, impossibilidade do prosseguimento da mediação.

Ambas as situações, como já externado, obrigam a apuração dos fatos com a possibilidade de demonstração, pelo mediador, da sua inexistência.

**c) funcionar em procedimento de mediação mesmo sendo impedido ou sob suspeição.**

O impedimento do mediador se dá de duas formas. A primeira, já tratada na análise do art. 24, diretamente ligado a sua atuação enquanto mediador. A segunda forma, assim como a suspeição, tem ligação direta com os impedimentos e suspeições também já tratadas no exame do art. 21 do projeto de lei em análise e pelo Código de Processo Civil brasileiro, quando regulamenta a atuação do juiz, seus deveres e responsabilidades.

Como ressaltado anteriormente, o mediador estará sujeito não somente à exclusão do Registro de Mediadores, mas também às penalidades de ordem administrativa junto ao órgão de classe e penais.

**d) sofrer, em procedimento administrativo realizado pela Ordem dos Advogados do Brasil, pena de exclusão do Registro de Mediadores.**

A exclusão do mediador referido no inciso V do artigo em comento deverá respeitar procedimento administrativo junto a seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, em observação do disposto na Lei Federal nº 8.906/94, conforme previsto no art. 27 do Projeto de Lei. O procedimento disciplinar decorre de irregularidade administrativa assim entendida por força do Código de Ética da Advocacia e do Estatuto da OAB. Os seus efeitos serão sentidos pelo mediador na sua atuação como tal.

Imposta a penalidade de exclusão ao mediador, deverá a OAB informar imediatamente ao Tribunal de Justiça sobre a sanção de exclusão, para que seja providenciada a retirada do mediador do Registro de Mediadores<sup>534</sup>.

**e) for condenado, em sentença criminal transitada em julgado.**

Aqui o Legislador abarca em uma única hipótese autores condenados por crimes culposos e dolosos, com trânsito em julgado<sup>535</sup> conferido. Impõe-se uma

---

<sup>533</sup> HILL, Flávia Pereira. Do Registro de Mediadores e da Fiscalização e Controle da Atividade de Mediação. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. (Org.). *Teoria Geral da Mediação à Luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, p. 144.

<sup>534</sup> Ibidem, p.146.

<sup>535</sup> Sentença com trânsito em julgado é aquela da qual nenhum tipo de recurso mais caiba. Ou seja, a decisão deve ser cumprida, independentemente do entendimento da parte de ter sido bem ou mal proferida, justa ou injusta.



breve crítica à forma igualitária de tratamento, para delitos de poder ofensivo diferenciados.

Ocorre que o sistema penal brasileiro diferencia os delitos entre culposos e dolosos. Os primeiros decorrem da forma de agir, caracterizando-se pela culpa, ou seja, sem o desejo objetivo de cometer o crime ou obter o resultado. Como exemplo típico, tem-se o crime de lesões corporais ou mesmo homicídio decorrente de acidente de automóvel.

São dolosos os crimes derivados do ânimo de praticá-los, no qual o agente atua por vontade própria objetivando o resultado danoso (ou, no caso da ocorrência de dolo eventual, ciente da possibilidade do resultado). Aqui se têm os crimes de lesões corporais ou homicídios resultantes de desentendimentos, brigas ou mesmo passionais.

Ambos merecem na esfera penal tratamento diferenciado, desde a forma processual de tramitação quanto à pena imposta. Ao tratar da exclusão em face da condenação criminal trânsita em julgado, o Legislador não diferencia o tipo de ação que originou a condenação. Em síntese, poderá o mediador condenado criminalmente em razão de lesões corporais graves ser excluído da sua atividade da mesma forma como aquele outro que condenado por crime de latrocínio (matar para roubar).

Visando o cumprimento efetivo da sanção de exclusão do Registro de Mediadores do mediador, determinou o legislador, no § 1º do art. 25, que os Tribunais locais consolidem a relação nacional dos mediadores excluídos, mensalmente. Desse modo, estar-se-á impossibilitando ao mediador excluído do Registro de Mediadores de um Tribunal requerer a sua inscrição no Registro de Mediadores de outro Tribunal. Da mesma forma, é de suma importância que a Defensoria Pública informe ao Tribunal de Justiça sobre os Defensores Públicos Mediadores excluídos de seu Registro de Defensores Públicos Mediadores<sup>536</sup>.

Uma vez excluído do Registro de Mediadores de qualquer Tribunal, o (ex) mediador fica permanentemente proibido de se inscrever em qualquer outro Registro de Mediadores do País. A mesma vedação se estende aos co-mediadores, que uma vez excluídos do Registro não poderão mais exercer as funções de co-mediação.

**Art. 26. O processo administrativo para averiguação de conduta inadequada do mediador poderá ser iniciado de ofício ou mediante representação e obedecerá ao procedimento estabelecido pelo Tribunal de Justiça local.**

Havendo o conhecimento de conduta indevida do mediador extrajudicial (não advogado), deverá ser aberto um procedimento administrativo, de ofício<sup>537</sup> ou mediante representação por parte de qualquer interessado. Como interessados

<sup>536</sup> HILL, Flávia Pereira. Do Registro de Mediadores e da Fiscalização e Controle da Atividade de Mediação. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. (Org.). *Teoria Geral da Mediação à Luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, p. 148.

<sup>537</sup> Atua “de ofício” o julgador que determina práticas de atos judiciais ou administrativos, independentemente de requerimento ou representação do interessado. Deve o juiz, em fase administrativa, proceder na abertura de procedimento administrativo investigatório sempre que constatar a prática de atos irregulares de seus subordinados. Da mesma forma o Tribunal poderá assim agir, em relação aos magistrados. Em fase judicial, pode o juiz determinar providências processuais e administrativas para bem fazer andar o processo.

tem-se as partes mediadas, terceiros eventualmente prejudicados pelo resultado da mediação ou o Ministério Público, a quem cabe atuar como fiscal da Lei.

A incumbência de regulamentação do procedimento administrativo investigatório será regido pelas normas do Tribunal competente aplicáveis aos seus magistrados e servidores. Tem-se os mesmos compromissos que devem ser fiscalizados e exigidos da mesma forma e rigor.

**Art. 27. O processo administrativo conduzido pela Ordem dos Advogados do Brasil obedecerá ao procedimento previsto no Título III da Lei nº 8.906, de 1994, podendo ser aplicada desde a pena de advertência até a exclusão do Registro de Mediadores.**

**Parágrafo único. O processo administrativo a que se refere o *caput* será concluído em, no máximo, noventa dias, e suas conclusões enviadas ao Tribunal de Justiça para anotação no registro do mediador ou seu cancelamento, conforme o caso.**

A conduta indevida do mediador, se advogado for, pode e deve ser investigada pelo seu órgão de classe. Cabe à Ordem dos Advogados do Brasil a instauração de procedimento administrativo, na forma do art. 19 do presente Projeto de Lei, que conduza a um resultado acobertado pelos princípios do contraditório e da ampla defesa<sup>538</sup>. Esse resultado terá influência direta na permanência ou não do mediador no Cadastro de Mediadores.

O advogado excluído do Registro de Mediadores não estará impedido de exercer as suas atividades profissionais, ou seja, advogar. No caso de a conduta indevida no desenvolvimento da mediação ter sido considerada grave, a ponto de justificar também a proibição do exercício da advocacia, então o procedimento administrativo deverá assim expressar.

O parágrafo único do artigo em comento estabelece prazo para conclusão do procedimento administrativo. Muito embora possa parecer amplo, o prazo de 90 (noventa dias) para todo o processamento poderá não ser oportuno. Por evidente que o Legislador procurou atender às necessidades de celeridade e efetividade, mas o atendimento dependerá das condições de cada seccional da Ordem dos Advogados para implementação.

Vale ressaltar, entretanto, que, salvo melhor juízo, lacuna deve ser preenchida no presente artigo. Ao abordar tão-somente o órgão de classe dos advogados, omitiu uma gama de outros órgãos regradores de outras profissões as quais poderão emprestar profissionais ao mister da mediação. Há que se tratar os Conselhos Federais da Psicologia, da Assistência Social, de Engenharia, dos Corretores de Imóveis, enfim, adequar a uma regra geral que englobe a responsabilidade de cada Conselho sobre seus vinculados.

**Art. 28. O co-mediador afastado de suas atividades nos termos do art. 19, desde que sua conduta inadequada seja comprovada em regular procedimento administrativo, fica impedido de atuar em novas mediações pelo prazo de dois anos.**

---

<sup>538</sup> HILL, Flávia Pereira. Do Registro de Mediadores e da Fiscalização e Controle da Atividade de Mediação. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. (Org.). *Teoria Geral da Mediação à Luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, p. 149.

O afastamento do co-mediador das suas atividades, em razão de conduta indevida, caracterizada pela inobservância aos deveres previstos no art. 14, devidamente comprovada em procedimento disciplinar, será pelo prazo de dois anos. Ao impor esse limitador de tempo à pena máxima de afastamento ao co-mediador das suas funções, o legislador estabeleceu uma diferença de responsabilidades e efeitos entre as figuras do co-mediador e do mediador, que têm como pena máxima a sua exclusão definitiva do Registro de Mediadores. Entretanto, há que se entender da impossibilidade de tratamento diferenciado entre os pares. E, na função de mediar, muito embora a responsabilidade na condução do processo de mediação seja do titular – mediador, incidem as mesmas responsabilidades ao co-mediador.

Dessa forma, caracterizada conduta efetivamente incompatível com a conduta de mediação (art. 25, já tratado), a penalização a ser imposta poderá alcançar o afastamento definitivo da possibilidade de mediar.

Importante destacar que a cassação da inscrição do co-mediador no seu respectivo Conselho Profissional, inclusive em razão de conduta indevida no exercício da função de co-mediador, enseja a sua exclusão definitiva das funções, independentemente de previsão no Projeto de Lei. Afinal, o co-mediador exerce tais funções na mediação fundadas na sua qualificação profissional. Logo, sendo cassado o seu registro profissional, fica ele impedido de exercer sua profissão, inclusive como co-mediador<sup>539</sup>.

## REFERÊNCIAS

ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS JURÍDICAS. *Dicionário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BRASIL. Código Civil (2002). Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Diário Oficial da União, Brasília, p. 1, 11 jan. 2002.

BRASIL. Código de Processo Civil (1973). Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Diário Oficial da União, Brasília, p. 1, 17 jan. 1973.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, p. 15033, 27 set. 1995.

BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA, Aurélio. *Novo Dicionário Aurélio*. Curitiba: Editora Positivo, 2008.

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

---

<sup>539</sup> Ibidem, p. 153.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Bahia: JusPodivm, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

HILL, Flávia Pereira. Do Registro de Mediadores e da Fiscalização e Controle da Atividade de Mediação. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. (Org.). *Teoria Geral da Mediação à Luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2007.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo II. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999.

## CAPÍTULO IV

### DA MEDIAÇÃO PRÉVIA

*Fabiana Marion Spengler<sup>540</sup>*  
*Eduardo Henrique Wartschow<sup>541</sup>*

#### **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 de 90 dias.**

O Projeto de Lei elenca a figura de duas formas de mediação: a mediação prévia e a incidental<sup>542</sup>. Elas diferem entre si apenas em razão do momento em que são realizadas pelas partes. Enquanto a mediação prévia ocorre antes do ajuizamento de uma ação junto ao Poder Judiciário, a mediação incidental já terá como pressuposto a existência de um litígio em andamento. Destarte, a pessoa que entende ser detentora de um direito subjetivo violado por outrem, ao invés de ingressar diretamente junto à jurisdição estatal, com uma petição inicial e encetar, desta forma, um verdadeiro contencioso cível, chamará a parte contrária, que faria as vezes da figura do “réu”<sup>543</sup>, para uma sessão de mediação, com o escopo de tratarem o conflito sem a interferência direta do Judiciário<sup>544</sup>, que indicaria um “ganhador” e um “perdedor”.

A lei, ainda, prossegue na conceituação: além de prever no texto legal a mediação prévia e a incidental, ela esclarece que aquela pode ser judicial ou extrajudicial. A leitura superficial e isolada do dispositivo ora em comento pode levar

---

<sup>540</sup> Doutora em Direito pelo programa de Pós-Graduação *stricto sensu* da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS – RS, mestre em Desenvolvimento Regional, com concentração na área Político Institucional da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC – RS, docente dos cursos de Graduação e Pós-Graduação *lato e stricto sensu* da última instituição, advogada.

<sup>541</sup> Acadêmico do 10º semestre do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC – RS. Integrante do Grupo de Pesquisas “Políticas Públicas no tratamento dos conflitos”, vinculado ao CNPq e bolsista no Projeto de Extensão intitulado “A crise da jurisdição e a cultura da paz: a mediação como meio democrático, autônomo e consensuado de tratar dos conflitos”, ambos sob a coordenação da Prof.ª Dr.ª. Fabiana Marion Spengler.

<sup>542</sup> Importa registrar que a mediação incidental será objeto de análise posterior, ainda neste livro.

<sup>543</sup> É interessante esclarecer que na mediação não se emprega palavras como “autor” e “réu”, “demandante” e “demandado” e outras formas tão difundidas na praxe forense. Isto porque, tais nomenclaturas enaltecem a ideia de adversariedade entre as partes envolvidas no conflito, objetivo este que não se coaduna com o espírito de cooperação e consenso que se encontra na mediação. Desta forma, as partes que se submetem à mediação são co-responsáveis pela resolução do conflito. Invés de vê-las uma de frente para a outra, como adversários, imagine-se uma do lado da outra na busca da melhor solução para o problema que estão enfrentando.

<sup>544</sup> Não se pode olvidar que essa faculdade apenas ocorre nos taxativos casos em que a lei possibilita a mediação prévia como forma de tratamento dos conflitos, nos termos em que foi apurado quando analisado o artigo 4º do referido projeto de lei.

a algumas conclusões que entendemos equivocadas sobre as espécies de mediações. Por isso, certa cautela é fundamental ao analisar o referido permissivo legal. Não se pode confundir esta figura com o que foi estudado acerca dos mediadores, nas notas referentes ao art. 10 deste projeto de lei, pois se tratam de situações distintas. A mediação prévia judicial é requerida através de formulário padronizado, perante o Poder Judiciário que seria originalmente competente para apreciar e julgar a contenda<sup>545</sup>, enquanto a extrajudicial não apresenta a mesma formalidade e sequer ocorre junto ao Poder Judiciário. A conclusão ora exarada concretiza-se a partir da análise e da leitura sistemática dos dispositivos legais que integram o projeto de lei.

Um exame menos detido do texto legal poderia levar a uma interpretação imprópria que culminasse em confundir as figuras do mediador judicial e extrajudicial e da mediação prévia judicial e extrajudicial. A confusão é compreensível dada a maneira com que está previsto o art. 3º do PL<sup>546</sup>. O referido comando normativo prevê que “a mediação paraprocessual será prévia ou incidental, em relação ao momento de sua instauração, e judicial ou extrajudicial, conforme a qualidade dos mediadores”. A leitura isolada do texto legal faz com que nasça a interpretação- *prima facie*, óbvia - de que a mediação prévia judicial refere-se ao requerimento da mediação, anteriormente ao ajuizamento da ação no Poder Judiciário, tendo como mediador um advogado enquanto que a mediação prévia extrajudicial pressupõe um mediador independente, não advogado.

Não nos parece ser essa, todavia, a mais adequada exegese do permissivo legal ou a verdadeira intenção do legislador ordinário. A interpretação literal e gramatical de um texto legal, na complexa ciência do Direito, como sabido, é a maneira mais carente de precisão a ser utilizado. Quando se faz uma leitura isolada de um artigo, é como extrair uma passagem de seu contexto e destinar-lhe uma interpretação diversa da que efetivamente o permissivo propõe. Desta forma, quando a análise dos comandos normativos dá-se de forma sistemática<sup>547</sup>, analisada dentro do contexto legal em que está inserido, é possível extrair-lhe o verdadeiro espírito da lei, identificando a real inteligência do dispositivo legal.

Assim, uma vez analisado dentro do espírito que forma o PL, conclui-se que mediação prévia judicial é a que ocorre inserido ao Poder Judiciário, independentemente de quem seja o mediador designado, ao passo que a extrajudicial ocorre fora das estruturas judiciárias, através de instituições especializadas em mediação ou mediadores independentes. Dito de outra forma, o que determina uma mediação prévia ser judicial ou extrajudicial não são os mediadores envolvidos (advogados ou independentes), mas onde se desenrolam as sessões. Esta conclusão será detalhadamente exaurida quando analisarmos, posteriormente, o art. 30 e seus parágrafos do PL.

---

<sup>545</sup> Discutir-se-á mais detalhadamente acerca da mediação prévia judicial quando da análise do artigo 30, infra.

<sup>546</sup> O mérito do art. 3º já foi debatido previamente, razão pela qual não se entrará em sua análise. O que se presta aqui é apenas avaliar a maneira com que foi escrito o artigo, como colaborador de um equivocado entendimento interpretativo.

<sup>547</sup> O próprio método sistemático de interpretação visa à análise dos dispositivos legais dentro do contexto normativo nos quais estão inseridos. Desta forma, através de tal método, busca-se analisar o ordenamento jurídico de forma una, e não isoladamente, retirando a norma legal da conjuntura em que está inserida.

Ademais, cumpre destacar que a mais abalizada doutrina vem seguindo essa tendência interpretativa, que ora se defende. Petrônio Calmon<sup>548</sup> chegou a asseverar que “para estimular a confiança da parte contrária, **o próprio Judiciário** indicará o mediador, escolhido por sorteio dentre os cadastrados” explicitando que o requerimento da mediação dar-se-á perante o Poder Judiciário.

Não diferente disso, Carlos Eduardo Vasconcelos<sup>549</sup> comenta que

numa leitura menos atenta poderia parecer que existe uma relação causal entre mediação judicial e mediador judicial. Qual seja, que na mediação judicial o mediador será judicial. É importante esclarecer que estas são designações que não devem ser confundidas. A mediação judicial prévia é aquela em que a indicação do mediador é requerida pelo interessado ou por seu advogado, junto ao Poder Judiciário. Na mediação judicial o mediador será judicial ou extrajudicial, indiferentemente. Portanto, o juiz pode designar mediador judicial (advogado cadastrado pela OAB) ou mediador extrajudicial (profissional cadastrado por instituição especializada), conforme prefira (...).

Coadunamo-nos, portanto, a esta parte da doutrina que entende não haver ligação entre mediação judicial e mediador judicial, já nos termos expostos.

É de necessária ressalva que essa discussão, que promete ainda render longas análises doutrinárias, é fruto e consequência de uma duvidosa apresentação redacional. Dentro do próprio Direito, as expressões “judicial” e “extrajudicial” sempre foram vistas como sendo algo que acontece em juízo, dentro da estrutura judiciária (e, portanto, judicial) ou atos praticados fora do juízo, sem a presença de solenidade processual ou judicial mas capazes de produzir efeitos jurídicos (e, portanto, extrajudicial). O PL, contudo, mistura as figuras e distorce os significados, dificultando uma correta interpretação do texto legal, o que é perigoso se analisado dentro do contexto do ineditismo que é a mediação regulamentada por lei ordinária. De toda sorte, ausente uma técnica redacional mais acurada, torna-se imperioso maior cuidado interpretativo, para que a interpretação dada possa se coadunar com os propósitos do projeto de lei.

Independente disso, o PL é louvável e a intenção em regular a mediação prévia é a melhor possível. Já existem no Brasil, hoje, mormente nos grandes centros econômicos e em capitais estaduais, diversas instituições especializadas em mediação. Além do mais, alguns escritórios de advocacia já oferecem a seus clientes a mediação como forma mais salutar e ecológica<sup>550</sup> de tratamento dos conflitos. Com a aprovação do presente PL, a mediação seria mais reconhecida e legitimada como uma maneira de se resolver as subversões, cuja solução seria fruto das próprias partes e não da imposição de um terceiro (o magistrado).

---

<sup>548</sup> CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 136.

<sup>549</sup> VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de Conflitos e práticas restaurativas*. São Paulo: Método, 2008, p. 182-183.

<sup>550</sup> A expressão “forma ecológica” de tratamento dos conflitos é criação de Luis Alberto Warat. Para maior estudo vide WARAT, Luis Alberto. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador*. 3. v. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

Prosseguindo na análise textual, o art. 29, além de conceituar a mediação prévia como sendo judicial ou extrajudicial, faz menção, em seu parágrafo único, aos efeitos do requerimento da mediação (interrupção da prescrição) e estabelece um prazo máximo em que deverá ser finalizada (noventa dias).

Prescrição, em apertada síntese, consiste, na impossibilidade de ingressar com uma ação junto ao Judiciário reivindicando e defendendo determinado direito, em razão da inércia e do transcurso de um determinado lapso temporal. Como ensina Arnaldo Rizzardo<sup>551</sup>, “o direito está acompanhado de medidas para o seu exercício e a proteção. Se a pessoa não faz uso dos meios assegurados, entende-se que houve a desistência, levando os sistemas jurídicos a retirar a faculdade de defesa”. Portanto, transcorrido determinado tempo, que a lei sempre prevê, estará a parte impossibilitada de recorrer-se ao seu direito de ação a fim de concretizar e reparar a violação de um outro direito (o material).

O propósito de prever a interrupção da prescrição quando do requerimento da mediação objetiva enaltecer e incentivar as partes pela busca da mediação prévia como forma alternativa de resolver suas pendências. Somos da opinião que o legislador foi muito feliz em tal previsão, principalmente se analisarmos que os réus poderiam usar a mediação de má-fé e postergar as sessões e a solução do problema até o momento em que ele estivesse prescrito, impossibilitando futura busca da tutela jurisdicional. É no intuito de evitar que isso aconteça, que a referida previsão se impõe.

Desta forma, o legislador foi cuidadoso e previu que no momento do requerimento da mediação o prazo prescricional interrompe-se, impossibilitando a caducidade do direito de ação no caso de infrutífera a mediação.

Note-se que o PL faz menção à interrupção da prescrição. Segundo o texto legal, “o requerimento da mediação prévia **interrompe** a prescrição [...]” e não apenas a suspende. Em Direito, existe importante distinção entre os efeitos de “suspender” ou de “interromper” a prescrição, análoga à suspensão ou interrupção de um prazo recursal. Por isso, trata-se de distinção que transcende a mera discussão etimológica dos termos, refletindo diretamente nos efeitos temporais da prescrição.

A mais abalizada doutrina civilista discute a diferença entre a suspensão e a interrupção da prescrição. Para Sílvio de Salvo Venosa<sup>552</sup>, a suspensão e a interrupção são figuras que não se confundem. Ensina o doutrinador que a suspensão faz parar, temporariamente, seu andamento. Uma vez sobrepujado o motivo de suspensão, a prescrição retoma seu curso normal, **computado o tempo anteriormente decorrido**. “Na interrupção da prescrição a situação é diversa: verificada alguma das causas interruptivas, perde-se por completo o tempo decorrido. O lapso prescricional iniciar-se-á novamente. O tempo precedentemente decorrido fica totalmente inutilizado”. Segundo preleciona, anula-se a prescrição já iniciada.

Conclui, dizendo que, “a diferença essencial é que na suspensão o termo anteriormente decorrido é computado, enquanto na interrupção o termo precedente é perdido”.

---

<sup>551</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Parte Geral do Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 609.

<sup>552</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil - Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 646-647



De forma a exemplificar a diferenciação, Arnaldo Rizzardo traz em sua obra o seguinte exemplo de suspensão: “tratando-se de uma prescrição cujo prazo é de cinco anos, se sobrevém a causa da suspensão quando já transcorreram dois anos do prazo, a prescrição dorme por todo o tempo que durar a suspensão e, cessada esta, tem ainda a prescrição que correr três anos para que então se diga acabada, completa, adquirida, consumada, perfeita”<sup>553</sup>.

Como na interrupção acontece o inverso, ou seja, o prazo prescricional já decorrido simplesmente é perdido, reiniciando novamente sua contagem, no caso idêntico ao citado acima, a prescrição iniciar-se-á do zero, independentemente de que já tenham transcorrido dois anos do prazo.

Neste diapasão, a previsão normativa do PL refere-se a esta última hipótese, ou seja, prevê a interrupção da prescrição e não apenas sua suspensão, sendo necessária cautela na interpretação legal da norma.

Ainda, importante nota se faz necessária no que se refere ao silêncio do PL sobre a decadência (ou seu impedimento) do direito. No projeto original de lei, antes, portanto, do substitutivo do senado, fazia-se menção, em seu art. 6º, que além da interrupção da prescrição, o requerimento de mediação impedia a decadência do direito. Atualmente, o PL não faz menção a tal possibilidade, cingindo-se apenas aos efeitos que ocorre no que concerne à prescrição.

Em que pese a decadência e a prescrição terem forte ligação no mundo jurídico, não se pode confundi-las. Conforme salientado acerca da prescrição, nesta, o que ocorre é a caducidade do direito de ação do titular em ingressar judicialmente visando à concretude ou a reparação de um direito violado por outrem. Contudo, o direito do sujeito continua vigorando, não obstante estar impedido de concretizá-lo judicialmente. Quando se refere à decadência, o que é atingido pelo transcurso temporal é o próprio direito material e não apenas o direito de ação (processual). Por óbvio, porque a decadência fere de morte o direito material do autor, fere, indireta e igualmente, a possibilidade jurisdicional, pois desaparece o interesse de agir. Em outras palavras, sem direito, não há motivo para ação. Contudo, a doutrina tende a diferenciar tais figuras, não obstante, no fundo, as duas conduzirem a um mesmo fim: o desaparecimento da possibilidade da tutela jurisdicional.

Como asseverado, portanto, o substitutivo do Senado retirou a menção anteriormente feita acerca do impedimento da decadência. Em que pese, a regra geral é não se aplicar à decadência às normas contidas nos arts. 197 a 204 do Código Civil (impedimento, suspensão e interrupção), ela é relativizada pelo próprio texto legal, em seu art. 207, que assevera “**salvo disposição legal em contrário**, não se aplicam à decadência as normas que impedem, suspendem ou interrompem a prescrição”. Dessa forma, salvo melhor juízo, poderia ter o PL continuado a prever o impedimento do início da decadência. De qualquer modo, se for aprovado o PL, em tese, estará impossibilitado o bloqueio do prazo decadencial em face da oclusão legislativa.

Outro ponto omissso do PL, no que tange a mediação prévia, é saber se o seu requerimento é passível de constituir em mora o requerido<sup>554-555</sup>. Militamos na

<sup>553</sup> CARPENTER, 1982 apud RIZZARDO, Arnaldo. *Parte Geral do Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 630.

<sup>554</sup> Preleciona o art. 394 do Código Civil que “considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a

posição de que, mesmo que sem expressa previsão legal, o requerimento de mediação prévia constitui em mora o requerido. Explica-se.

A doutrina convencionou a existência da mora baseados em dois aspectos jurídicos distintos: a *mora ex re*, quando decorrente da própria lei, ou seja, é prescindível qualquer manifestação do credor para que o devedor seja constituído em mora, isto é, findo o prazo final para o cumprimento da obrigação, a própria lei já considera o devedor constituído em mora. Em tais casos, é despendida discutir a correlação entre a mediação prévia e a constituição da mora porquanto esta será concretizada independentemente do requerimento da mediação.

O que nos interessa é a chamada *mora ex persona*. Essa ocorre apenas nas obrigações em que não houver termo ou data final para o cumprimento e pressupõe, para sua existência, certas providências do credor. A previsão legal do *mora ex persona* está no parágrafo único do art. 397 que dispõe que “não havendo termo, a mora se constitui mediante interpelação judicial ou extrajudicial”. Portanto, para que possa constituir em mora o devedor (*mora ex persona*) é necessário que o credor interpele judicial ou extrajudicialmente. Percebe-se que a lei é bastante flexível quanto às formas de interpelação. Faz-se menção a uma judicial, então regida pelo Código de Processo Civil, nos art. 867 e ss., que deverá seguir o rito ali estipulado, ou então extrajudicialmente, realizada fora da estrutura judiciária mas produzindo os mesmos efeitos jurídicos. É nesta opção que, a nosso sentir, se encaixa a mediação prévia. O requerimento da mediação, como opção de tratar um conflito advindo de uma obrigação não cumprida, desde que os fatos sejam narrados e que não pare dúvidas acerca de qual obrigação está-se mediando, é meio capaz de constituir o devedor em mora, justamente pela interpelação extrajudicial não apresentar uma forma em rito solene, diferente do que ocorre com a judicial. Contudo, trata-se de posição pessoal, haja vista o legislador não ter regulado na norma tal possibilidade.

O parágrafo único do art. 29 estipula ainda um prazo em que deverá ser concluído o procedimento da mediação. Estabelece o referido comando legal que o seu prazo máximo é de 90 (noventa) dias<sup>556</sup>.

Sobre a mediação e o seu “tempo”, o seu “prazo”, Elígio Resta salienta que se alcança a verdade processual - objetivo principal de muitos feitos que tramitam junto ao Judiciário - “per stanchezza<sup>557</sup>”. Explica sua afirmação dizendo que, com a passagem dos dias (muitas vezes vão) e em função da pressa com a qual estamos habituados a viver, o tempo se torna um recurso escasso se comparado com a exigência necessária para a pesquisa que a verdade demandaria. Nesses termos, não é a verdade que define e condiciona o tempo, mas o tempo que define a verdade. Alcançamos, assim, a verdade por inflação de tempo ou, ao contrário, por

---

convenção estabelecer”. Em apertada síntese, haja vista ser apenas pequena explicação para entendermos o objeto do assunto, mora significa o atraso ou a imperfeição do cumprimento de uma obrigação convencionada.

<sup>555</sup> Tal omissão é vista apenas no que concerne à mediação prévia. Isto porque, quando se tratar de mediação incidental, há previsão expressa no art. 37, §2º do PL sobre a constituição em mora. Sobre este assunto, tratar-se-á quando da análise do referido permissivo legal.

<sup>556</sup> Sobre o assunto é importante a leitura de SPENGLER, Fabiana Marion. *Tempo, direito e jurisdição*: reflexos na prestação jurisdicional do Estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

<sup>557</sup> “Por cansaço”.

uma irreduzível escassez. As questões de maior longevidade são seguidamente resolvidas não porque se junte as provas e as demonstrações definitivas, mas porque, simplesmente, não existe mais tempo: “non abbiamo tempo!”<sup>558</sup>.

Diverso do processo e do seu tempo<sup>559</sup> (cuja expectativa é alcançar a verdade), a mediação é um procedimento de sensibilidade que institui um novo tipo de temporalidade. “O tempo instituído como tempo da significação, da alteridade, que me reconstitui como singularidade em devir”. Do tempo “do devir fazer da singularidade, do tempo que aproxima os conflitantes do que realmente sentem, conduzindo-os rumo ao centro recalcado dos próprios afetos”<sup>560</sup>.

No espaço informal da mediação, a memória e os sentimentos dos conflitantes não se encontram bloqueados. O espaço mediativo não tem por objetivo reconstruir uma verdade, pois se reconstituem várias verdades possíveis. Assim, elas se modificam à medida que os atores se exprimem: as verdades se acomodam, se ajustam. De fato, na mediação, o objetivo não pode ser a verdade, uma vez que as verdades podem ser diversas. Uma mediação alcançada não traduz um acordo sobre a verdade efetivamente correspondente à exata dinâmica dos fatos. Em outros termos, o importante é que as partes concentrem-se sobre uma reconstrução dos fatos que as satisfaça. Esse é o ponto central: não está dito que devam reconstruir exatamente a verdade, o importante é que tenham reconstruído a verdade que as contente, momentaneamente, provisoriamente, no tempo de um aperto de mão. Não se reconstróem amizades em uma sala de mediação, os mediadores não são os dramaturgos do conflito. Porém, podem oferecer uma contribuição importante para uma comunicação temporal melhorada<sup>561</sup>.

Aqui se pode entabular as diferenças entre o “tempo da jurisdição” e o “tempo da mediação”. O primeiro é um tempo dilatado, que se detém na espera sempre de um outro juiz, que faz parte da lógica paradoxal da dupla ligação que deseja sempre a palavra definitiva, mas que permanece na espera de controles posteriores<sup>562</sup>. É o tempo da necessidade, uma vez que, na realidade, já aconteceu tudo, tornando-se prioridade, nesse momento, evitar o pior. Já na mediação se trabalha com a necessidade de encontrar um outro tempo, já que a temporalidade conflitiva precisa do exercício de prudência e de paciência nos quais não se decide o tempo do alto, mas da possibilidade de dois conflitantes de encontrar um tempo diferenciado.

---

<sup>558</sup> RESTA, Eligio. *Le verità e il processo*. In: MARINI, Alarico Mariani. *Processo e verità*. Pisa: Plus, 2004, p. 33.

<sup>559</sup> Nesses termos, Garapon diferencia o tempo processual e o tempo da arbitragem “pelo facto de pressupor a intervenção soberana da cidade. Essa soberania manifesta-se mediante a criação, graças à intercessão do símbolo, de um tempo não linear, de um tempo extraordinário próximo da criação, oposto ao tempo ordinário, que aproxima implacavelmente os homens da sua morte. Tal como qualquer ritual, o processo inverte o curso do tempo. Luta assim contra a finitude devido à sua capacidade para produzir um tempo original, isto é, um tempo que ainda não foi esbatido pelos anos, um tempo indeterminado. O tempo original é o tempo da criação”. (GARAPON, Antoine. *Bem julgar*. Ensaio sobre o ritual do Judiciário. Tradução de Pedro Filipe Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p. 63).

<sup>560</sup> WARAT, Luis Alberto. *Epistemologia e ensino do direito*. O sonho acabou. v. 2. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 30-31.

<sup>561</sup> BOUCHARD, Marco; MIEROLO, Giovanni. *Offesa e riparazione. Per una nuova giustizia attraverso la mediazione*. Milano: Bruno Mondadori, 2005, p. 226.

<sup>562</sup> Nesse sentido, ver ALPA, Guido. *L'arte di giudicare*. Roma-Bari: Laterza, 1996.

É por isso que se torna muito difícil admitir tempo fixado para a mediação<sup>563</sup>. Quem poderá dizer qual é o tempo necessário para (re)estabelecer a comunicação? Aliás, qual é exatamente o tempo da mediação? “Onde se coloca a possibilidade, para as duas partes, de uma tomada de consciência lenta, progressiva, carnal, se podemos dizer, do conjunto de seu problema?” Sem essa consciência, não se tem mais do que um caso abstrato a resolver sem nenhum processo de responsabilização pessoal daqueles que estão presentes. E vai-se reduzir os mediadores a ser como certos médicos que devem “agir no ato”? Pode-se compreender, então, que isto é estritamente contraditório com a verdadeira mediação. Nesses termos, para aqueles que afirmam: “a lentidão atual da justiça é inacreditável”, nasce o remédio milagroso: a mediação. Urgência, urgência! O termo “urgência” “ganha hoje o conjunto do campo social”, e os problemas de fundo perdem-se na urgência<sup>564</sup>.

Justamente por isso, estabelecer limites temporais para o procedimento de mediação é muito perigoso. Engessa-se todo um procedimento em razão de um limite temporal imposto por uma lei. Contudo, talvez, exista explicação legislativa para isso.

Embora tenha o legislador delimitado o prazo de conclusão, não fez qualquer ressalva quanto às consequências pelo descumprimento de tal preceito normativo. Não se trata, portanto, de norma cogente. Desta forma, não nos parece prudente defender a ideia de que eventual acordo feito depois de transcorrido o prazo fixado legalmente (noventa dias) possa deixar de ser cumprido ou não homologado, se caso assim desejarem as partes.

Ainda, oportunamente, discussão se faz quando o tema a ser abordado é o momento em que se reinicia o novo prazo prescricional. Como asseverado anteriormente, o requerimento de mediação interrompe a prescrição. Todavia, em que momento ela se reinicia? A resposta encontra amparo na exegese legal do Código Civil que preleciona em seu art. 202, parágrafo único que “a prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper”. Forçoso concluir, portanto, que, quando realizado o requerimento de mediação, interrompe-se o lapso prescricional, conforme previsão do parágrafo único do art. 29, contudo, no mesmo momento, inicia-se o novo prazo prescricional. Dessa forma, ensina Venosa<sup>565</sup> que “tudo isso se passa a um só tempo. A interrupção verifica-se e desde logo começa a correr novo prazo”.

Talvez por tal razão que o legislador tenha entendido por bem limitar o processo de mediação em noventa dias, haja vista já ter se iniciado novo prazo prescricional e assim a parte não corre risco de alongar demasiadamente a mediação resultando no transcurso prescricional desse novo prazo<sup>566</sup>. Mas, registre-se, isso é apenas uma mera conjectura.

---

<sup>563</sup> No entanto, os projetos de lei sobre mediação que tramitam no Brasil preveem um prazo de 90 dias para a realização da mediação prévia e o mesmo prazo para que o requerido retome o processo judicial no caso da mediação ocorrer no curso do mesmo.

<sup>564</sup> SIX, Jean François. *Dinâmica da mediação*. Tradução de Giselle Groeninga de Almeida, Águida Arruda Barbosa e Eliana Riberti Nazareth. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 149 et seq.

<sup>565</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*- Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2004, p. 656.

<sup>566</sup> Risco esse observado, por exemplo, nas causas cujo prazo prescricional estabelecido pelo Código Civil é de um ano (art. 206).

É de necessária ressalva, ainda, que a interrupção da prescrição ocorre apenas uma vez (art. 202, caput, do Código Civil). Dessa forma, não ocorrerá nova interrupção da prescrição quando do ajuizamento da ação advinda de uma mediação frustrada, sem acordo, em razão dela já ter se consumado previamente com o requerimento da mediação.

É difícil ponderarmos se melhor teria sido prever a suspensão da prescrição no lugar de sua interrupção. De toda sorte, ao atermo-nos na simples exegese legal, o requerimento da mediação prévia trata-se de causa interruptiva de prescrição, segundo vontade do legislativo.

Entretanto, em uma análise mais detida do texto legal bem como de sua interpretação e extensão, temos que melhor caminho teria sido prever a suspensão do prazo prescricional no lugar da interrupção. Como a interrupção pode ocorrer apenas uma vez, de acordo com a sistemática civil atual, em caso de infrutífera a mediação, a parte que ajuizar uma ação no Poder Judiciário não terá o novo benefício da interrupção previsto no art. 202, inciso I do CC, haja vista já ter ocorrido preteritamente. Nas palavras de Maria Helena Diniz, “qualquer que tenha sido a causa originária da primeira interrupção, dever-se-á desconsiderar as posteriores, pois, após o seu reinício, o prazo prescricional não mais poderá ser interrompido<sup>567</sup>”. Em se tratando da suspensão, nada impede que, incoorrendo acordo na mediação, a prescrição interrompa-se com o despacho do juiz.

A discussão é importante uma vez que é sabida a demora no trâmite processual. Ora, se a prescrição já foi interrompida e não pode sê-la novamente, isso indica que em todo o período que andar o processo judicial o novo prazo prescricional estará correndo, o que pode culminar na extinção do direito. Tomemos a seguinte hipótese como exemplo: Pedro ajuíza uma ação contra João objetivando a condenação deste por responsabilidade civil. O prazo prescricional, de acordo com o Código Civil, para tais pretensões é de três anos (art. 206, § 3º). Pedro e João, de comum acordo, decidem levar o conflito à mediação. O requerimento interromperá a prescrição, reiniciando a partir de então, novo prazo. Não acontecendo o acordo, Pedro ingressa com uma ação judicial. Contudo, como a prescrição já foi interrompida com o requerimento da mediação, não poderá ser novamente interrompida com o despacho do juiz que ordenar a citação. Desta forma, o prazo prescricional, em tese, ficaria correndo. É de conhecimento geral que um processo pode perdurar por mais de três anos. Passados os três anos sem um desfecho, o que aconteceria com o direito de Pedro?

A fim de evitar tais transtornos é que a proposta mais feliz seria prever a suspensão, a fim de que, na eventualidade de infrutífera a mediação, o prazo prescricional possa-se interromper, não prejudicando as partes que, de boa vontade, escolheram a mediação como forma alternativa de resolver o problema e não dar margem, igualmente, a má-fé.

Derradeiramente, cumpre destacar que, diferentemente do que previsto sobre a mediação incidental, ela é sempre facultativa. Portanto, o início da mediação prévia dá-se apenas através da aceitação mútua, estruturada na voluntariedade das partes em se submeter ao processo. Não existe força legal que obrigue as partes a socorrer-se, inicialmente, a mediação prévia e apenas com seu insucesso ingressarem em juízo reivindicando a tutela jurisdicional do Estado.

---

<sup>567</sup> DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 223.

Sobre isto, é importante valorizarmos a vontade autônoma e independente das partes em quererem ver a solução do conflito através da mediação. O acordo construído de forma voluntária, como resultado das próprias partes faz crescer a legitimidade do que entabulado e da possibilidade de cumprimento, pois o ajuste final advém de propostas mutuamente aceitáveis.

**Art. 30. O interessado poderá optar pela mediação prévia judicial. Neste caso, o requerimento adotará formulário padronizado, subscrito por ele ou por seu advogado, sendo, neste caso, indispensável à juntada do instrumento de mandato.**

**§ 1º Distribuído ao mediador, o requerimento ser-lhe-á encaminhado imediatamente.**

**§ 2º Recebido o requerimento, o mediador designará dia, hora e local onde realizará a sessão de mediação, dando ciência aos interessados por qualquer meio eficaz e idôneo de comunicação.**

**§ 3º A cientificação ao requerido conterà a recomendação de que deverá comparecer à sessão acompanhado de advogado, quando a presença deste for indispensável. Neste caso, não tendo o requerido constituído advogado, o mediador solicitará à Defensoria Pública, ou, na falta desta, à Ordem dos Advogados do Brasil a designação de advogado dativo. Na impossibilidade de pronto atendimento à solicitação, o mediador imediatamente remarcará a sessão, deixando os interessados já cientificados da nova data e da indispensabilidade dos advogados.**

**§ 4º Os interessados, de comum acordo, poderão escolher outro mediador, judicial ou extrajudicial.**

**§ 5º Não sendo encontrado o requerido, ou não comparecendo qualquer das partes, estará frustrada a mediação.**

O art. 30 do PL inicia a análise do procedimento a ser adotado quando a parte optar pela mediação prévia judicial. Conforme fomos analisando este artigo, iremos retomar a discussão relativa à conceituação da mediação prévia judicial com o escopo de reforçar a tese por nós defendida.

O PL faz referência a um formulário padronizado, através do qual a parte interessada ou o defensor por ela constituído deverá usar para requerer a mediação judicialmente. Nas palavras de Petrônio Calmon<sup>568</sup>, “não há substancial alteração de conduta inicial para requerente e requerido. O primeiro tomará a iniciativa, como já o faz hoje para buscar a decisão judicial. E o fará com o patrocínio profissional de um advogado. Sem qualquer novidade burocrática, o requerimento de mediação será recebido pela Justiça (oficial distribuidor), onde começam as diferenças, pois este, em vez de distribuir uma petição inicial a um dos juízes, fará a distribuição do pedido, após o devido registro, a um dos mediadores registrados ou cadastrados”.

Embora não haja qualquer menção expressa de que forma deverá ser esse formulário e quais os dados que deverão nele conter, entendemos que precisará haver o nome completo e a qualificação das partes, um breve resumo dos fatos que levaram a parte à mediação bem como que indique o desejo de que comuniquem a parte contrária para o início da sessão de mediação.

---

<sup>568</sup> CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 137.

Resumir os fatos do conflito é necessário por duas razões: a primeira delas para que se possa constituir em mora o requerido, nos termos em que já expusemos alhures; a segunda razão é para saber que tipo de litígio está ocorrendo para que se possa distribuir o feito a mediadores especializados na matéria objeto da contenda, nas comarcas em que haja tal possibilidade.

Como muito bem salientado no permissivo legal, a mediação prévia judicial poderá ser requerida e assinada pela própria parte interessada, de forma autônoma e independente, ou através de um advogado constituído (ou defensor público, se for o caso). No caso de advogado particular, o PL traz a obrigatoriedade de que seja juntada ao requerimento a procuração outorgando-lhe os poderes necessários para a representação.

Uma nota que se deve realçar é se o instrumento de mandato deve, necessariamente, acompanhar o requerimento de mediação ou se pode juntá-lo em momento posterior, de forma análoga ao permitido no art. 37 do Código de Processo Civil<sup>569</sup>. Entendemos que não há qualquer impasse legal para que isso ocorra, mormente se observarmos a iminência da prescrição. Ademais, é de se lembrar que o princípio da informalidade é norteador do processo de mediação. Ora, se o próprio Poder Judiciário permite tal possibilidade, sabendo de toda burocracia e formalismo que lhe é característico, ainda mais no processo de mediação isso é admissível, sob pena de burocratizarmos um procedimento cujo espírito e razão de ser não se coaduna com tal atributo. Desta forma, o instrumento de mandato pode ser juntado, por exemplo, na primeira sessão de mediação.

O § 1º do art. 30 do PL adverte para a existência de um serviço de distribuição. A previsão legal que induz a conclusão de distribuição, de igual forma existente para os processos judiciais, corrobora o tema de que se trata de requerimento realizado junto ao Poder Judiciário, que deverá se organizar para dispor de um serviço de distribuição para tal fim.

Embora o PL não trate sobre isso, é necessário que o critério de distribuição a ser adotado seja o da especialidade. Assim sendo, é importante para um frutífero processo de mediação, que o requerimento seja distribuído a um mediador conhecedor e especialista na matéria objeto do litígio. Por tal razão que é importante não se adotar a distribuição aleatória (a menos que haja mais de um mediador especialista e atuante na área e na matéria que será mediada, daí a distribuição poderá ser aleatória apenas entre estes). Esse controle é possível de ser feito porque, conforme já asseverado quando da análise do § 3º do art. 17, todas as informações referentes à atuação do mediador constarão nos seus respectivos registros.

Ademais, cumpre destacar que não importa para qual espécie de mediador o requerimento será distribuído, se judicial ou extrajudicial, haja vista inexistir correlação entre as figuras, conforme acentuamos anteriormente.

Além do mais, no caso de no próprio requerimento já existir menção a um mediador, é interessante remetê-lo ao indicado. A confiança na pessoa que mediará

---

<sup>569</sup> Código de Processo Civil. Art. 37. Sem instrumento de mandato, o advogado não será admitido a procurar em juízo. Poderá, todavia, em nome da parte, intentar ação, a fim de evitar a decadência ou prescrição, bem como intervir, no processo, para praticar atos reputados urgentes. Nestes casos, o advogado se obrigará, independentemente de caução, a exhibir o instrumento de mandato no prazo de 15 (quinze) dias, prorrogável por mais 15 (quinze) dias, por despacho do juiz.

o conflito é condição extremamente favorável para que se possa estabelecer um bom ambiente de diálogo e para que se propicie a construção de um acordo. É desaconselhável negligenciar tal indicação, sob pena de os ânimos exaltarem-se ainda mais por não estar mediando uma pessoa que, em tese, possua a confiança da parte. Seria, desde o princípio, uma situação desconfortável e embaraçosa.

Quando do recebimento do requerimento, o mediador deverá designar dia, hora e local onde se realizarão as sessões de mediação, conforme determina § 2º do art. 30. O aviso aos interessados poderá ser realizado por qualquer meio eficaz e idôneo de comunicação. Trata-se de meio eficaz e idôneo, a nosso ver, carta A.R, telefone, fac-símile e até mesmo e-mail, contudo, nesse caso, deverá o interessado munir-se com a prova de recebimento pelo destinatário do pedido de comparecimento. Percebe-se que o PL pretendeu alargar as formas de comunicação entre o mediador e as partes. Levando-se em conta que a mediação é um processo informal, não nos parece errado assim estabelecer. Seria tumultuador prever, por exemplo, apenas intimação pessoal. Nos casos de as partes estarem sendo representadas por advogado, a comunicação poderia ser realizada diretamente aos constituídos.

Ademais, como explicita Diogo Assumpção Rezende de Almeida<sup>570</sup>, “não é interessante que o ato de comunicação acarrete na mera presunção de conhecimento das partes, como ocorre na citação por hora certa e através da publicação de edital, em que acontece um ato ficto de comunicação processual”. Segundo explica, ainda, “isto porque o método depende da efetiva participação das partes, que são as responsáveis pela decisão”.

Efetivamente, utilizar-se de tais meios de comunicação em nada acrescentaria para a mediação. A bem da verdade, a citação ficta, quando ocorrida, trata-se apenas de mera formalidade judicial com o escopo de evitar futura arguição de nulidade processual. Todavia, todos sabem de sua quase ineficiência<sup>571</sup>. O seu fim maior, que é a comunicação, acaba não ocorrendo, porque não raras as vezes o receptor da mensagem sequer toma conhecimento de seu conteúdo. A comunicação, então, não ocorre.

É de se ressaltar que o mediador não poderá, também, agendar a sessão para uma data e para horários que sejam inconvenientes para as partes. Nem para dias demasiadamente distantes do requerimento. Não se pode correr o risco de acontecer o que comumente ocorre nas praxes jurídicas, cujas audiências são marcadas com interregno temporal de quase meio ano depois da distribuição. Quanto ao horário, é fundamental que não seja estabelecido em momentos impróprios para as partes, como no meio do horário de trabalho. Por certo que a data e o horário da primeira sessão deverão ser marcados pelo próprio mediador, haja vista que ele ainda não teve qualquer contato com as partes. Mas é de todo prudente que, na necessidade de remarcar a sessão, sejam ouvidas as partes e que opinem no melhor dia e horário.

---

<sup>570</sup> ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. Da Mediação Prévia. In: PINHO, Humberto Della Bernardina de. (Org.). *Teoria Geral da Mediação à luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 171.

<sup>571</sup> SPENGLER NETO, Theobaldo. *Condições e possibilidades do princípio constitucional da ampla defesa no processo civil brasileiro*. 2001. 154 f. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2001).



No que se refere ao local das mediações, este já vem previamente definido no PL, em seu art. 41<sup>572</sup>, que estabelece que “será sempre realizada em local de fácil acesso, com estrutura suficiente para o atendimento condigno dos interessados”. Portanto, poderá ser a sessão de mediação marcada junto ao Poder Judiciário, se o fórum local dispuser de lugar destinado especialmente para tal fim ou em instalações de instituições ou escritórios de profissionais que oferecem este trabalho e que estejam, evidentemente, cadastrados junto ao Tribunal de Justiça de seu Estado como aptos a serem mediadores. Seja onde for, o PL apenas apresenta a exigência de que seja de fácil acesso para a população e que a estrutura seja suficiente para o atendimento dos interessados.

Esta primeira sessão de mediação será o momento inicial em que o mediador terá contato com as partes envolvidas no conflito. É neste primeiro momento que o mediador irá explanar acerca do processo, quais são suas etapas, expectativas e objetivos. Tratar-se-á, nesta oportunidade, quais as funções de cada pessoa, inclusive do mediador, dentro do processo. Enfim, será um momento de acolhimento das partes a fim de se criar uma atmosfera capaz de contribuir para um bom desenvolvimento da mediação<sup>573</sup>.

O § 3º do art. 30 do PL traz, sem dúvida, um dos temas mais instigantes do projeto: a presença do advogado no processo de mediação. Dispõe o referido texto legal que a “cientificação ao requerido conterà a recomendação de que deverá comparecer à sessão acompanhado de advogado, quando a presença deste for indispensável [...]”.

Em que pese o PL tenha se referido apenas em cientificação do requerido, entende-se que tal recomendação também possa ser estendida ao requerente, quando este solicitar a mediação sem a presença de um patrono, no uso da faculdade do *caput* do art. 30 do PL. Não se pode conceber a ideia de que a oportunidade em constituir um advogado seja prerrogativa apenas do requerido. Tal situação acabaria por desigualar as partes envolvidas no conflito de modo que o requerido estaria amparado por um advogado, assessorando-o juridicamente, enquanto o requerente estaria sozinho na sessão de mediação. Desta forma, é de todo conveniente que, se o mediador entender por bem cientificar o requerido de que deverá vir acompanhado de advogado, o mesmo deve fazer em relação ao requerente, caso este ainda não tenha constituído um.

A grande discussão que se faz quando da leitura do referido parágrafo refere-se à falta de objetividade do legislador em destacar quando a presença do advogado é indispensável para a mediação. Embora preveja sua presença, não elenca as causas em que esta se torna necessária, indispensável. Isto cabe, portanto, à doutrina.

Trata-se, a nosso ver, de uma questão delicada. A Constituição Federal já fez questão de destacar que o advogado é indispensável à administração da justiça (art. 133). Contudo, o Brasil já possui exemplo em que o advogado é dispensável,

---

<sup>572</sup> A análise pormenorizada do artigo será feita oportunamente.

<sup>573</sup> Em anexo ao livro, encontra-se um adendo onde se mostra os passos e as etapas de uma mediação, bem como um exemplo de uma sessão de abertura.

podendo a própria parte postular em juízo<sup>574</sup>. Com a aprovação do presente PL, abrir-se-ia mais uma das possibilidades.

Carlos Eduardo Vasconcelos<sup>575</sup> já teve oportunidade de afirmar que, em regra, a presença dos advogados na mediação é dispensável. Argumenta no sentido de que, se os mediados necessitarem suporte jurídico, a sessão poderá ser suspensa e remarçada, para que entrem em contato com seus advogados e se assessorem juridicamente.

O posicionamento não está equivocado. Efetivamente, durante as sessões de mediação o foco principal está voltado para as partes, na tentativa de reestruturar as relações e estabelecer o diálogo capaz de construir um acordo. Diferentemente das audiências convencionais, nas quais quem fala é o advogado, na mediação os “atores principais” são as próprias partes. Elas que se dirigirão ao mediador e irão expor seus pontos de vista. A função do advogado cinge-se apenas no assessoramento jurídico, no aporte legal, a fim de que se evitem acordos injustos ou descompassos legais.

O § 3º ainda menciona que em caso do requerido não constituir advogado, mesmo quando expressamente sugerido, o mediador deverá solicitar o patrocínio da Defensoria Pública da comarca local ou, na falta desta, requerer à Ordem dos Advogados do Brasil da subseção a designação de advogado dativo. Somente no caso de impossibilidade de pronto atendimento de ambos é que a sessão de mediação será remarçada. Nesse caso, os interessados já saem cientificados da nova data e da indispensabilidade dos advogados.

Por outro lado, embora de indiscutível importância, a presença dos advogados nas sessões implica ainda em uma importante análise comportamental. É inegável que a atual conjuntura jurídica do Brasil implica numa litigiosidade acalorada e os advogados, em sua grande maioria, estão preparados para isso. Há um grande paradigma formado sob o enfoque da guerra. Nos ensinamentos de Vasconcelos<sup>576</sup>, trata-se de uma justiça “que estufa vaidades e alimenta uma advocacia litigiosa, quase raivosa, voltada à exploração do conflito, em detrimento da sua efetiva transformação”.

A mediação é um processo que foge de todos esses paradigmas. É instrumento que busca a autocomposição, não seguindo técnicas adversariais como um processo judicial. Diferentemente deste, o que se busca com a mediação é resolver a relação afetivo-conflituosa e não apenas o litígio<sup>577</sup>. A pergunta que se impõe é se os advogados estarão preparados de serem coadjuvantes do processo, voltado na busca cordial da solução, mais ouvindo as partes do que propriamente atuando. Caivano<sup>578</sup>, em sua obra, chegou a asseverar que não é incomum os

---

<sup>574</sup> Cite-se, a título exemplificativo, a Lei dos Juizados Especiais (estadual e federal) que permite, em determinadas causas, a dispensa do advogado e a Consolidação das Leis do Trabalho que também prevê a possibilidade da própria parte postular na justiça especializada.

<sup>575</sup> VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de Conflitos e práticas restaurativas*. São Paulo: Método, 2008, p. 183.

<sup>576</sup> VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de Conflitos e práticas restaurativas*. São Paulo: Método, 2008, p. 45.

<sup>577</sup> WARAT, Luis Alberto. *Surfando na Pororoca: O ofício do mediador*. 3. v. Florianópolis: Boiteux, 2004.

<sup>578</sup> CAIVANO, Roque J.; GOBBI, Marcelo; PADILLA, Roberto E. *Negociación y Mediación: Instrumentos apropiados para la Abogacía Moderna*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997, p. 241.

advogados transferirem à mediação todo o padrão de conduta adotado nas praxes jurídicas. Efetivamente, tais atitudes acabariam por embaraçar o procedimento e dificultar a autocomposição.

Se os patronos entenderem o espírito norteador do processo de mediação e deixarem de lado o pensamento de litigiosidade, em muito poderá contribuir na construção de um acordo mais justo e equânime, assessorando as partes na busca de tal fim. Mas é necessário para que isso ocorra a mudança de postura.

Caivano<sup>579</sup> destaca em sua obra que se fosse perguntado à população o que significa um bom advogado, uma maioria esmagadora iria responder que é aquele que luta pelos interesses do cliente. Não deixa de estar errado. Contudo, o autor destaca que o preocupante é quando se concretiza o sentimento de que a defesa desses interesses deve correr apenas através dos meios judiciais litigiosos. Essa forma de espelhar o advogado baseia-se, ainda segundo o autor, em dois pressupostos culturais: o primeiro que as partes envolvidas no conflito são “adversários”, e como tais, um precisa ganhar e outro perder e a função do advogado está em fazer seu cliente ser o ganhador desta relação conflituosa, e o segundo pressuposto está que a solução deve ocorrer com a aplicação da lei ao caso concreto, através de um terceiro imparcial.

Como a mediação surge na contramão desses princípios, a resistência é compreensível. O desconhecimento sempre gera o receio e, no Direito, não raras vezes, questionamentos acerca da constitucionalidade da lei!

Hodiernamente, há forte tendência em rediscutir o papel do advogado na sociedade. Sua função, além de identificar o conflito e de atuar em prol de seus clientes, é encontrar o meio mais apropriado de solução do litígio. A jurisdição estatal, embora ainda monopolizadora da tutela jurisdicional, não é o meio mais adequado de resolução de certas controvérsias, dada sua conhecida morosidade e seu formalismo característico. A mediação, nesse contexto, encontra-se inserida dentre os meios alternativos, não adversariais, de tratamento dos conflitos, voltada mais para o humano e para a construção de um acordo advindo da reestruturação da confiança e das relações intersubjetivas.

Portanto, derradeiramente, a participação dos advogados nos processos de mediação torna-se salutar se o posicionamento adotado coadunar-se com seu propósito, auxiliando as partes na construção do acordo final.

Ainda no art. 30, o PL prevê a possibilidade de substituição do mediador. Como anteriormente destacado, quando a mediação prévia ser judicial, o seu requerimento será distribuído através de um serviço de distribuição. Portanto, o mediador designado virá de um sorteio, salvo se a parte interessada já indicar um no próprio formulário. Neste caso, quando a escolha independer da vontade dos mediados, o § 4º admite a hipótese de que haja a troca do mediador, se houver acordo mútuo entre estes. Perceba que a lei não descreveu taxativamente em quais hipóteses poderiam as partes substituir o mediador, ou seja, não limitou a possibilidade de troca em casos estritamente descritos pelo comando legal. Desde que haja acordo mútuo, haverá tal possibilidade. Nessa seara, portanto, a substituição poderá ser conseqüência de qualquer causa: falta de afinidade com o mediador, quebra da imparcialidade, da confiança, do sigilo, falta de conhecimento acerca do objeto do conflito. Enfim, por qualquer motivo. A única exigência feita

---

<sup>579</sup> Ibidem, 69-70.

pelo PL é que a substituição deverá vir baseada no acordo mútuo e não de forma unilateral.

Os interessados podem substituir o mediador por outro judicial, ou se entenderem mais prudente, podem optar por um mediador extrajudicial. O PL delega aos mediados ampla possibilidade de escolha.

É claro que a substituição do mediador não isenta o pagamento pelos serviços prestados pelo profissional (salvo, evidentemente, se a troca ocorreu antes mesmo de qualquer encontro com os mediados). A remuneração, conforme se verá adiante, segue os critérios fixados pela norma local nos quais se realizaram as sessões, conforme dispõe o art. 42<sup>580</sup>.

Por fim, no que se refere ao art. 30, o § 5º traz as causas em que a mediação pode ser julgada frustrada. Estabelece o referido texto que “não sendo encontrado o requerido, ou não comparecendo qualquer das partes, estará frustrada a mediação”.

O primeiro motivo a que alude o PL é a impossibilidade de encontrar o requerido para comunicar-lhe do dia, hora e local da mediação. Nesse caso, o requerido nem sabe da tentativa do requerente em mediar o conflito porquanto não toma ciência da aludida mediação.

O segundo motivo é a ausência de qualquer dos interessados, não obstante terem sido devidamente notificados e informados. Como a mediação pressupõe a presença de todos os envolvidos no conflito, o não comparecimento de uma das partes implica na sua imediata frustração. Na mediação, o acordo é construído através das próprias partes, através do diálogo e da aproximação delas. Portanto, o comparecimento de ambas é indispensável.

Em caso de ausência de uma das partes, não há qualquer impedimento para que se tente, pelo menos mais uma vez, marcar nova sessão. Não é difícil imaginar casos em que algo imprevisto possa impossibilitar a ida de alguma das partes à mediação agendada. Então, nada impede que o mediador remarque a sessão e comunique ao faltante da nova data a fim de que se tente mediar.

Derradeiramente, consigne-se que por ser a mediação prévia estritamente facultativa e voluntária, não há que se falar em qualquer prejuízo ao requerido no caso de ausência à sessão marcada. O único prejuízo é a postergação da controvérsia e a impossibilidade de resolver o problema de forma amigável e célere.

Por essa razão, nem de longe se cogita qualquer presunção de veracidade dos fatos descritos no formulário ou qualquer consequência jurídica pela ausência.

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

**Parágrafo único. O mediador devolverá o requerimento ao distribuidor, acompanhado do termo de mediação, para as devidas anotações.**

O artigo em comento prevê a necessidade de lavrar o termo de mediação, ainda que não se tenha obtido o acordo, caso em que a impossibilidade do mesmo deverá ser consignada descrevendo os motivos geradores. Em caso de acordo exitoso, todas as suas cláusulas deverão ser descritas de forma detalhada.

---

<sup>580</sup> Destaca-se que o exame pormenorizado do referido artigo é realizado posteriormente, no capítulo VI do PL.

Nesses termos, é importante que o mediador ajude as partes a entender que quando uma delas ou ambas propõe um acordo e este é rejeitado pelo outro torna-se necessário descobrir o porquê. Quais interesses dele sua proposta deixou de atender? Em outras palavras, ele pode propor que as partes se perguntem entre si: “Ajude-me a entender a sua resistência. Em que esta proposta não satisfaz seus interesses?”. Assim, uma proposta de acordo inteligente tem por objetivo a satisfação das necessidades essenciais de quem a propõe, bem como atender as necessidades do *outro*. Observa-se a transformação de uma situação que à primeira vista pode parecer de ou-ou (ou você perde ou perde ele) em um resultado e-e (no qual ambos os lados saem ganhando)<sup>581</sup>.

Os principais obstáculos que impedem as partes de chegar ao acordo poderão ser de três ordens: a) primeiro, talvez exista alguma necessidade ou preocupação não atendida; b) segundo, mesmo que, pessoalmente, os conflitantes se disponham a concordar, talvez se preocupem com a opinião de indivíduos importantes que representem, cuja aprovação lhe seja necessária ou desejável; c) terceiro, ainda que ambos digam **sim** à proposta, talvez esse **sim** não seja duradouro, pois o processo de dizer **não** de tal maneira pode ter causado uma tensão no relacionamento que, a menos que o conciliador o ajude a repará-lo, ele estará irremediavelmente danificado<sup>582</sup>.

Embora o ideal seja que o resultado do acordo beneficie a todos, nem sempre isso é possível. Dependendo do que um dos conflitantes propor ao outro para fazer, talvez ele não se veja ganhando. A chave é não encarar o resultado como um prejuízo, mas, sim, como um acordo com o qual possa conviver de forma contínua. É preciso que o resultado leve em consideração as suas necessidades mais básicas e atenda melhor a seus interesses do que qualquer outra alternativa seria capaz de fazer.

Porém, mais do que chegar ao consenso, é preciso que a mediação redunde em um acordo bem redigido, claro, conciso e, principalmente, que torne as partes compromissadas com o seu cumprimento.

O acordo também deve possibilitar uma leitura prática e dinâmica. Para tanto, precisa encerrar as vontades das partes de maneira sucinta, mas sem omitir pontos relevantes. A objetividade depende da atenção às questões que de fato interfiram na sua efetivação, bem como da explicitação de cada questão de forma pontual. Para uma boa redação do acordo, a objetividade deve se harmonizar com a especificidade, de modo que se incluam as informações essenciais excluindo-se aquelas que não precisariam ser declinadas.

Por fim, na tentativa de garantir o pleno cumprimento do acordo, o mediador ainda pode lançar mão de outro mecanismo utilizado no momento de produção do documento, qual seja, a positividade. A maneira de enunciar as obrigações assumidas pelas partes deve, sempre que possível, voltar-se para o incentivo à prática da conduta. O mediador deve esforçar-se para descrever o comportamento desejado de forma construtiva e otimista, ressaltando, por exemplo, o caráter de cordialidade e de comprometimento recíproco que se buscaram alcançar durante

---

<sup>581</sup> URY, William. *O poder do não positivo*: como dizer não e ainda chegar ao sim. Tradução de Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 204-205.

<sup>582</sup> Ibidem, p. 203.

todas as fases da mediação em que se empenharam<sup>583</sup>.

É importante concluir o acordo com um tom positivo, do mesmo modo como foi importante começar. Em resumo, o autor sugere que se reconheça a existência de dificuldades, e que se agradeça ao outro, concentrando-se em um futuro positivo. Não há necessidade de palavras melosas – um reconhecimento objetivo e um simples obrigado bastam. O outro terá mais propensão para implementar um acordo, caso se sinta bem a respeito dele.

Além disso, deve-se dar preferência a expressões no plural, como “as partes”, no lugar de termos que se dirijam a apenas uma delas, como “o réu se compromete a agir com cortesia”, a fim de descaracterizar a existência de culpa de um ou de outro. Na mediação, ao invés de atribuir culpa e censurar, prioriza-se a ressalva de que as partes e o mediador trabalham para a obtenção de uma solução que satisfaça os envolvidos, em todos seus interesses e sentimentos e origine um comprometimento mútuo. Dizendo-se “As partes comprometem-se a agir com cortesia”, virá implícito que ambas desenvolverão empenho para não travar discussões, nem ofensas.

Porém, o acordo pode não ser o único desfecho da mediação. Não obstante ele ser o seu escopo principal, o fato de não ter sido exitoso não significa que a mediação tenha fracassado. O objetivo maior do procedimento de mediação é o restabelecimento da comunicação, fazendo com que as pessoas voltem a conversar entre si, falando sobre o conflito e criando alternativas para tratá-lo de forma eficaz e adequada. Mesmo que o acordo não tenha acontecido, o fato das partes terem conversado sobre o conflito responsabilizando-se pelo tratamento do mesmo, sem acusações recíprocas ou a busca por culpados já é um grande avanço. Se a comunicação rompida foi restaurada, e a autonomia das partes na escolha de opções para o problema se verificar é possível afirmar que a mediação foi exitosa.

Em qualquer uma das circunstâncias, existindo ou não acordo, tudo deverá ser descrito no termo de mediação, conforme pode-se depreender da leitura do art. 7º do presente projeto de lei. Tal se dá porque a declaração, no termo de mediação, de que a mesma resultou frustrada atende ao requisito disposto no art. 34, inciso IX que prevê a dispensa da mediação incidental (que é obrigatória segundo prevê o projeto de lei) quando não tiver sido previamente realizada.

No entanto, se o mediador que funcionou na mediação frustrada não for registrado nos moldes do capítulo III do projeto de lei, a mediação prévia por ele realizada não evitará a incidência da norma que determina a realização obrigatória da mesma de maneira incidental. Da mesma forma, para que o termo de mediação constitua título executivo extrajudicial ou judicial os requisitos verificados nos arts. 7º e 8º deverão ser obedecidos. O termo precisa, ainda, ser assinado pelo mediador, pelas partes e por seus advogados<sup>584</sup>.

Feito isso, o próximo passo, conforme determina o parágrafo único do art. em comento, é o mediador fazer a devolução do requerimento (instruído com uma das

---

<sup>583</sup> AZEVEDO, André Gomma de; BACELLAR, Roberto Portugal. *Manual de Autocomposição Judicial*. Coleção: Estudos em arbitragem, mediação e negociação. André Gomma de Azevedo e Ivan Machado Barbosa (Org.). Brasília: Grupos de Pesquisa, 2007, p. 140.

<sup>584</sup> ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. Da Mediação Prévia. In: PINHO, Humberto Della Bernardina de. (Org.). *Teoria Geral da Mediação à luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 181.

vias do termo) de mediação para o serviço de distribuição. Atender essa exigência cumpre com duas finalidades: a) facilitar a verificação acerca do preenchimento do requisito contido no art. 34, inciso IX (conforme comentário acima); b) subsidiar os responsáveis pelo controle da atividade de mediação com dados estatísticos que possam servir para o aprimoramento do método e até, futuramente, da própria legislação que regula o instituto<sup>585</sup>.

**Art. 32. A mediação prévia extrajudicial, a critério dos interessados, ficará a cargo de mediador independente ou daquele ligado à instituição especializada em mediação.**

A mediação prévia extrajudicial já foi anteriormente abordada, de modo que os equívocos quanto às expressões judicial e extrajudicial já foram objeto de discussão. De qualquer modo, é importante referir que os reflexos quanto à aplicação equivocada de tais termos pode ser avistado em todos os capítulos do projeto de lei.

O mediador independente previsto no art. 32 do projeto de lei é aquele assim chamado por não estar ligado a nenhuma instituição especializada em mediação. Como na mediação prévia extrajudicial inexistente formulário padronizado. Cada instituição a qual pertença o mediador ou ele, de maneira individual, se não estiver atrelado a nenhuma delas deverá indicar o procedimento de mediação adotado e o formulário a ser preenchido.

Com base nos arts. 11 e 12 do presente projeto de lei, pode-se entender que existirão dois registros de mediadores: o registro dos mediadores judiciais e o registro dos mediadores extrajudiciais.

Assim, ainda que extrajudicial, toda mediação deverá adotar um procedimento que é traduzido por estágios e por técnicas de mediação, aplicados conforme a necessidade para fins de alcançar um acordo total ou parcial e, mesmo que esse não seja viável, para restabelecer a comunicação entre os conflitantes<sup>586</sup>.

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

Além de inerente à condição humana, o conflito é uma forma social possibilitadora de elaborações evolutivas e retroativas no concernente a instituições, estruturas e interações sociais, possuindo a capacidade de constituir-se num espaço em que o próprio confronto é um ato de reconhecimento produzindo, simultaneamente, uma transformação nas relações daí resultantes. Desse modo, o conflito pode ser classificado como um processo dinâmico de interação humana e confronto de poder no qual uma parte influencia e qualifica o movimento da outra.

Estar em conflito é apenas uma das possíveis formas de interação entre indivíduos, grupos, organizações e coletividades. Uma outra possível forma de interação é a cooperação. Os conflitos – como se disse – podem acontecer entre

---

<sup>585</sup> Ibidem, p.181-182.

<sup>586</sup> Sobre o assunto, ver capítulo específico.

indivíduos, grupos, organizações e coletividades. Existem, então, diversos níveis nos quais podem ser situados<sup>587</sup>.

Nesses termos, o conflito é inevitável e salutar (especialmente se queremos chamar a sociedade na qual se insere de democrática), o importante é encontrar meios autônomos de manejá-lo fugindo da ideia de que seja um fenômeno patológico e encarando-o como um fato, um evento fisiológico importante, positivo ou negativo conforme os valores inseridos no contexto social analisado. Uma sociedade sem conflitos é estática<sup>588</sup>.

A importância do conflito para o desenvolvimento e amadurecimento democrático das relações sociais será abordada numa perspectiva que tem por objetivo demonstrar não somente os aspectos negativos, mas também aqueles positivos da interação conflitiva. Assim, não obstante todo conflito ser considerado uma perturbação que rompe com a harmonia e equilíbrio constituidores do *estado normal* da sociedade, ele é importante uma vez que impede a estagnação social. Por conseguinte, o conflito não pode ser visto somente como uma patologia social. Conflito é também vitalidade.

Os vários tipos de conflito podem ser distintos entre eles com base em algumas características objetivas: dimensões, intensidade, objetivos. Quanto à *dimensão*, o indicador utilizado será constituído pelo número de participantes potenciais (por exemplo, uma greve na qual participam todos os trabalhadores das empresas envolvidas). A *intensidade* poderá ser avaliada com base no grau de envolvimento dos participantes, na sua disponibilidade a resistir até o fim (perseguindo os chamados fins não negociáveis) ou a entrar em tratativas apenas negociáveis. A *violência* não é um componente da intensidade; ela, de fato, não mede o grau de envolvimento; mas assinala a inexistência, a inadequação, a ruptura de normas aceitas por ambas as partes e de regras do jogo. A violência pode ser considerada um instrumento utilizável num conflito social ou político, mas não o único e nem necessariamente o mais eficaz<sup>589</sup>.

Dependendo da complexidade do conflito levado à mediação é possível a atuação do mediador com a participação de um co-mediador durante o procedimento. Esse co-mediador poderá auxiliar no procedimento de mediação em todos os estágios bem como aplicar as técnicas durante os mesmos. Segundo o art. 16 do projeto de lei a co-mediação é obrigatória nos processos que dizem respeito ao estado da pessoa ou ao direito de família em função da importância e complexidade dos mesmos. Da mesma forma, ele deverá ser exercido por um psicólogo, psiquiatra ou assistente social em função da especificidade de conhecimentos e da área de formação que esses profissionais apresentam.

---

<sup>587</sup> PASQUINO, Gianfranco. Conflitto. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; \_\_\_\_\_. *Dicionário de Política*. v. 1. Tradução Carmen V. Varriale et al. 12. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004.

<sup>588</sup> BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

<sup>589</sup> PASQUINO, Gianfranco. Conflitto. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; \_\_\_\_\_. *Dicionário de Política*. v. 1. Tradução Carmen V. Varriale et al. 12. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004, p. 226. Julien Freund se posiciona de modo contrário, afirmando que a violência efetiva ou virtual está no meio do conflito e que ela faz parte de sua substância, tornando-se o ponto principal de diferenciação entre o conflito, a competição e o concurso (FREUND, Julien. *Il terzo, il nemico, il conflitto*. Materiali per una teoria del politico. A cura di Alessandro Campi. Milano: Giuffrè, 1995, p. 83-84).



Ainda que o procedimento de mediação tenha como base conflitos que envolvam outras áreas que não aquelas indicadas no art. 16 (nas quais a co-mediação é obrigatória), além do mediador (judicial ou extrajudicial), as próprias partes podem requerer a co-mediação se perceberem a sua necessidade.

O principal escopo da co-mediação nada mais é do que agregar ao mediador um segundo profissional que, partindo dos conhecimentos específicos que sua profissão lhe trouxe, torne o procedimento mediativo mais humano, mais eficaz e mais adequado ao tipo de conflito existente entre as partes. Justamente por isso, é necessário que exista um mínimo de sintonia entre os movimentos do mediador e do co-mediador, uma vez que contradições, atitudes e procedimentos desconhecidos provenientes dos mesmos geram nas partes insegurança quanto à necessidade de seu trabalho e ao papel desempenhado pelos mesmos.

Justamente porque pode utilizar os conhecimentos e os serviços de áreas próximas, porém diferentes (direito, psicologia e serviço social, por exemplo), a mediação é uma prática transdisciplinar que se utiliza do trabalho de um mediador e de um ou mais co-mediadores que formam uma equipe multidisciplinar com várias competências que se complementam entre si, oferecendo às partes uma assistência integral. O papel da transdisciplinariedade é justamente constituir um conhecimento em rede que permita a integração de diferentes paradigmas para atender necessidades diversas<sup>590</sup>.

Por conseguinte, enquanto instrumento de difusão e aprimoramento da prática e do pensamento interdisciplinar, a mediação empresta ao fenômeno jurídico a necessária visão da complexidade inerente ao ser humano. Tal se dá porque a mediação inter/transdisciplinar apela ao ser profissional da área de ciências humanas, requerendo o exercício da empatia contribuindo para a formação e prática de um novo paradigma que vá além da cultura do litígio<sup>591</sup>.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. Da Mediação Prévia. In: PINHO, Humberto Della Bernardina de. (Org.). *Teoria Geral da Mediação à luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ALPA, Guido. *L'arte di giudicare*. Roma-Bari: Laterza, 1996.

AZEVEDO, André Gomma de; BACELLAR, Roberto Portugal. *Manual de Autocomposição Judicial*. Coleção: Estudos em arbitragem, mediação e negociação. André Gomma de Azevedo e Ivan Machado Barbosa (Org.). Brasília: Grupos de Pesquisa, 2007.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

---

<sup>590</sup> MUSZKAT, Malvina E.; OLIVEIRA, Maria Coleta; UNBEHAUM, Sandra; MUSZKAT, Susana. *Mediação transdisciplinar*. Uma metodologia de trabalho em situações de conflito de gênero. São Paulo: Summus, 2008, p. 48-49.

<sup>591</sup> GOENINGA, Giselle Câmara. Mediação interdisciplinar: um novo paradigma. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, v. 8, n. 40, p. 152-170, fev./mar. 2007.

- BOUCHARD, Marco; MIEROLO, Giovanni. *Offesa e riparazione. Per una nuova giustizia attraverso la mediazione*. Milano: Bruno Mondadori, 2005.
- BRASIL. Código Civil (2002). Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Diário Oficial da União, Brasília, p. 1, 11 jan. 2002.
- BRASIL. Código de Processo Civil (1973). Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Diário Oficial da União, Brasília, p. 1, 17 jan. 1973.
- CAIVANO, Roque J.; GOBBI, Marcelo; PADILLA, Roberto E. *Negociación y Mediación: Instrumentos apropiados para la Abogacía Moderna*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997.
- CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- FREUND, Julien. *Il terzo, il nemico, il conflitto*. Materiali per una teoria del politico. A cura di Alessandro Campi. Milano: Giuffrè, 1995.
- GARAPON, Antoine. *Bem julgar*. Ensaio sobre o ritual do Judiciário. Tradução de Pedro Filipe Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.
- GOENINGA, Giselle Câmara. Mediação interdisciplinar: um novo paradigma. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, v. 8, n. 40, p. 152-170, fev./mar. 2007.
- MUSZKAT, Malvina E.; OLIVEIRA, Maria Coleta; UNBEHAUM, Sandra; MUSZKAT, Susana. *Mediação transdisciplinar*. Uma metodologia de trabalho em situações de conflito de gênero. São Paulo: Summus, 2008.
- PASQUINO, Gianfranco. Conflitto. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; \_\_\_\_\_. *Diccionario de Política*. v. 1. Tradução Carmen V. Varriale et al. 12. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004.
- RESTA, Eligio. Le verità e il processo. In: MARINI, Alarico Mariani. *Processo e verità*. Pisa: Plus, 2004.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Parte Geral do Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- SIX, Jean François. *Dinâmica da mediação*. Tradução de Giselle Groeninga de Almeida, Águida Arruda Barbosa e Eliana Riberti Nazareth. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- SPENGLER NETO, Theobaldo. *Condições e possibilidades do princípio constitucional da ampla defesa no processo civil brasileiro*. 2001. 154 f. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2001).
- SPENGLER, Fabiana Marion. *Tempo, direito e jurisdição: reflexos na prestação jurisdicional do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- URY, William. *O poder do não positivo: como dizer não e ainda chegar ao sim*. Tradução de Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.
- VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de Conflitos e práticas restaurativas*. São Paulo: Método, 2008.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil - Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2004.

WARAT, Luis Alberto. *Epistemologia e ensino do direito. O sonho acabou*. v. 2. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

\_\_\_\_\_. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador*. 3. v. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

## CAPÍTULO V

### DA MEDIAÇÃO INCIDENTAL

*Sandro Seixas Trentin*<sup>592</sup>  
*Taise Rabelo Dutra*<sup>593</sup>  
*Sheila Marione Ulhmann*<sup>594</sup>

**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;**

**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.**

Inicialmente, o Projeto de Lei apresenta a mediação prévia e a incidental<sup>595</sup>, distinguindo-as pelo momento da instauração do processo de mediação, ou seja, a

---

<sup>592</sup> Mestrando em Direito Público na Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL. Integrante do Grupo de Pesquisas “Políticas Públicas no tratamento dos conflitos”, vinculado ao CNPq, sob a coordenação da Prof.<sup>ª</sup> Dr.<sup>ª</sup>. Fabiana Marion Spengler. Professor universitário e advogado.

<sup>593</sup> Mestranda em Direito Público na Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Pós-graduada em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, advogada. Integrante do Grupo de Pesquisas “Políticas Públicas no tratamento dos conflitos”, vinculado ao CNPq, sob a coordenação da Prof.<sup>ª</sup> Dr.<sup>ª</sup>. Fabiana Marion Spengler.

<sup>594</sup> Acadêmica do 10<sup>º</sup> Semestre do Curso de Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul. Integrante do Grupo de Pesquisas “Políticas Públicas no tratamento dos conflitos”, vinculado ao CNPq e bolsista no Projeto de Extensão intitulado “A crise da jurisdição e a cultura da paz: a mediação como meio democrático, autônomo e consensuado de tratar dos conflitos”, ambos sob a coordenação da Prof.<sup>ª</sup> Dr.<sup>ª</sup>. Fabiana Marion Spengler.

<sup>595</sup> É incidental por ser uma questão acessória a ser decidida, que emerge no curso de uma questão principal. No vocabulário jurídico o termo é aplicado para qualificar todo ato ou ação que venha supervenientemente, quando o processo já está em curso, alterando seu trâmite normal ou ordinário. (SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 14. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.)

primeira realiza-se anterior à instauração de demanda perante o Judiciário, enquanto a mediação incidental ocorre no curso do processo judicial, bem como traz o art. 3º desse projeto<sup>596</sup>.

Podemos dizer que o aspecto mais polêmico do projeto trata exatamente da mediação incidental, pois traz a obrigatoriedade da realização desse procedimento em todos os processos de conhecimento<sup>597</sup> excetuando apenas o que elenca nos incisos do art. 34.

Naturalmente a mediação traz vantagens incontestes, porém não podemos divergir que torná-la compulsória é ir contra a um método que detém claramente a forma consensual como objeto principal inserida em seu escopo.

Dentre as principais vantagens da mediação em relação ao processo judicial, estão à diminuição nos custos e tempo de duração do processo, efetiva resolução do conflito com a melhora da relação entre as partes e a prevenção de novos litígios. Existe também uma maior tendência das partes cumprirem o acordo, uma vez que participaram de sua elaboração<sup>598</sup>.

Na mediação, as partes têm a possibilidade de discutir sobre os pontos jurídicos da controvérsia e, ainda, as questões de cunho emocional implicitamente consideradas. Em um procedimento judicial, isso não é possível, pois o magistrado conduz todo o processo devendo se ater aos limites da lide<sup>599</sup>, ao passo que na mediação, o mediador não tem poder de decisão.

Talvez a compulsoriedade da mediação incidental, no direito brasileiro, tenha sido a maneira com que o legislador viu de tentar estimular a sua prática, eis, pois, que se assim não fosse, mais difícil seria torná-la usual à sociedade, aos advogados e aos juízes. Do contrário, quem sabe estaria esse método possivelmente fadado a ser desconhecido para ampla quantia da população.

Sob outro espectro, Grinover aduz que a imposição da mediação fundamenta-se na premissa de que as partes, ao participar da solução de seus próprios conflitos, estão contribuindo para o exercício da sua cidadania, ingerindo na administração da justiça e respondendo, assim, as exigências democráticas<sup>600</sup>.

Para Pantoja, o fato da mediação não ser recomendada, e sim imposta, contraria os próprios fundamentos deste mecanismo de solução de conflitos, que é derivado do consenso e não do *imperium* estatal, permanecendo o projeto fiel à cultura estatizante<sup>601</sup>.

---

<sup>596</sup> Art. 3º do Projeto de Lei: "A mediação paraprocessual será prévia ou incidental, em relação ao momento de sua instauração, e judicial ou extrajudicial, conforme a qualidade dos mediadores".

<sup>597</sup> Podemos conceituar o processo de conhecimento como aquele que tem por objetivo atribuir o direito entre pretensões contestadas. (SIDOU, J. M. Othon. *Dicionário Jurídico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.)

<sup>598</sup> ZYLSTRA, Alexandria. The Road from Voluntary Mediation to Mandatory Good Faith Requirements: A Road Best Left Untraveled. In: *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*. v. 17, 2001, p. 72-73.

<sup>599</sup> Código de Processo Civil. Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

<sup>600</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. A Conciliação extrajudicial no quadro participativo. In: *Novas Tendências do Direito Processual*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1988, p. 288.

<sup>601</sup> PANTOJA, Fernanda Medina. Da Mediação Incidental. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral da Mediação à luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 196.

Diga-se de passagem, suspender o processo por 90 dias<sup>602</sup> fere o princípio da razoável duração do processo, garantido pela Emenda Constitucional nº 45/2004<sup>603</sup>, além de onerar as partes, pois mesmo que não se realize o acordo, deverão arcar com os honorários do mediador.

Assim, se aquele que busca a prestação jurisdicional ingressar em juízo sem a prévia mediação terá que, necessariamente, submeter-se à mediação incidental no curso do processo que, para essa finalidade, será suspenso pelo juiz. Nessa suposição, uma cópia dos autos deverá ser remetida a um mediador, que aprazará uma data para a sessão de mediação<sup>604</sup>, determinando que as partes sejam intimadas<sup>605</sup> ao comparecimento.

Desse modo, o caput do art. 34 do PL refere que esse método somente terá lugar no processo de conhecimento, sendo este dentro do nosso sistema processual, como aquele em que o objetivo é a busca pela constituição de uma decisão judicial que aplique o direito ao caso concreto, estando previsto na legislação adjetiva, envolvendo o rito ordinário<sup>606</sup> e o rito sumário<sup>607</sup>. Contudo, ao mencionar a incidência apenas no processo de conhecimento, presume-se de plano, estar de fora uma outra divisão do sistema processual brasileiro, ou seja, o processo de execução<sup>608</sup>.

Quanto à notada similitude entre a sessão de mediação incidental e a audiência preliminar do art. 331 do CPC<sup>609</sup>, têm-se para esta última, as alterações

---

<sup>602</sup> O assunto será aprofundado adiante.

<sup>603</sup> Constituição Federal. Art. 5º, inciso LXXVIII. A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

<sup>604</sup> A sessão de mediação assemelha-se com a audiência, sendo esta uma reunião solene presidida pelo juiz para a realização de atos processuais e aquela, uma reunião das partes presidida pelo mediador, na qual terão a oportunidade de expor o seu caso e manifestar as suas necessidades e interesses.

<sup>605</sup> Na intimação deverá conter a “recomendação” de que as partes deverão se fazer acompanhar de advogados, “quando indispensável a assistência judiciária”. Nesse ponto, teceremos melhor comentário quando nos referimos ao art. 37, § 1º do PL.

<sup>606</sup> O rito ordinário está regido pelo art. 282 e seguintes do CPC. É o modo comum de agir para que se ponha em movimento qualquer demanda ou contenda judicial, sendo que nas ações de conhecimento, atinge as causas não incluídas no rito sumário. (SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 14. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.)

<sup>607</sup> O procedimento sumário é determinado em razão da matéria ou em razão do valor. O inciso II do art. 275 do CPC, indica o que devem ser processadas pelo rito sumário em razão da matéria. Em razão do valor, considera-se até 60 vezes o salário mínimo.

<sup>608</sup> As formas de divisão do sistema processual brasileiro são: processo de conhecimento, processo cautelar e processo de execução, sendo este último a fase do procedimento judicial em que se postula a efetivação de um direito implícito em título executivo extrajudicial (art. 585 CPC). Quanto ao processo cautelar, não é permitida a mediação, excetuado expressamente no inciso VIII do art. 34 do projeto de lei.

<sup>609</sup> Código de Processo Civil. Art. 331. Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir.

§ 1º Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença.

feitas pela Lei nº 8.952/94<sup>610</sup> com o desígnio principal de compor amigavelmente a lide ou preparar o processo para a fase instrutória. Entretanto, na prática acabou por tornar-se, por diversas vezes, apenas mais um formalismo desnecessário. Baseado no princípio da celeridade<sup>611</sup>, as instituições modernas buscam constantemente formas alternativas para resolução de seus conflitos, visando poupar as partes e os cofres públicos do desgaste ocasionado por uma demanda. No entanto, a prática diária mostra que, inúmeras vezes, a audiência de conciliação<sup>612</sup> torna-se meramente um ato formal, que ao invés de tornar o processo mais célere, acaba por torná-lo mais lento.

É claro que, muito embora o magistrado tenha a boa intenção de solucionar de vez o litígio, sabe-se que em muitos casos não haverá a menor possibilidade de composição amigável, fazendo com que a audiência conciliatória se torne mero ato procrastinatório, o que não nos permite deixar de admitir que a intenção da audiência preliminar é tornar o processo mais rápido e justo<sup>613</sup>.

A redação do artigo deixa claro que a mediação incidental será obrigatória quando existir processo judicial de conhecimento, exceto tratando-se de ações de interdição<sup>614</sup>, falências<sup>615</sup>, recuperação judicial<sup>616</sup>, insolvência civil<sup>617</sup>, inventário<sup>618</sup>,

§ 2º Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário.

§ 3º Se o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção da prova, nos termos do § 2º.

<sup>610</sup> O advento da Lei nº 8.952/94 implicou em uma série de modificações no procedimento ordinário, inserindo a audiência preliminar ao final da fase postulatória, compondo-se este ato procedimental de três elementos que constituem sua base: a conciliação, o saneamento e o ordenamento da instrução, caso não venha a ser obtido acordo.

<sup>611</sup> O princípio da celeridade é um direito fundamental do cidadão em ver uma solução pelo Poder Judiciário em prazo razoável.

<sup>612</sup> De Plácido e Silva define audiência de conciliação como aquela que, versando o litígio sobre direitos patrimoniais de caráter privado ou nas causas de direito de família, em que a lei consinta a transação, o juiz, de ofício, antes do início da instrução, tenta conciliar as partes. Chegando a acordo o juiz mandará tomá-lo por termo que, devidamente assinado pelas partes e homologado, terá valor de sentença. (SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 14. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.)

<sup>613</sup> Abordaremos melhor o assunto ao analisarmos os arts. 43 e 44 do PL, que trata das alterações e da nova redação ao art. 331 do CPC.

<sup>614</sup> Interdição é a proibição relativa a prática de certos atos pela pessoa, tornando-a incapaz, às vezes relativo, às vezes absoluto. É considerada espécie de procedimento especial de jurisdição voluntária regulamentado pelos arts. 1.177 a 1.186 do CPC.

<sup>615</sup> Nos termos do art. 75 da Lei 11.101/05 a falência promove o afastamento do devedor de suas atividades, visando preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis da empresa.

<sup>616</sup> A recuperação judicial, conforme o caput do art. 47 da Lei 11.101/05, tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

<sup>617</sup> O CPC reconhece dois tipos de insolvência: real e presumida. A primeira vem prevista no art. 748, dispondo que: "Dá-se a insolvência toda vez que as dívidas excederem à importância dos bens do devedor". Quanto à insolvência presumida, expressa no art. 750 do mesmo diploma legal, são previstos dois requisitos, a saber:

arrolamento<sup>619</sup>, imissão de posse<sup>620</sup>, reivindicatória<sup>621</sup>, usucapião de bem imóvel<sup>622</sup>, retificação de registro público<sup>623</sup>, cautelares<sup>624</sup>, quando autor ou réu for pessoa de direito público<sup>625</sup> e a questão versar sobre direitos disponíveis<sup>626</sup> ou ainda quando o autor optar pelo procedimento do juizado especial<sup>627</sup> ou pela arbitragem<sup>628</sup>. Convém

- I. o devedor não possuir outros bens livres e desembaraçados para nomear à penhora;  
 II. forem arrestados bens do devedor, com fundamento no art. 813, I, II e III.

Ao contrair uma dívida, o devedor assume para si uma responsabilidade, devidamente respaldada pela potência patrimonial de seus bens móveis e imóveis. Enquanto o universo patrimonial responder pelas obrigações assumidas, não há falar-se em insolvência civil.

- <sup>618</sup> Inventário no direito civil e processual civil significa ação especial intentada para que se arrecadem todos os bens e direitos do *de cuius*, quer os que se encontravam em seu poder, quando de sua morte, ou em poder de outrem, desde que lhe pertençam, para que se forme o balanço acerca desses mesmos bens e das obrigações e encargos aos mesmos atribuídos. Desse modo, é inventário tomado em seu sentido amplo, desde que não se mostra mero rol de bens, mas uma exata demonstração da situação econômica do *de cuius*, pela evidência de seu ativo e de seu passivo, a fim de serem apurados os resultados, que irão ser objeto da partilha. (SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 14. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.)
- <sup>619</sup> Arrolamento é o ato pelo qual se toma o rol de várias coisas, assinalando-as ou as descrevendo por sua qualidade, números, e demais características que as distinguem entre si e de outras coisas. (SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 14. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.)
- <sup>620</sup> Diz-se imissão de posse o ato judicial que faz voltar a posse da coisa à pessoa, a quem, por direito, pertence, ou sob cuja sua guarda deve estar. (SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 14. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.)
- <sup>621</sup> A ação reivindicatória é o meio pelo qual o proprietário da coisa, quando perdida ou de que perdeu o domínio, possa persegui-la, até recuperá-la ou lhe ser restituída. Sua base legal está expressa no art. 1.228 do Código Civil.
- <sup>622</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Coisas*: Lei nº 10.406, de 10.01.2002. Rio de Janeiro: Forense, 2004 conceitua usucapião como um modo originário de aquisição da propriedade, pelo qual a pessoa que exerce a posse de um imóvel, por certo prazo previsto em lei, adquire-lhe o domínio, desde que sua posse tenha satisfeitos certos requisitos.
- <sup>623</sup> A Lei dos Registros Públicos (Lei nº 6.015/73) serve para conferir autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos, tais como o registro civil de pessoas naturais; o registro civil de pessoas jurídicas; o registro de títulos e documentos e o registro de imóveis. A ação de retificação verifica a existência de erro no respectivo registro.
- <sup>624</sup> Segundo De Plácido e Silva, a ação cautelar é pedida por uma das partes litigantes, antes da propositura da ação de conhecimento ou durante o transcurso desta, e visa acautelar interesses ou evitar que a parte, em face de atos do litigante contrário, possa ser prejudicada em seus direitos. Como medida acauteladora, tende a impedir que embaraço ou ato violento da parte contrária, praticado contra direito ou contra a própria pessoa, venha a realizar-se. (SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 14. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.)
- <sup>625</sup> Pessoas jurídicas de direito público são os elementos da organização política de um povo, podendo ser denominadas as internas de nosso país como União, Estados, Municípios, Autarquias e fundações públicas.
- <sup>626</sup> Direitos disponíveis são aqueles que a pessoa pode livremente dispor ou abrir mão. Exemplo: alienar um bem de sua propriedade ou deixar de apresentar um recurso.
- <sup>627</sup> SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 14. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998, conceitua o Juizado Especial como órgão judiciário, composto por juízes togados ou togados e leigos, responsável pela conciliação, julgamento e execução de causas cíveis de menor complexidade e de direitos penais de pequeno potencial ofensivo. A causa cível de menor complexidade é medida pela sua expressão econômica, não podendo ultrapassar a 40 (quarenta) vezes o salário mínimo nacional vigente.
- <sup>628</sup> Arbitragem vem regida pela Lei 9.307/1996 e serve para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. As partes interessadas poderão submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, previamente estabelecida através de cláusula



lembrar que nesses termos a mediação incidental passa a ser mais um ato no âmbito do processo e viola o caráter voluntário do procedimento.

Desse modo, a mediação incidental não se trata de uma faculdade, mas de uma obrigação imposta a todos os jurisdicionados que intentem a resolução judicial de seus problemas<sup>629</sup>, salvo as exceções previstas nos incisos do art. 34 do PL, que elenca expressamente as hipóteses nas quais ela não terá cabimento. No entanto, analisando mais detalhadamente a letra da lei, podemos verificar a lacuna deixada pelo legislador quando se refere aos casos de exceção à obrigatoriedade da mediação incidental, transparecendo elucidar como facultativa a incidência desse método nos demais casos trazidos pelos incisos. Assim, se ela é expressamente obrigatória no processo de conhecimento, nos demais casos não é mencionada proibição, nos levando à conclusão que seria facultativa, podendo dessa forma igualmente ser aplicada a critério do juiz e das partes.

Ao inverso deste raciocínio, a Lei de Mediação e Conciliação Argentina, que serviu como norte à Lei Brasileira, considera obrigatória a mediação prévia a todo o juízo em Buenos Aires, excetuando expressamente os casos de não aplicabilidade<sup>630</sup>. Dessa forma, a legislação *hermana*, optou em citar as situações nas quais não pode ser aplicada a mediação.

Da mesma forma, poderia o PL ter seguido a mesma linha da lei argentina, indicando em quais causas não se pode realizar a mediação incidental e quais causas poderiam ter sua aplicação facultativa, sem a presença da compulsoriedade<sup>631</sup>, pois como já vimos, torná-la compulsória faz um contraponto à natureza autocompositiva da mediação.

Retomando o raciocínio a respeito da facultatividade de aplicação da mediação nos casos em que a própria lei excetua, parece-nos que a mediação é

---

compromissória em contrato ou através de compromisso arbitral firmado desde que haja consenso entre as mesmas.

<sup>629</sup> Interessante mencionar que a versão inicial do PL, de autoria da Deputada Zulaiê Cobra, não obrigava as partes a participarem da mediação, sendo que no início do projeto junto ao Congresso Nacional, o mesmo contemplava apenas sete artigos, sofrendo diversas alterações ao longo de sua jornada legislativa, principalmente depois de apresentado ao Senador Pedro Simon, responsável pela atual redação com 47 artigos.

<sup>630</sup> *Art.2. El procedimiento de la mediación obligatoria no será de aplicación en los siguientes supuestos:*

1. *Causas penales.*
2. *Acciones de separación personal y divorcio, nulidad de matrimonio, filiación y patria potestad, con excepción de las cuestiones patrimoniales derivadas de éstas. El juez deberá dividir los procesos, derivando la parte patrimonial al mediador.*
3. *Procesos de declaración de incapacidad y de rehabilitación.*
4. *Causas en que el Estado Nacional o sus entidades descentralizadas sean parte.*
5. *Amparo, hábeas corpus e interdictos.*
6. *Medidas cautelares hasta que se decidan las mismas, agotándose respecto de ellas las instancias recursivas ordinarias, continuando luego el trámite de la mediación.*
7. *Diligencias preliminares y prueba anticipada.*
8. *Juicios sucesorios y voluntarios.*
9. *Concursos preventivos y quiebras.*
10. *Causas que tramiten ante la Justicia Nacional del Trabajo.*

<sup>631</sup> PANTOJA, Fernanda Medina. Da Mediação Incidental. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral da Mediação à luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 202.

impraticável na hipótese do inciso I do art. 34, que reza acerca da interdição, diante da natureza da ação e pelo fato de envolver direitos de incapazes, entretanto, vislumbramos possibilidades mesmo neste instituto, que vem regrado no art. 1.767<sup>632</sup> e seguintes do Código Civil, sendo que os incisos desse artigo elencam os sujeitos a serem interditados, tais como aqueles em estado de enfermidade ou deficiência mental e que não têm discernimento da vida civil, aqueles que não podem por uma ou outra forma exprimir a sua vontade, como os ébrios habituais<sup>633</sup>, viciados em tóxicos<sup>634</sup>, excepcionais sem completo desenvolvimento mental<sup>635</sup> e os pródigos<sup>636</sup>.

No que tange a interdição, quis o legislador proteger os interesses do curatelado, evitando acordos que poderiam trazer algum tipo de prejuízo ao interdito. Entretanto, apesar de compreender a intenção do legislador, entendemos que a mediação poderia ter cabimento desde que houvesse a intervenção do Ministério Público, pois nos debruçamos muitas vezes em casos que prejudicam o interdito por não haver a possibilidade de uma composição no processo de interdição.

Podemos citar como exemplo o caso de um viciado em tóxico que, enquanto consciente e conhecedor de suas dificuldades em lutar contra o vício, concorde ser interditado e curatelado pela sua esposa, colaborando com o pedido instaurado pelo Ministério Público, reconhecendo seu estado de necessidade, com o fim de evitar que dilapide seu próprio patrimônio e de seus filhos, aceitando o tratamento em clínica especializada e planejando uma possível reversão do quadro de interdição quando estiver seguro de que venceu as drogas e assim o provar nos autos.

Dessa forma, não nos parece inaplicável a mediação na hipótese do inciso I, uma vez que não fere nenhum direito fundamental, face a anuência da pessoa que deseja ser interditada, o acompanhamento e fiscalização pelo Ministério Público e a reversibilidade da situação, fazendo com que a mediação cumpra o fim a que se destina mesmo nessa situação excepcionalíssima, muito embora considerar-se inafastável a via jurisdicional nesses casos.

O inciso II do PL 4.728/1998 aduz não ser aplicável à mediação incidental quando houver em um dos polos pessoa de direito público e a controvérsia versar sobre direitos indisponíveis. Entretanto, não podemos considerar tudo o que for de

---

<sup>632</sup> Código Civil. Art. 1.767. Estão sujeitos a curatela:

I - aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil;

II - aqueles que, por outra causa duradoura, não puderem exprimir a sua vontade;

III - os deficientes mentais, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos;

IV - os excepcionais sem completo desenvolvimento mental;

V - os pródigos.

<sup>633</sup> Ébrios habituais são as pessoas que excessiva e habitualmente ingerem bebidas alcoólicas.

<sup>634</sup> Viciados em tóxicos são os consumidores habituais de drogas, que por seu uso excessivo tornam-se dependentes químicos.

<sup>635</sup> Excepcionais são aqueles portadores de alguma deficiência física ou mental, que por sua condição especial limitam-se no todo ou em parte ao exercício de seus direitos.

<sup>636</sup> SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 14. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998, define o pródigo como a pessoa que gasta ou se desfaz de seus haveres ou bens, sem justificativa, desabusada e desordenadamente, em visível ameaça à estabilidade econômica de seu patrimônio ou de sua fortuna.

interesse público como indisponível. Segundo Moreira Neto, o que tiver expressão patrimonial, mesmo sendo de interesse público será disponível<sup>637</sup>, e com base nesse entendimento do autor, a doutrina<sup>638</sup> e a jurisprudência<sup>639</sup> têm admitido relativizar o princípio da indisponibilidade do interesse público, consignando a arbitragem como medida válida na resolução de conflitos da Administração Pública. Tal fato logicamente não poderia ser interpretado de maneira diferente, uma vez que, se podendo o mais, há de poder igualmente o menos, ou seja, a arbitragem tendo lugar, sendo esta uma via heterocompositiva<sup>640</sup>, obviamente uma via de autocomposição como a mediação, não poderia ser diferente, pois neste caso pode ocorrer a desistência de acordar se não vier ao interesse do Poder Público.

Nesse sentido, podemos entender que o inciso II do art. 34 deve ser interpretado como admissível à aplicação da mediação, mormente possa ser mais interessante para a administração a transação em um determinado processo judicial do que uma fadada sucumbência num caso seguramente perdido. Não obstante o Poder Público ser mero gestor do interesse público, a mediação em determinados casos, serve a uma mais rápida e efetiva consecução do interesse público.

No que diz respeito à falência e à recuperação judicial, sendo estas regidas pela Lei nº 11.101/2005, bem como referente à insolvência civil, tratada pelo Código de Processo Civil em seus arts. 748 a 786, todos referidos no inciso III do art. 34 do PL como exceções, temos como necessariamente vedadas a aplicabilidade do instituto da mediação devido à necessidade de desenvolver-se perante o Judiciário.

Afora outras, o processamento desses institutos permite pleitear perante o administrador judicial nomeado, habilitação, exclusão ou modificação de créditos derivados da relação de trabalho, suspender o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário, procedimentos por demais complexos e dependentes de um trâmite diferenciado que não permite a utilização de métodos como o da mediação em nome da derradeira segurança jurídica.

Em referência ao inventário e arrolamento, expressos no inciso IV do art. 34, devemos fixar, antes de qualquer coisa, a ideia de que a herança é indivisível até a partilha, sendo esta considerada como um bem imóvel para efeitos legais<sup>641</sup>. Apesar dos herdeiros já serem titulares dos bens da herança, só poderão materializar seus direitos no curso do processo de inventário<sup>642</sup>, que anteriormente se dava exclusivamente via Poder Judiciário. Entretanto, com o advento da Lei

---

<sup>637</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Arbitragem nos Contratos Administrativos. In: *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. 18.v. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 33.

<sup>638</sup> GARCEZ, José Maria Rossani Garcez. *Arbitragem Nacional e Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

<sup>639</sup> Nesse sentido: Resp nº 612.439, 2ª turma do STJ: consignando a validade da arbitragem para contratos celebrados por empresa pública e sociedade de economia mista.

<sup>640</sup> Na arbitragem, uma vez pactuada, submete as partes aos efeitos da decisão inafastável de um terceiro.

<sup>641</sup> Código Civil. Art. 80. Consideram-se imóveis para os efeitos legais: II - o direito à sucessão aberta.

<sup>642</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 82.

11.441/2007<sup>643</sup> dispensou-se a necessidade de homologação judicial, podendo o inventário e a partilha consensuais serem realizados integralmente através de escritura pública, ocasionando, nestes casos específicos a desnecessidade da utilização do processo judicial para solucionar o conflito e conseqüentemente desnecessária a mediação de qualquer espécie.

Porém, a exemplo da interdição, nos casos de inventário e arrolamento litigiosos, entendemos perfeitamente cabível a aplicação do instituto da mediação, mesmo nos casos em que haja testamento e interesses de incapazes, pois com a devida intervenção do Ministério Público, estariam esses interesses resguardados e fiscalizados pelo Estado.

Nas ações possessórias, especificamente discriminadas imissão de posse, reivindicatória e de usucapião de bem imóvel, trazidas pelo inciso V do art. 34, podemos igualmente referir como passíveis de mediação, uma vez que são ações dúplices, assim consideradas porque a proteção possessória pode ser concedida ao réu, independentemente de reconvenção<sup>644</sup> e, assim sendo, permissíveis de transação através da mediação.

Da mesma forma, as ações possessórias comportam os pedidos cumulados de tutela possessória<sup>645</sup>, condenação em perdas e danos, cominação de pena para o caso de nova turbação ou esbulho, desfazimento de construção ou plantação feita em detrimento do possuidor, sendo estes interesses estritamente patrimoniais combinados ao pedido principal, não havendo óbice para o envio à mediação.

Acertada, porém óbvia a impossibilidade de aplicar-se a mediação na hipótese do inciso VI para retificação de registro público, eis porque não há lugar para aplicação desse método, pois a procedência ou improcedência do pedido está consubstanciada à razão apenas de verificar a existência de erro no registro que se pretende retificar.

Os juzados especiais foram criados para facilitar o acesso à Justiça pelo cidadão comum, destruindo as causas que o dificultam, como por exemplo, o alto custo da demanda, a lentidão e a ideia da inviabilidade e inutilidade de socorrer-se ao Poder Judiciário<sup>646</sup>. Note-se que o procedimento do juzado especial, assim como a mediação, são métodos de solução de conflitos e que pela sua natureza não podem ser sobrepostos.

A conciliação enquanto procedimento nos juzados especiais abarca questões em que o objeto da disputa é exclusivamente material, sem haver relação de

---

<sup>643</sup> A Lei nº 11.441/2007 possibilita a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa, ou seja, sem a necessidade de um processo judicial, desde que não haja testamento ou interessado incapaz.

<sup>644</sup> Código de Processo Civil. Art. 922. É lícito ao réu, na contestação, alegando que foi o ofendido em sua posse, demandar a proteção possessória e a indenização pelos prejuízos resultantes da turbação ou do esbulho cometido pelo autor.

<sup>645</sup> Código de Processo Civil. Art. 921 - É lícito ao autor cumular ao pedido possessório o de:

I - condenação em perdas e danos;

II - cominação de pena para caso de nova turbação ou esbulho;

III - desfazimento de construção ou plantação feita em detrimento de sua posse.

<sup>646</sup> SEIXAS, Maria Regina Soares. *Comentários e Prática Forense dos Juzados Especiais Cíveis e Criminais*. Lei 9.099/95. São Paulo: Editora de Direito, 1996, p. 12.

continuidade entre as partes<sup>647</sup>. Por outro lado, a mediação pode ser considerada para soluções de conflitos mais complexos e baseados em relações duradouras<sup>648</sup>, requerendo que o terceiro disponha de técnicas específicas e conduza as partes a buscar uma forma cooperada de solução<sup>649</sup>.

No entanto, devemos deixar claro que o inciso VII não distingue situações ou demandas para que sejam apreciadas por um ou outro método e sim, tão somente proíbe a utilização da mediação quando o autor optar pelo procedimento do juizado especial, face a impossibilidade de sobreposição desses dois métodos.

Segundo Pantoja, não pode haver óbice legal que impeça a mediação incidental no caso de ação cautelar, podendo o juiz nesses casos, remeter o processo à mediação e deixar de suspender o processo judicial através de requerimento do autor<sup>650</sup>. Nesse aspecto embora aparentemente infringido o parágrafo único do art. 34, uma vez que a suspensão do processo, ainda que implícita, parece-nos considerada obrigatória no projeto de lei, cremos não haver nenhuma espécie de prejuízo à parte requerida, pois já estaria sendo acometida pela medida, e nesse caso, teria a oportunidade de transigir com seu oponente.

Todavia, divergimos da autora supracitada, ao referir que através de requerimento do autor o juiz não suspenderia o processo enquanto este é remetido à mediação. Com efeito, isso abriria um precedente ao requerido para invocar o parágrafo único do art. 34 visando não sofrer as prerrogativas da medida cautelar pleiteada<sup>651</sup>. Assim, para que houvesse a aplicação da mediação incidental em uma ação cautelar, cremos existir a necessidade de ambas as partes aderirem à mesma, bem como igualmente concordarem em não haver a suspensão do processo, fato que nos parece um pouco fantasioso, pois desnecessário tanto para o autor que já conseguiu a tutela pleiteada e tanto para o réu que teria a oportunidade de uma dilatação de seu tempo, com base na suspensão legal permitida.

Na realidade, diga-se de passagem, a previsão do inciso VIII excetuando a ação cautelar era perfeitamente dispensável, uma vez que o processo cautelar não se trata de uma espécie do processo de conhecimento e, sim, um conjunto de regras jurídicas que estabelecem, juntamente com o processo de conhecimento e o processo de execução, o regime de processo. No entanto, salvo posicionamentos

---

<sup>647</sup> Podemos citar como exemplo de um conflito levado a esfera do juizado especial, a ação proveniente de relação de consumo ou ainda um pedido de reparação por danos materiais decorrente de sobretensão de energia elétrica.

<sup>648</sup> A orientação de se optar pela mediação em relações mais duradouras, como por exemplo, nas situações que envolvem conflitos entre vizinhos, decorre de que uma sentença judicial dificilmente colocará termo as desavenças existentes, enquanto que na mediação, oportunizam-se as partes de construir de forma cooperada a solução do impasse, tornando efetiva e eficazmente resolvida a questão.

<sup>649</sup> PANTOJA, Fernanda Medina. Da Mediação Incidental. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral da Mediação à luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 211.

<sup>650</sup> *Ibidem*, p. 203.

<sup>651</sup> Nesse caso, podemos citar como exemplo uma ação cautelar para exibição de documentos, na qual a parte requerida poderia invocar o parágrafo único do art. 34 em caso de requerimento do autor para realização da mediação, e com isso, haver para si, tempo hábil para cumprimento da medida sem sofrer com as multas estipuladas por dia de atraso no cumprimento da ordem judicial.

diversos e a contestada praticidade em seu cabimento, concordamos ser possível a aplicação da mediação incidental nos casos de ação cautelar.

Da mesma forma, não podemos deixar de mencionar sobre o processo de execução, outra forma de divisão do sistema processual civil brasileiro, estranhamente omitido pelo PL 4.827/1998. Entendemos que no *caput* do art. 34 deveria não só figurar o processo de conhecimento como forma de ser aplicada a mediação, como também o processo de execução, haja vista a possibilidade explícita de cabimento da mediação nesse tipo de procedimento. Talvez a intenção do legislador tenha sido primar pela celeridade processual, deixando de aplicar ao processo de execução por já possuir seu procedimento encurtado pela existência de um título executivo. Entretanto, nada impediria a facultatividade da mediação nesse sistema processual, ou até mesmo a suspensão por prazo significativamente reduzido em comparação aos 90 dias estipulados ao processo de conhecimento.

Fazendo analogia aos casos de exceção, onde consideramos facultativa a aplicação da mediação, devemos igualmente ponderar a hipótese do inciso IX, pois certamente ao incluir a desobrigação da mediação incidental, não quis o legislador proibi-la, e sim apenas consignar a sua desnecessidade, uma vez que seria ilógico impedir as partes de uma nova sessão de mediação, caso estas venham, posteriormente, manifestar a vontade de transacionar. Assim sendo, mesmo infrutífera a mediação prévia e, após, tendo sido proposto processo judicial, não seria crível impedir as partes tendentes a uma nova tentativa, de utilizarem-se da mediação incidental desde que concordem em dela participar.

O parágrafo único do art. 34 diz que no prazo máximo de 90 dias as partes deverão realizar a mediação sob pena, caso não haja acordo, de haver a continuidade do processo judicial. Menção importante de fazermos a este parágrafo é de que, a princípio e de acordo com a vontade das partes, esse prazo poderá ser prorrogado. Contudo, esse prazo não poderá exceder 6 meses atendo ao preceito legal disposto no art. 265, § 3º do CPC<sup>652</sup>.

**Art. 35. Nos casos de mediação incidental, a distribuição da petição inicial ao juízo interrompe a prescrição, induz litispendência e produz os demais efeitos previstos no art. 263 do Código de Processo Civil.**

**§ 1º Havendo pedido de liminar, a mediação terá curso após a respectiva decisão.**

**§ 2º A interposição de recurso contra a decisão liminar não prejudica o processo de mediação.**

A mediação incidental sempre ocorre no curso do processo, de forma obrigatória, salvo nos casos de exceção, sendo que a distribuição da petição inicial ao juízo interromperá a prescrição,<sup>653</sup> induzirá a litispendência<sup>654</sup> e produzirá os efeitos do art. 263 do Código de Processo Civil<sup>655</sup>.

---

<sup>652</sup> Código de Processo Civil. Art. 265. Suspende-se o processo:

§ 3º A suspensão do processo por convenção das partes, de que trata o nº II, nunca poderá exceder 6 (seis) meses; findo o prazo, o escrivão fará os autos conclusos ao juiz, que ordenará o prosseguimento do processo.

<sup>653</sup> Prescrição exprime o modo pelo qual o direito se extingue em vista do não exercício dele por certo lapso de tempo. Nesta razão, a prescrição é compreendida como a extinção de um direito

De maior sorte seria se a redação dada ao art. 35 fizesse menção à citação, uma vez que não é a simples distribuição da ação que irá ocasionar todos os efeitos dispostos no *caput* e sim, a citação válida, conforme se assevera da leitura do art. 219 do CPC<sup>656</sup>. A distribuição apenas promove o registro e a repartição das causas ajuizadas para os juízes de igual jurisdição<sup>657</sup> e mesma competência<sup>658</sup>.

O parágrafo 1º do referido artigo dispõe que o pedido liminar<sup>659</sup> deve ser anterior à mediação, tendo em vista que o requerente tem direito de buscar a tutela jurisdicional, socorrendo-se imediatamente ao Poder Judiciário para ver o seu pedido atendido. A esse respeito, o PL prevê implicitamente que o juiz exerceria juízo de valor sobre o conflito, antes de ocorrer a mediação, com o propósito de avaliar as vantagens e desvantagens da concessão da medida.

Nestas condições, dependendo do caso, o juiz terá juntamente com a análise do perigo da demora e a verossimilhança das alegações, um motivo a mais no sentido de negar a medida liminar, pois o eventual deferimento da tutela poderá ocasionar uma maior animosidade entre as partes, uma vez que permitirá uma execução provisória do julgado, e muito provavelmente interposição de recurso, que conseqüentemente, poderá fazer restar prejudicada a mediação. Assim, o envio a esse método alternativo poderá ser um incentivo ao magistrado para a solução do conflito, ao invés de comprometer-se com o deferimento de um pedido liminar.

em consequência de haver transcorrido um prazo pela omissão de seu titular. (SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 14. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.)

<sup>654</sup> Litispêndência é a existência de causa pendente, decorrente sempre da ação proposta, após ser cumprida a citação. Induzida a litispêndência, se causa idêntica é proposta, pode a segunda ser excepcionada pela litispêndência. Alega-se a existência de causa pendente e se pede a exclusão da que se quer repetir. (SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 14. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.)

<sup>655</sup> Código de Processo Civil. Art. 263. Considera-se proposta a ação, tanto que a petição inicial seja despachada pelo juiz, ou simplesmente distribuída, onde houver mais de uma vara. A propositura da ação, todavia, só produz, quanto ao réu os efeitos mencionados no art. 219 depois que for validamente citado.

<sup>656</sup> Código de Processo Civil. Art. 219. A citação válida torna prevento o juízo, induz litispêndência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição.

§ 1º A interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação.

§ 2º Incumbe à parte promover a citação do réu nos 10 (dez) dias subsequentes ao despacho que a ordenar, não ficando prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário.

§ 3º Não sendo citado o réu, o juiz prorrogará o prazo até o máximo de 90 (noventa) dias.

§ 4º Não se efetuando a citação nos prazos mencionados nos parágrafos antecedentes, haver-se-á por não interrompida a prescrição.

§ 5º O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição.

§ 6º Passada em julgado a sentença, a que se refere o parágrafo anterior, o escrivão comunicará ao réu o resultado do julgamento.

<sup>657</sup> A jurisdição exprime a extensão e o limite do poder de julgar de um juiz.

<sup>658</sup> SIDOU, J. M. Othon. *Dicionário Jurídico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, competência é a atribuição, capacidade ou faculdade concedida por lei a alguém ou a algum órgão para fazer alguma coisa, conhecer ou decidir algum assunto.

<sup>659</sup> O pedido liminar é o que vem no início, ocorre quando estão presentes os requisitos legais a justificar a concessão da liminar, são eles: o *periculum in mora* (perigo ou risco de uma decisão tardia) e *fumus boni iuris* (presença aparente de uma situação que não foi inteiramente comprovada).

Naturalmente, antes de qualquer coisa, o juiz deve acautelar-se na decisão de cada caso, avaliando por suas especificidades e necessidades, medindo prós e contras antes de remeter o processo ao crivo da mediação. Podemos tomar como exemplo uma ação de alimentos, na qual não seria plausível suspender por 90 dias um processo que envolve interesses básicos e prementes de um menor.

Quanto ao parágrafo segundo desse artigo, analisa-se que não haverá prejuízo ao processo de mediação com a interposição de recurso<sup>660</sup> contra a decisão liminar. Ora, conforme mencionado anteriormente, muito embora a norma não permita um prejuízo legal, entendemos que haverá um prejuízo psicológico, uma vez que as partes estarão em uma seara de litígio, fazendo com que os ânimos acirrados deste embate se transponham para a sessão de mediação.

Convém também, analisar a sentença improcedente, proferida de plano pelo juiz, quando fundamentada em outros casos idênticos em matéria unicamente de direito no mesmo juízo. Nesses casos, a citação é dispensada, apenas sendo reproduzida a sentença do caso paradigma com decisão anteriormente prolatada<sup>661</sup>. Nesse ponto, suspender o processo para a realização da mediação seria ato completamente inútil, uma vez que por corolário lógico, a parte demandada e beneficiada na sentença liminar, jamais concordaria em celebrar um acordo com a parte autora.

Todavia, viável e possível à mediação, ocorrendo qualquer das hipóteses previstas nos parágrafos do art. 285-A do CPC, pois ao ser reconsiderada a decisão pelo juiz ou citado o réu para responder ao recurso, se daria continuidade ao processo, ressurgindo como instrumento corretamente indicada a sessão de mediação para a tentativa de uma composição das partes.

Também podemos considerar desnecessária a mediação nas hipóteses do art. 295 do CPC<sup>662</sup>, que traz as causas de indeferimento do pedido inicial constatadas

---

<sup>660</sup> Recurso é o remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de decisão judicial que se impugna. (DIDIER JR., Fredie S.; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 3. v. 6 ed. Salvador: JusPodivm, 2008.) Por sua vez, conceitua De Plácido e Silva que o recurso é todo remédio, ação ou medida ou todo socorro, indicados por lei, para que se proteja ou se defenda o direito ameaçado ou violentado. É a proteção legal assegurada para garantia e integridade dos direitos. Ademais, o recurso mostra-se o ato pelo qual se encaminha ao próprio juiz, a outro juiz ou ao Tribunal o conhecimento da questão já decidida para novo exame, e alteração ou anulação da decisão, já tomada. (SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 14. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.)

<sup>661</sup> Código de Processo Civil. Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

§ 1º Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação.

§ 2º Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso.

<sup>662</sup> Código de Processo Civil. Art. 295. A petição inicial será indeferida:

I - quando for inepta;

II - quando a parte for manifestamente ilegítima;

III - quando o autor carecer de interesse processual;

IV - quando o juiz verificar, desde logo, a decadência ou a prescrição (Art. 219, § 5º);



de plano pelo juiz, tornando esse pedido inócuo e conseqüentemente impedido o seu prosseguimento antes mesmo da citação. Assim, de nada adiantaria suceder uma sessão de mediação com uma parte que não fosse legítima para figurar no polo ativo da ação, devendo nesses casos ser extinto o processo nos termos do art. 267 do CPC.<sup>663</sup>

O juiz também deve verificar, ainda de ofício<sup>664</sup>, as demais irregularidades que levam à extinção do processo sem julgamento do mérito, todas trazidas no art. 267 do CPC, antes de levar à mediação. A importância de haver um juízo prévio que anteveja esses aspectos insanáveis e passíveis de uma decisão de ofício pode evitar a suspensão desnecessária do processo judicial para ato totalmente

V - quando o tipo de procedimento, escolhido pelo autor, não corresponder à natureza da causa, ou ao valor da ação; caso em que só não será indeferida, se puder adaptar-se ao tipo de procedimento legal;

VI - quando não atendidas as prescrições dos arts. 39, parágrafo único, primeira parte, e 284.

Parágrafo único. Considera-se inepta a petição inicial quando:

I - lhe faltar pedido ou causa de pedir;

II - da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão;

III - o pedido for juridicamente impossível;

IV - contiver pedidos incompatíveis entre si.

<sup>663</sup> Código de Processo Civil. Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:

I - quando o juiz indeferir a petição inicial;

II - quando ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes;

III - quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias;

IV - quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;

V - quando o juiz acolher a alegação de perempção, litispendência ou de coisa julgada;

VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;

VII - pela convenção de arbitragem;

VIII - quando o autor desistir da ação;

IX - quando a ação for considerada intransmissível por disposição legal;

X - quando ocorrer confusão entre autor e réu;

XI - nos demais casos prescritos neste Código.

§ 1º O juiz ordenará, nos casos dos nºs. II e III, o arquivamento dos autos, declarando a extinção do processo, se a parte, intimada pessoalmente, não suprir a falta em 48 (quarenta e oito) horas.

§ 2º No caso do parágrafo anterior, quanto ao nº II, as partes pagarão proporcionalmente as custas e, quanto ao nº III, o autor será condenado ao pagamento das despesas e honorários de advogado (Art. 28).

§ 3º O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos nºs. IV, V e VI; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento.

§ 4º Depois de decorrido o prazo para a resposta, o autor não poderá, sem o consentimento do réu, desistir da ação.

<sup>664</sup> Uma decisão de ofício pelo juiz é aquela tomada por iniciativa própria, sem requerimento de quaisquer das partes.

inoperante, reforçando a relevância de uma análise sumária do processo, antes de determinar que as partes se submetam à mediação.<sup>665</sup>

Concernente à consideração do juiz como absolutamente incompetente para julgar o processo, antes de encaminhar a mediação, deve remeter os autos ao Juízo competente. Porém, se antes do juiz considerar-se incompetente já houver sido realizada a mediação com acordo, não deve homologá-lo enviando de imediato ao órgão que couber.<sup>666</sup>

A mediação possui caráter personalíssimo<sup>667</sup>, portanto, em caso de falecimento dentro do prazo para o processamento desse método, este deve ser suspenso até a habilitação do sucessor legal<sup>668</sup>, que novamente deverá ser intimado para tomar parte em um novo processo de mediação. Nos casos de sucessão *inter vivos*, deverá haver a anuência da parte contrária concordando com o ingresso do sucessor no processo judicial<sup>669</sup>.

**Art. 36. A designação inicial será de um mediador, judicial ou extrajudicial, a quem será remetida cópia dos autos do processo judicial.**

**Parágrafo único. As partes, de comum acordo, poderão escolher outro mediador, judicial ou extrajudicial.**

Inicialmente, cabe classificar mediação judicial e extrajudicial<sup>670</sup>, sendo a primeira exercida por advogados com pelo menos três anos de efetivo exercício de atividades jurídicas, capacitados, selecionados e inscritos no Registro de Mediadores. Já na mediação extrajudicial, o mediador deverá ser independente, selecionado e inscrito no Registro de Mediadores para o exercício da atividade de mediação<sup>671</sup>. Seja a mediação judicial ou extrajudicial, tal fato se deve à necessidade de se ter o efetivo controle do trabalho dos mediadores, de modo a assegurar aos que optarem pela prevenção ou solução de seus conflitos pela

---

<sup>665</sup> PANTOJA, Fernanda Medina. Da Mediação Incidental. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral da Mediação à luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 217.

<sup>666</sup> *Ibidem*, p. 217.

<sup>667</sup> Diz-se personalíssimo aquilo que é exclusivo da pessoa, não podendo fazer se substituir por outra.

<sup>668</sup> O sucessor legal poderá se fazer representar pelo espólio ou os herdeiros nos termos do art. 43: “Ocorrendo a morte de qualquer das partes, dar-se-á a substituição pelo seu espólio ou pelos seus sucessores, observado o disposto no Art. 265”.

<sup>669</sup> Código de Processo Civil. Art. 42. A alienação da coisa ou do direito litigioso, a título particular, por ato entre vivos, não altera a legitimidade das partes.

§ 1º O adquirente ou o cessionário não poderá ingressar em juízo, substituindo o alienante, ou o cedente, sem que o consinta a parte contrária.

§ 2º O adquirente ou o cessionário poderá, no entanto, intervir no processo, assistindo o alienante ou o cedente.

§ 3º A sentença, proferida entre as partes originárias, estende os seus efeitos ao adquirente ou ao cessionário.

<sup>670</sup> Segundo BRAGA NETO, Adolfo. Aspectos jurídicos sobre a mediação de conflitos. In: *Revista Fórum Cesa*, Belo Horizonte, n. 3, p. 69-72, abr./jun. 2007. Disponível em: <<http://www.ambitojuridico.com.br>>. Acesso em: 29 jul. 2009.

<sup>671</sup> O Registro de Mediadores será regulamentado pelo Tribunal de Justiça, que possuirá uma listagem atualizada de todos os mediadores habilitados a atuar no Estado, por área profissional.

mediação, que o terceiro que escolherem para conduzir os trabalhos gozará dos atributos que a lei exige.

Conforme entendimento de Adolfo Braga Neto<sup>672</sup>, a mediação incidental poderá ser judicial ou extrajudicial, dependendo da qualidade do mediador que coordenará os trabalhos. Será judicial quando o autor da ação, por seu representante legal, aceitar a nomeação do mediador judicial, mas poderá ser realizada por outro mediador judicial ou extrajudicial a pedido das partes de comum acordo e aí será mediação incidental extrajudicial.

Lília Maia de Moraes Sales<sup>673</sup> refere que nos EUA a mediação judicial é aquela designada para ocorrer dentro do processo judicial, enquanto a extrajudicial é realizada por centros especializados em mediação de conflitos. Nesse sentido, interpreta-se que a mediação pode ocorrer dentro ou fora do processo judicial.

Quando o artigo trata de “designação inicial” de um mediador, alguns autores tentam esclarecer a quem caberá esta. Ana Tereza Palhares Basílio e Joaquim de Paiva Muniz entendem que, se protocolada a petição inicial no distribuidor judicial competente, serão sorteados, simultaneamente, o juiz e o mediador que atuarão no processo. Após o sorteio, os autos serão remetidos ao mediador. No caso de haver pedido de tutela de urgência ou gratuidade de justiça, será encaminhado diretamente ao juiz para sua análise<sup>674</sup>.

Cabe analisar que o projeto não cogita da remessa dos próprios autos do processo judicial ao mediador, referindo-se tão somente à remessa de sua cópia, o que dará início a mediação incidental<sup>675</sup>. Ademais, sendo incidental, a remessa à mediação não pode ser automática, pois ocorreriam muitos transtornos e dificuldades procedimentais, cabendo ao juiz determiná-la.

---

<sup>672</sup> BRAGA NETO, Adolfo. Aspectos jurídicos sobre a mediação de conflitos. In: *Revista Fórum Cesa*, Belo Horizonte, n. 3, p. 69-72, abr./jun. 2007. Disponível em: <<http://www.ambitojuridico.com.br>>. Acesso em: 29 jul. 2009.

<sup>673</sup> SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e Mediação de Conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 126.

<sup>674</sup> BASÍLIO, Ana Tereza Palhares; MUNIZ, Joaquim de Paiva. Mediação: relevante instrumento de pacificação social. In: *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. 18.v. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 20.

<sup>675</sup> Substitui o requerimento das partes, exigido na mediação prévia, de acordo com o art. 30 do PL, que dispõe: “O interessado poderá optar pela mediação prévia judicial, caso em que o requerimento adotará formulário padronizado, subscrito por ele ou por seu defensor público ou advogado, sendo, no último caso, indispensável à juntada do instrumento de mandato”.

§ 1º Distribuído ao mediador, o requerimento ser-lhe-á encaminhado imediatamente.

§ 2º Recebido o requerimento, o mediador designará dia, hora e local onde realizará a sessão de mediação, dando ciência aos interessados por qualquer meio eficaz e idôneo de comunicação.

§ 3º A cientificação ao requerido conterà a recomendação de que deverá comparecer à sessão acompanhado de advogado, quando a presença deste for indispensável. Neste caso, não tendo o requerido constituído advogado, o mediador solicitará à Defensoria Pública ou, na falta desta, à Ordem dos Advogados do Brasil a designação de advogado dativo. Na impossibilidade de pronto atendimento à solicitação, o mediador imediatamente remarcará a sessão, deixando os interessados já cientificados da nova data e da indispensabilidade dos advogados.

§ 4º Os interessados, de comum acordo, poderão escolher outro mediador, judicial ou extrajudicial.

§ 5º Não sendo encontrado o requerido, ou não comparecendo qualquer das partes, estará frustrada a mediação.

Frisa-se que a escolha do mediador pelas partes é importante, uma vez que estas podem confiar a quem solucionar o conflito, e que será resolvido de forma capacitada, equilibrada e competente. No caso de não aprovação do mediador sorteado, as partes poderão requerer a designação de um novo mediador constante do cadastro do Tribunal, remetendo o processo de mediação à distribuição para o novo sorteio ou nomeando o mediador através da escolha das partes.

Conforme José Luis Bolzan de Moraes e Fabiana Marion Spengler<sup>676</sup>, com o auxílio do mediador, os envolvidos buscarão compreender as fraquezas e fortalezas de seu problema, a fim de tratar o conflito de forma satisfatória. Na mediação, por constituir um mecanismo consensual, as partes apropriam-se do poder de gerir seus conflitos, diferentemente da jurisdição estatal tradicional na qual este poder é delegado aos profissionais do direito, com preponderância àqueles investidos das funções jurisdicionais.

Desse modo, é de se destacar que o mediador deve ser um terceiro neutro, que conheça o processo de mediação, sem emitir juízo de valor, auxiliando as partes a dialogar no intuito de restabelecer o relacionamento e potencializar o positivo do conflito.

Nesse sentido, ressalta Tesheiner<sup>677</sup> sobre a imparcialidade e a neutralidade do mediador, afirmando que a prioridade do processo de mediação é a restauração da harmonia, portanto o mediador tem de manter sua imparcialidade com relação às partes. Se uma delas entende que o mediador está sendo parcial, deve comunicar imediatamente para que o mediador mude sua maneira de agir e, se assim não ocorrer, será substituído ou a mediação será encerrada. O equilíbrio das relações entre as partes tem de ser preservado em todo o processo.

Segundo José Luiz Bolzan de Moraes e Fabiana Marion Spengler<sup>678</sup>, o procedimento de mediação é desenvolvido quando as partes buscam ter respeitado o seu direito, devendo o mediador ser responsável pelo bom andamento do processo.

**Art. 37. Cabe ao mediador intimar as partes por qualquer meio eficaz e idôneo de comunicação, designado dia, hora e local para seu comparecimento.**

**§1º A intimação deverá conter a recomendação de que as partes deverão se fazer acompanhar de advogados, quando indispensável à assistência judiciária.**

**§2º Se o requerido não tiver sido citado no processo judicial, a intimação para a sessão de mediação constitui-lo-á em mora, tornando prevento o juízo, induzindo litispendência, fazendo litigiosa a coisa e interrompendo a prescrição.**

---

<sup>676</sup> BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 134.

<sup>677</sup> TESHEINER, José Maria Rosa. *Mediação e Arbitragem. Aspectos Fundamentais*. Disponível em: <[www.text.pro.br](http://www.text.pro.br)>. Acesso em: 15 jun. 2009.

<sup>678</sup> BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 164.

**§3º Se qualquer das partes não tiver advogado constituído nos autos do processo judicial, o mediador procederá de acordo com o disposto na parte final do §3º do art. 30.**

**§4º Não sendo encontrado o requerido, ou não comparecendo qualquer das partes, estará frustrada a mediação.**

Quando o art. 37 refere-se ao termo “meio eficaz e idôneo de comunicação”, amplia os meios de intimação das partes para o processo de mediação, quais sejam: por carta registrada, com aviso de recebimento, ou mesmo por e-mail, com confirmação de leitura da mensagem, desde que haja prova inequívoca de seu recebimento. É importante destacar que do termo de intimação deverão constar a data, a hora e o local da sessão de mediação, e a recomendação de que as partes estejam acompanhadas de advogado, quando indispensável à assistência judiciária.

Quanto à participação dos advogados, no art. 37, §3º do PL, há críticas no sentido de se apresentar prejudicial ao desenvolvimento do processo, por aumentar a litigiosidade do conflito. Juan Luis Colaiácovo e Cynthia Alexandra Colaiácovo<sup>679</sup>, analisando o papel do advogado, explicam que

os advogados são responsáveis pelo crescimento do número de litígios. Isto se explica pelo fato de que o advogado recebeu formação profissional, na qual o litígio apresentava-se como único procedimento disponível para solução de conflitos. As lições jurídicas o ensinaram que a única forma de solução de litígios se dá pelo confronto entre litigantes, o que, naturalmente, condicionou sua visão do conflito e a forma de resolvê-lo. O profissional do direito não é, regra geral, educado com base em métodos alternativos de solução de conflitos nem no desenvolvimento de habilidades que o tornem agente de implementação desses métodos.

Nesse sentido, é importante destacar a inserção da mediação nas aulas dos cursos de Direito, propiciando aos futuros profissionais adentrarem no mundo prático com mentalidade mais compromissada com sua atuação social, desenvolvendo habilidades, empenhando-se através de cursos especializados para o treinamento em procedimento de mediação.

Cumprido ressaltar que os advogados estarão muito mais preparados a assessorarem seus clientes na escolha do mediador, na identidade de seus interesses e de suas necessidades, bem como nos interesses da outra parte, informando sobre os princípios éticos e os procedimentos do processo, devendo também ajudar as partes a apresentarem propostas, avaliando os custos e benefícios.

A presença de advogado pode trazer benefícios, como por exemplo, a segurança nas decisões. E a esse respeito cabe ressaltar a importância do patrono na fase que antecede a realização da sessão, ao identificar as metas e interesses do

---

<sup>679</sup> COLAIÁCOVO, Juan Luis; COLAIÁCOVO, Cynthia Alexandra. *Negociação, mediação e arbitragem: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 62.

cliente, aconselhá-lo sobre a mediação, e trabalhar, previamente, uma estratégia de negociação, sem instigar a adversidade entre as partes<sup>680</sup>. Assim, o causídico deve estar informado acerca dos meios alternativos de resolução de conflitos para que possa instruir a parte, até mesmo antes do surgimento de uma disputa, da melhor forma a ser escolhida na busca da composição.

Convém lembrar, em caso de ruptura da sociedade conjugal, a qual envolve filhos e questões patrimoniais, não é fácil chegar a uma solução razoável, pois há muito desgaste para ambas as partes se forem diretamente ao Judiciário resolver o conflito, agravando ainda mais a situação que já estão enfrentando. Dessa forma, é necessário que se busque o melhor caminho para a solução de uma demanda, como por exemplo, a mediação que é um meio alternativo de solução de disputas, que trata de forma eficaz os conflitos familiares, viabilizando ganhos mútuos e trazendo a própria vontade das partes.

Desse modo, o mediador deve ajudar o casal a encontrar alternativas que sejam do seu interesse e de sua família, a fim de chegar a um consenso, não permitindo que os problemas atinjam os seus filhos, e que não sejam levados ao Judiciário, podendo se resolver através da mediação.

Ainda, a opção pela mediação não se exclui a via jurisdicional, devendo o profissional capacitado para mediar orientar os interessados a buscarem o Judiciário quando for necessário fazer valer o resultado obtido no processo de mediação.

Ademais, se as partes convencionarem que o advogado poderá exercer o papel de mediador, este deverá estar apto e ter conhecimento sobre o procedimento da mediação. Segundo Enrique M. Falcón<sup>681</sup>, que em sua obra cita Garber:

en el estudio de los casos realizados (atendiendo a que em E.E.U.U y Canadá no es necesario ser abogado para ser mediador), hace notar que em los casos por él examinados, com la sola excepción de um ingeniero designado como co-mediador, la totalidad de las designaciones de mediadores correspondieron a abogados prestigiosos.

Nesse sentido, o papel dos advogados na mediação é fundamental no momento em que este visa ajudar na solução do conflito, permitindo às partes a possibilidade de acordo através da mediação. Se uma das partes não tiver constituído um advogado, deverá fazê-lo para que não haja desigualdade no processo. Dessa maneira, também é importante a presença de advogado durante o processo, vez que este poderá auxiliar as partes nas questões que apresentarem dúvidas sobre os seus direitos e deveres, encaminhando-as juridicamente para a solução da mediação.

---

<sup>680</sup> PANTOJA, Fernanda Medina. Da Mediação Incidental. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral da Mediação à luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 227.

<sup>681</sup> GARBER, 1996 apud FALCÓN, Enrique M. *Mediación Obligatoria en la Ley 24.573*. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, p. 106.

Juan Luis Colaiácovo e Cynthia Alexandra Colaiácovo<sup>682</sup> acrescentam que os bons profissionais procuram prevenir as disputas, só recorrendo aos tribunais quando não conseguem encontrar solução satisfatória para a solução dos conflitos.

A mediação propõe uma mudança de paradigmas, tanto na postura das partes como nas dos advogados, pois como pretende-se que sejam as partes as autoras da solução, transfere-se para elas a voz na mediação, e quando esta é transferida para as partes, também é preciso transferir para elas o conhecimento sobre a matéria mediada, uma vez que o conhecimento técnico será buscado com aqueles que o detém, ou seja, o advogado ou outros técnicos<sup>683</sup>.

Em relação à intimação do devedor, nesse caso, constituir-se-á o mesmo em mora<sup>684</sup> e tornará a coisa litigiosa<sup>685</sup>, conforme o artigo 9º, §1º, do projeto em comento, segundo prevê a regra do artigo 219 do Código de Processo Civil<sup>686</sup>.

Nesse contexto, refere-se que a litigiosidade impede que a coisa objeto da controvérsia seja alienada, frustrando o processo. Dessa forma, é necessário garantir que o termo de mediação seja cumprido efetivamente, cabendo ao mediador essa responsabilidade.

Outro efeito da intimação no processo mediatório é a constituição do devedor em mora, o que é de suma importância já que, se o réu não foi constituído em mora ainda, ele será na fase da mediação incidental, de uma vez por todas. Isso significará que o devedor pagará juros de mora desde o reconhecimento do direito lesado, o que retroage à propositura da ação, conforme o artigo 263 do Código de Processo Civil<sup>687</sup>.

Ademais, o Código de Processo Civil Brasileiro define citação como o ato pelo qual se chama a juízo o réu ou o interessado a fim de se defender. Em seu art. 214<sup>688</sup>, refere que para a validade do processo é indispensável à citação inicial do réu<sup>689</sup>.

---

<sup>682</sup> COLAIÁCOVO, Juan Luis; COLAIÁCOVO, Cynthia Alexandra. *Negociação, mediação e arbitragem: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 63.

<sup>683</sup> Esse assunto é trabalhado na obra COOLEY, John W. *A advocacia na mediação*. Tradução de René Loncan. Brasília: Editora Universidade Brasília, 2001.

<sup>684</sup> Mora é o retardamento ou a demora na execução da obrigação, quando esta deveria ser executada ou cumprida. Ademais, a mora tanto se manifesta a respeito do devedor, que não cumpre a obrigação ao tempo, em que se torna exigível, como do credor que impede o cumprimento dela, recusando-se a aceitar a prestação. (SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 14. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.)

<sup>685</sup> É a denominação que se dá não somente em referência à coisa (bem) que está sendo disputada em demanda judicial, mas a toda relação jurídica controversa, trazida à juízo. (SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 14. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.) No entendimento de Fredie Didier Jr, o objeto litigioso de cada procedimento é definido pelo seu ato inaugural, normalmente uma demanda formulada por uma das partes. (DIDIER JR., Fredie S. *Direito Processual Civil: Teoria geral do Processo e Processo de conhecimento*. 3. v. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.)

<sup>686</sup> Código de Processo Civil. Art. 219. A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição.

<sup>687</sup> Código de Processo Civil. Art. 263. Considera-se proposta a ação, tanto que a petição inicial seja despachada pelo juiz, ou simplesmente distribuída, onde houver mais de uma vara. A propositura da ação, todavia, só produz, quanto ao réu os efeitos mencionados no art. 219 depois que for validamente citado.

<sup>688</sup> Código de Processo Civil. Art. 214. Para a validade do processo é indispensável a citação inicial do réu.

No §2º do art.37 desta Lei, constituir-se-á em mora, se o requerido não tiver sido citado no processo judicial, entretanto, resultará na prevenção do juízo<sup>690</sup>, que a citação válida<sup>691</sup> fixará a competência do juiz que a determinou, considerando prevento aquele que despachou em primeiro lugar. Já a litispendência, ocorre com uma única ação, no sentido de se encontrar pendente de decisão determinada lide entre as partes. No que diz respeito à coisa julgada, esta é a qualidade conferida à sentença judicial contra a qual não cabem mais recursos, tornando-a imutável e indiscutível<sup>692</sup>, e quanto à interrupção da prescrição.

Em relação ao comparecimento das partes à sessão de mediação, verifica-se o §4º do art.37, que repete o §5º do art. 30 do PL<sup>693</sup>, referente à mediação prévia. Ambos estabelecem que “não sendo encontrado o requerido ou não comparecendo alguma das partes à sessão de mediação, o processo estará frustrado”. Se não for alcançado o acordo após o comparecimento das partes ou seu manifesto desinteresse pela composição, o mediador deverá devolver a petição inicial e lavrar o termo descrevendo o motivo da impossibilidade da composição para dar prosseguimento ao feito. Dessa forma, deverá proceder a nova intimação para localizá-lo e realizar a sessão<sup>694</sup>.

Cabe referir que em caso de não comparecimento da parte, de forma injustificada às datas designadas para as sessões de mediação, com o propósito de prorrogar a suspensão do processo judicial, alguns doutrinadores como Ana Tereza Palhares Basílio e Joaquim de Paiva Muniz entendem que o sistema seria mais

§1º O comparecimento espontâneo do réu supre, entretanto, a falta de citação.

§2º Comparecendo o réu apenas para arguir a nulidade e sendo esta decretada, considerar-se-á feita a citação na data em que ele ou seu advogado for intimado da decisão”.

<sup>689</sup> Citação pode ser conceituada como o ato processual pelo qual se chama ou se convoca alguém que está sendo demandado para vir a juízo a fim de participar de todos os atos e termos do processo. A citação inicial é considerada como o primeiro sopro de vida que se dá ao processo, sem o qual ele não terá força para ter andamento. (SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 14. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.)

<sup>690</sup> Prevenção é a denominação dada ao ato de tomar conhecimento de uma causa, cuja competência possa ser deferida a vários juízes da mesma graduação.

<sup>691</sup> Diz-se que é válida a citação, quando, além de efetiva, foi executada com respeito a todas as regras e formalidades prescritas na lei processual, não sendo condutora de qualquer vício ou defeito, que possa inquirar de nula.

<sup>692</sup> O Código de Processo Civil, em seu art. 301, §§ 1º e 2º, consagra a coisa julgada caracterizando-a pela presença dos seguintes elementos: as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido. Assim, tornam-se imutáveis os efeitos gerados na sentença, quando se encontram presentes essa tríplice identidade, inviabilizando dessa forma, a repetição de uma outra ação que albergue as mesmas características. Segundo definição de Ovídio Baptista da Silva a coisa julgada é como a virtude própria de certas sentenças judiciais, que as faz imunes às futuras controvérsias, impedindo que se modifique, ou discuta, num processo subsequente, aquilo que o juiz tiver declarado como sendo “a lei do caso concreto”. (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Curso de Processo Civil: Processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.)

<sup>693</sup> Art. 30 do PL. 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.

§ 5º Não sendo encontrado o requerido, ou não comparecendo qualquer das partes, estará frustrada a mediação.

<sup>694</sup> PANTOJA, Fernanda Medina. Da Mediação Incidental. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral da Mediação à luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 226.



eficaz se instruisse multa, revertendo em favor dos Tribunais Estaduais para custear e aprimorar os processos de mediação<sup>695</sup>.

A esse respeito, Fernanda Medina Pantoja<sup>696</sup> defende a incidência das penas da litigância de má-fé à parte que opuser resistência injustificada ao desenvolvimento do processo de mediação, com base no art. 17, inciso IV do Código de Processo Civil<sup>697</sup>.

Por outro lado, se as partes comparecerem e elas realizarem o acordo, o termo de mediação será subscrito pelo mediador e constituirá título executivo extrajudicial, assim, passível de execução sem novo processo de conhecimento. Nesse ponto, verifica-se incontroverso no ordenamento jurídico nacional que os títulos executivos extrajudiciais dispensam processo de conhecimento.

Desse modo, conferir ao termo de mediação natureza de título executivo extrajudicial dará efetividade ao procedimento, que abreviará, consideravelmente, o processo judicial, além de ser um termo elaborado pelas próprias partes, dando ao conflito uma solução construída pelos seus sujeitos.

Ainda, ao tratar de termo de mediação, analisa-se que feito o acordo, o mediador deverá lavrá-lo com a descrição detalhada de todas as suas cláusulas, remetendo ao juiz da causa para verificar se foram preenchidos todos os seus requisitos e formalidades legais, entre elas, deverá constar a assinatura do mediador, das partes e seus procuradores. Após esse exame, o juiz homologará o termo, tornando-o título executivo judicial<sup>698</sup>. No caso de haver pedido liminar, a mediação incidental terá curso após a decisão prolatada sobre a mesma, caso já analisado quando comentamos o art. 35.

**Art. 38. Na hipótese de mediação incidental, ainda que haja pedido de liminar<sup>699</sup>, a antecipação das despesas do processo<sup>700</sup>, a que alude o art. 19 do**

<sup>695</sup> BASÍLIO, Ana Tereza Palhares; MUNIZ, Joaquim de Paiva. Mediação: relevante instrumento de pacificação social. In: *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. 18.v. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

<sup>696</sup> PANTOJA, Fernanda Medina. Da Mediação Incidental. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral da Mediação à luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 228.

<sup>697</sup> Código de Processo Civil. Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que:  
I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;  
II - alterar a verdade dos fatos;  
III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;  
IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;  
V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;  
VI - provocar incidentes manifestamente infundados;  
VII - interpor recurso com intuito manifestamente protelatório.

<sup>698</sup> BRAGA NETO, Adolfo. Aspectos jurídicos sobre a mediação de conflitos. In: *Revista Fórum Cesa*, Belo Horizonte, n. 3, p. 69-72, abr./jun. 2007. Disponível em: <<http://www.ambitojuridico.com.br>>. Acesso em: 29 jul. 2009.

<sup>699</sup> *Liminar*: Medida tomada por ordem judicial com a finalidade de resguardar direitos antes da discussão do feito. (PAULO, Antonio de. *Pequeno Dicionário Jurídico*. 2. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.)

<sup>700</sup> *Processo*: Forma estabelecida pela lei e praxe para tratar as causas em juízo; ação sob o aspecto formal, ou seja, série ordenada e processual de atos formalizados pela lei para o litígio em juízo sobre uma causa ou relação de direito. (PAULO, Antonio de. *Pequeno Dicionário Jurídico*. 2. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.)

**Código de Processo Civil, somente será devida após a retomada do curso do processo, se a mediação não tiver resultado em acordo ou conciliação.**

**Parágrafo único. O valor a título de honorários do mediador, na forma do art. 19 do Código de Processo Civil, será abatido das despesas do processo.**

A mediação incidental vem a oportunizar a solução de conflitos, sendo esta solução elaborada pelas próprias partes conflitantes já no decurso de um processo judicial e conduzida por um ou mais mediadores. A mediação incidental é de cunho paraprocessual, tendo em vista o Projeto de Lei a vigorar, como já referido em artigos anteriores<sup>701</sup>. O art. 38, agora em questão, fala sobre as custas referentes ao processo judicial no caso da ocorrência da mediação no decorrer do mesmo<sup>702</sup>. E neste tocante, faz referência ao artigo 19 do Código de Processo Civil<sup>703</sup>.

Inicialmente, compreende-se que o texto do art. 38 expressa de forma equivocada o contexto de quitação do pagamento das custas processuais do âmbito judiciário. Cabe observar que em primeiro, cita somente os casos da ocorrência de insucesso do processo de mediação (tanto pela tentativa frustrada ou pela ausência de uma ou de ambas as partes, o que se faz retornar ao processo judicial), salvo requerimento de uma das partes demonstrando interesse de nova tentativa (no caso de ausência), sendo assim, retomado o processo judicial, deverão ser cobradas as custas normais do mesmo, fazendo referência ao art. 19 do CPC. Tal artigo refere-se aos encargos financeiros pelos quais as partes, nos casos da não solicitação de prestação dos serviços de Assistência Judiciária Gratuita, terão que arcar antecipadamente. O art. 38 do projeto de lei expõe que esses valores devidos seriam postergados para quando a ocorrência da retomada do processo judicial, restando, assim, incoerente o texto no todo.

Posto que o Projeto não faz menção sobre os casos em que for obtido êxito na mediação, restam muitas dúvidas referentes a como ficará o pagamento dos serviços judiciais, como as taxas judiciárias correspondentes aos serviços prestados pelos magistrados (como o pedido de liminar, citado no art. 38, que exige a atuação do juiz para verificar se não há nenhuma irregularidade insanável ou incompetência absoluta do pedido antes de, ao menos, remeter à mediação); membros do Ministério Público; demais serviços de distribuição do processo; e citação feita por oficial de justiça ou edital. Não dispondo o legislador sobre esta questão, permanece a incógnita sobre a forma como será remunerada a prestação jurisdicional, o que leva-nos a crer que a questão terá que ser enfrentada na prática.

Além dessas considerações, resta esclarecer aqui o que a redação do artigo não elucida. Entende-se que iniciado o processo judicial, o magistrado encaminha o feito para a mediação. Nesse procedimento serão desenvolvidas técnicas para o entendimento do conflito real, de compreensão e avaliação própria de um e do

---

<sup>701</sup> PANTOJA, Fernanda Medina. Da Mediação Incidental. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral da Mediação à luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 199.

<sup>702</sup> ROBLES, Tatiana. *Mediação e Direito de Família*. 2. ed. São Paulo: Ícone, 2009, p. 115.

<sup>703</sup> Código de Processo Civil. Art. 19. Salvo as disposições concernentes à justiça gratuita, cabe às partes prover as despesas dos atos que realizam ou requerem no processo, antecipando-lhes o pagamento desde o início até sentença final; e bem ainda, na execução, até a plena satisfação do direito declarado pela sentença.

outro sobre tratamentos e atitudes e, principalmente, a colaboração, satisfação e elaboração de novas ideias de solução formada por ambas as partes. Dessa forma se pretende que ambas consigam expor seus reais e sinceros interesses, para que cumpram o acordo de forma voluntária e assim seja alcançado o sucesso deste procedimento<sup>704</sup>.

Ocorrendo então êxito no procedimento, estarão as partes livres para decidirem se farão a homologação<sup>705</sup> do resultado da mediação nos autos<sup>706</sup>, de forma a transformar-se em título executivo judicial. Nestas condições haverá incidência de custas, o que pode gerar cobrança de taxa judiciária mínima. Também terão a oportunidade de simplesmente confiarem no resultado da mediação e um no outro, extinguindo o processo originado no Judiciário. Assim, a partir do acordo entabulado e assinado, as partes terão um título executivo extrajudicial<sup>707</sup>, que será cumprido de boa vontade, que é o que a mediação busca, visto que se deduz estarem conscientes das decisões chegadas<sup>708</sup>.

Colocada a questão nesses termos, persiste a dúvida sobre o que ocorrerá quando o processo judicial se extingue ou se homologa o acordo feito perante o juiz. Como serão pagos todos esses encargos gerados até o presente momento?

Desse modo, o art. 38 não atinge seu objetivo maior, que seria a orientação total para as despesas do processo de mediação. A redação deficitária deste acarreta em prejuízo financeiro para o Judiciário. Seria necessário explicitar como os pagamentos dos serviços do Judiciário serão efetuados. Poderia se proceder conforme descreve o art. 19 do CPC (pagamento impreterivelmente de forma antecipada), de modo que, no momento da alteração da forma de procedimento de resolução do conflito, as custas já estariam quitadas. De outro modo, iniciado novo procedimento para a resolução da contenda, seriam feitas as cobranças relativas somente a este, diferente do disposto no parágrafo único do art. 38 do Projeto de Lei. O parágrafo único refere que as custas dos honorários do mediador serão abatidas das despesas do processo, o que provoca uma mistura, pois também determina a competência do Tribunal para dispor sobre tais cálculos (art.42, § 1º, do PL), que terá que levar em conta o tempo despendido e a complexidade do caso tratado<sup>709</sup>.

---

<sup>704</sup> CEZAR-FERREIRA, Verônica A. da Motta. *Família, separação, e mediação: uma visão psicojurídica*. São Paulo: Editora Método, 2007, p. 158.

<sup>705</sup> *Homologação*: Ato ou efeito de homologar; aprovação dada por autoridade judicial ou administrativa a certos atos particulares para que produzam os efeitos jurídicos que lhes são próprios; ato pelo qual o Supremo Tribunal Federal aprova a executoriedade de uma sentença estrangeira no território nacional, depois de ter verificado que ela atende a certos requisitos legais (CPC, arts. 101; 158, § único; 483; 484; 874; 876; 1.098). (PAULO, Antônio de. *Pequeno Dicionário Jurídico*. 2. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.)

<sup>706</sup> *Autos*: Registro escrito de natureza jurídica, constitutivo do processo, no qual consta a narração minuciosa, formal e autêntica de determinados atos jurídicos. (PAULO, Antônio de. *Pequeno Dicionário Jurídico*. 2. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.)

<sup>707</sup> *Extrajudicial*: Ato praticado fora do juízo, voluntariamente, sem formalidade processual ou judicial, mas com capacidade de produzir efeitos jurídicos. (PAULO, Antônio de. *Pequeno Dicionário Jurídico*. 2. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.)

<sup>708</sup> SALES, Lília Maia de Moraes. *Mediação de Conflitos: Família, Escola e Comunidade*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, p. 35.

<sup>709</sup> PANTOJA, Fernanda Medina. Da Mediação Incidental. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral da Mediação à luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 230.

Faz-se necessário expor de forma única o modo de realizar e satisfazer todos os pagamentos para todas as formas possíveis e cabíveis de resolução do conflito. O melhor seria que os pagamentos ocorressem sempre de forma antecipatória, tendo em vista o art. 19 do CPC, tanto para os casos de sucesso ou insucesso da mediação. Visto que o artigo não dispõe assim, presume-se que as partes terão a possibilidade de escolha pelo pagamento prévio ou não quitação dos serviços prestados pelo Judiciário, uma vez que o pagamento das despesas “somente será devido após a retomada do curso do processo, se a mediação não tiver resultado em acordo ou conciliação”<sup>710</sup>.

Sendo a situação da antecipação das despesas seguida como regra em todos os procedimentos, traria consequências extremamente positivas. Em virtude dela acarretaria em estímulo para a mediação prévia, como forma de economia financeira das partes e do Judiciário também, pois diminuir-se-iam notavelmente as custas totais destes. Além disso, contribuiria para desafogar o Judiciário, que está por horas exacerbado com a demanda de processos nos quais não se têm atenção ao problema real e à qualidade das decisões tomadas que também por vezes não satisfaz a nenhuma das partes<sup>711</sup>.

Como já colocado, competirá ao Tribunal versar sobre fixação das custas, e em se tratando do final dos trabalhos, no caso do insucesso da mediação, tendo o autor ganhado a ação, estas custas reverterão ao réu (conforme art. 20 do CPC<sup>712</sup>). Mas no caso do sucesso da mediação, as custas poderão ser divididas, ou seja, o autor poderá vir a ser ou não restituído de parte ou integralmente das despesas processuais adiantadas, conforme for a vontade das partes antes conflitantes, sendo elas como forem distribuídas (judicial e mediação) pelo Tribunal de Justiça como já alegado<sup>713</sup>.

Ademais cabe ainda esclarecer que nos casos de versarem sobre valores a respeito de honorários do mediador e demais gastos sobre o dispêndio da mediação feita, caberá sempre ao Tribunal de Justiça determinar. Veremos como serão organizadas, sendo que este artigo não traz nem a forma mais simples, elencada.

**Artigo 39. Obtido ou frustrado o acordo, o mediador lavrará o termo de mediação descrevendo detalhadamente todas as cláusulas do acordo ou consignando sua impossibilidade.**

**§ 1º O mediador devolverá a petição inicial ao juiz da causa, acompanhada do termo, para que seja dado prosseguimento ao processo.**

**§ 2º Ao receber a petição inicial acompanhada do termo de transação, o juiz determinará seu imediato arquivamento ou, frustrada a transação, providenciará a retomada do processo judicial.**

<sup>710</sup> ROBLES, Tatiana. *Mediação e Direito de Família*. 2. ed. São Paulo: Ícone, 2009, p. 115.

<sup>711</sup> MUSZKAT, Malvina Ester. (Org.). *Mediação de Conflitos: pacificando e prevenindo a violência*. São Paulo: Summus, 2003, p. 55.

<sup>712</sup> Código de Processo Civil. Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.

<sup>713</sup> ROBLES, Tatiana. *Mediação e Direito de Família*. 2. ed. São Paulo: Ícone, 2009, p. 115.

O enunciado do art. 39 contém redação semelhante a do art. 31, que discorre sobre a lavratura do termo de mediação, no qual o mediador deverá descrever detalhadamente todas as cláusulas do acordo firmado entre as partes, pois será por meio desta que o juiz terá as informações de como ocorreu o processo de mediação e no que resultou esta. O texto do termo de mediação conterá somente os resultados obtidos deste procedimento, sem nunca comentar sobre os fatos íntimos narrados pelas partes mediandas, e nem fatos ocorridos durante o procedimento. É necessário se ater somente ao acordo firmado entre eles, posto que a confidencialidade é também importante para a construção da confiança que as partes depositarão no mediador. Esse princípio ficará também lavrado no acordo feito<sup>714</sup>.

Uma análise desse artigo e seus dois parágrafos revela que no caso de êxito na mediação, o mediador devolverá a cópia da petição inicial ao juiz acompanhada do termo de mediação, que por sua vez ordenará a juntada deste aos autos e homologará o acordo, extinguindo o processo<sup>715</sup>.

Já no caso da impossibilidade do acordo, constarão os motivos pelos quais não foi possível a solução do conflito, para que se possa dar continuidade ao processo judicial em seu rito tradicional. Por isso é importante não esquecer de nenhum item e de redigir de forma que fique compreensível para as partes, pois serão eles os interessados em futuramente utilizá-lo, caso houver êxito e homologado o acordo pelo juiz, como título executivo judicial.

Cumpra ainda ressaltar no que diferem os arts. 39 e 31, que como dito anteriormente, têm redação muito semelhante. O primeiro trata da mediação paralelo incidental, que ocorre na constância do processo, posteriormente ao início do processo judicial. Nesse contexto, note-se que, estabelecido o procedimento de mediação, este fica paralelo ao processo judicial. Por sua vez, o art. 31 refere-se à mediação prévia, que ocorre anteriormente ao processo judicial, sem que a demanda judicial tenha sido distribuída<sup>716</sup>.

O parágrafo 1º do artigo em comento diz que “o mediador devolverá a petição inicial ao juiz da causa”, inicialmente o texto deste parágrafo já se expressa de forma controvertida, visto que é dito que o juiz repassará ao mediador a cópia dos autos do processo, dessa forma então, é óbvio entender que seria devolvido ao juiz não os autos do processo, mas, sim, a cópia anteriormente entregue pelo mesmo, ao(s) mediador(es), acompanhada do termo de mediação. É perceptível a falha neste texto, merecendo revisão ou reforma.

Em seguida, o parágrafo 2º deste mesmo artigo dá enfoque tanto aos casos em que a mediação for exitosa, quanto quando não se obtém sucesso no procedimento, e desta forma se dá encaminhamento ao prosseguimento do processo judicial. Expressando que “ao receber a petição inicial acompanhada do termo de transação”, (na mesma redação errônea do parágrafo 1º), “o juiz determinará seu imediato arquivamento”, momento em que ocorre outro erro importante. Considerando que, após o recebimento da petição inicial acompanhada do termo de transação, como já comentado anteriormente, o juiz ordenará a juntada deste aos autos e homologará o acordo e aí, então, determinará o arquivamento do

---

<sup>714</sup> Ibidem, p. 114.

<sup>715</sup> ROBLES, Tatiana. *Mediação e Direito de Família*. 2. ed. São Paulo: Ícone, 2009, p. 113.

<sup>716</sup> Ibidem, p. 114.

processo, ou no caso de frustrada a mediação, volta-se ao rito tradicional do processo judicial.

**Artigo 40. Havendo acordo, o juiz da causa, após verificar o preenchimento das formalidades legais, homologará o acordo por sentença.**

**Parágrafo único. Se o acordo for obtido quando o processo judicial estiver em grau de recurso, a homologação do mesmo caberá ao relator.**

Cabe fazer uma observação de inicial a respeito dos arts. 39 e 40<sup>717</sup>. Além da já referida falha na redação do parágrafo 2º do art. 39, percebe-se sua incompletude ao permanecer em separado do art. 40. O ideal para a melhor compreensão do art. 39 seria que esse tivesse sua redação complementada pelo art. 40, dando assim maior coerência aos dispositivos legais.

O artigo 40 do Projeto de Lei, em síntese, é correspondente então somente à mediação incidental, diferente do anterior, pois se refere diretamente ao “juiz da causa”, que seria no caso, do processo judicial já em andamento.

Em suma, o tema central deste artigo encontra-se no enunciado: “após verificar o preenchimento das formalidades legais, homologará o acordo por sentença”; que exprime que a mediação consiste em dar às partes a oportunidade de formularem um acordo sozinhas<sup>718</sup>, sendo somente conduzidas pelo mediador a um resultado satisfatório. Não cabe ao mediador, mesmo tendo instruções jurídicas suficientes para isso (como advogado), dar dicas ou instruir as partes sobre os procedimentos judiciais, posto que os mediandos terão de adotar ideias próprias, de valores, parcelas, visitas, formas de quitação ou de solução para o conflito em questão, sendo que caberá a eles, e somente a eles, julgar se será possível e justo cumprir o acordado<sup>719</sup>.

Sendo assim, como o acordo é construído pelas partes, também não caberá ao juiz avaliar, no momento da homologação, se a pretensão das partes é justa, procedente ou improcedente. Cabe ao juiz tão somente “verificar o preenchimento das formalidades legais”, ou seja, não caberá a ele nem analisar a substância do acordo lavrado, pois tudo o que estiver constado ali é da vontade das partes, e é o que importa para a resolução do mérito. Posto que se houvesse a possibilidade de o juiz modificar o conteúdo do acordo, estaria então violando a vontade formalizada livremente pelas partes, o que seria de grande insatisfação para o procedimento da mediação, que busca sempre e somente a pacificação e satisfação das partes antes conflitantes<sup>720</sup>.

Sobre as formalidades legais, o papel do juiz restringe-se então a averiguar se houve realmente o processo da mediação conforme as exigências de procedimento; de que tenha se realizado com mediador habilitado; se a matéria conflitiva é suscetível de disposição, ou seja, se esta tem possibilidade de ser mediada visto a sua complexidade; se as partes mediandas são titulares dos direitos da disputa em questão, seja total ou parcialmente; e, por fim, se as partes

<sup>717</sup> ROBLES, Tatiana. *Mediação e Direito de Família*. 2. ed. São Paulo: Ícone, 2009, p. 115.

<sup>718</sup> SALES, Lília Maia de Moraes. *Mediação de Conflitos: Família, Escola e Comunidade*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, p. 32.

<sup>719</sup> Ibidem, p. 34.

<sup>720</sup> BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 137.

conflitantes têm capacidade para serem mediadas, não havendo problemas psicológicos ou psiquiátricos de natureza momentânea ou permanente, que não caberiam ser tratados na mediação, ou de outra forma, se realmente existe interesse de ambas as partes em participar da mediação, para que realmente se entendam e obtenham um acordo satisfatório<sup>721</sup>.

Dessa forma, transcorrido tudo corretamente, e obtendo sucesso em todas as etapas, será homologado o acordo firmado pelas partes, de maneira a transformar-se em título executivo judicial ou extrajudicial conforme for a vontade destas<sup>722</sup>.

Resta ainda comentar sobre o caso do parágrafo único do art. 40, que é de se compreender de forma simples, pois sendo o relator então responsável neste momento (de recurso) pela resposta da solução de mérito do processo judicial, caberá à ele fazer a homologação. Deve-se compreender esse acontecimento não somente em caso recursal, mas também em instâncias superiores, restando assim coerente e plausível a resposta formalizada via homologação pelo superior que estiver julgando a demanda recursal.<sup>723</sup>

Dando valoração ao assunto da homologação (juridicamente falando), nota-se uma falta de atenção no sentido de apoio legal, pois se esta é validada como título executivo judicial, deveria este então passar a constar no art. 475 alínea “N”<sup>724</sup>.

Deve-se somar então a esse artigo, somente um novo inciso sobre a “homologação, ou ao termo de mediação, feita no processo de mediação”, para que assim fique regularizado, e apoiado legalmente, a efetivação do resultado obtido no procedimento da mediação.

Contudo, cabe ainda chamar atenção para outro fato que poderá ser incomum, mas não há de se desprezar. No caso de já haver sido proferida a sentença do processo judicial (se a procura ou aceitação do procedimento de mediação for posterior à sentença da ação demandada), esta não poderá ser substituída pelo acordo elaborado pelas partes, exclusivamente no caso destas concordarem em ignorar a sentença, desistindo de sua execução. Coisa que em se

---

<sup>721</sup> PANTOJA, Fernanda Medina. Da Mediação Incidental. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral da Mediação à luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 233.

<sup>722</sup> ROBLES, Tatiana. *Mediação e Direito de Família*. 2. ed. São Paulo: Ícone, 2009, p. 115.

<sup>723</sup> PANTOJA, Fernanda Medina. Da Mediação Incidental. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral da Mediação à luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 235.

<sup>724</sup> Código de Processo Civil. Art. 475-N. São títulos executivos judiciais:

- I – a sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia;
- II – a sentença penal condenatória transitada em julgado;
- III – a sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que inclua matéria não posta em juízo;
- IV – a sentença arbitral;
- V – o acordo extrajudicial, de qualquer natureza, homologado judicialmente;
- VI – a sentença estrangeira, homologada pelo Superior Tribunal de Justiça;
- VII – o formal e a certidão de partilha, exclusivamente em relação ao inventariante, aos herdeiros e aos sucessores a título singular ou universal.

tratando de mediação (que procura a pacificação e satisfação total das partes) entende-se de grande probabilidade, quando for a real intenção destas<sup>725</sup>.

## REFERÊNCIAS

- AZEVEDO, André Gomma de; BARBOSA, Ivan Machado. (Org.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. v. 4. Brasília: Editora Grupos de Pesquisa, 2007.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Curso de Processo Civil: Processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- BASÍLIO, Ana Tereza Palhares; MUNIZ, Joaquim de Paiva. Mediação: relevante instrumento de pacificação social. In: *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. 18.v. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- BRAGA NETO, Adolfo. Aspectos Jurídicos sobre a mediação de conflitos. In: *Revista Fórum Cesa*, Belo Horizonte, n. 3, p. 69-72, abr./jun. 2007. Disponível em: <[www.ambitojuridico.com.br](http://www.ambitojuridico.com.br)>. Acesso em: 29 jul. 2009.
- BRASIL. Código Civil (2002). Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Diário Oficial da União, Brasília, p. 1, 11 jan. 2002.
- BRASIL. Código de Processo Civil (1973). Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Diário Oficial da União, Brasília, p. 1, 17 jan. 1973.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 5 de outubro de 1988.
- BRASIL. Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Diário Oficial da União, Brasília, p. 1, 09 fev. 2005.
- BRASIL. Lei nº 11.441, de 04 de janeiro de 2007. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa. Diário Oficial da União, Brasília, p. 1, 05 jan. 2007.
- BRASIL. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, p. 13.528, 31 dez. 1973.
- BRASIL. Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994. Altera dispositivos do Código de Processo Civil sobre o processo de conhecimento e o processo cautelar. Diário Oficial da União, Brasília, p. 19.391, 14 dez. 1994.
- BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Diário Oficial da União, Brasília, p. 18.897, 24 set. 1996.
- CEZAR-FERREIRA, Verônica A da Motta. *Família, separação, e mediação: uma visão psicojurídica*. São Paulo: Editora Método, 2007.

<sup>725</sup> PANTOJA, Fernanda Medina. Da Mediação Incidental. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral da Mediação à luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 235.



- COLAIÁCOVO, Juan Luis; COLAIÁCOVO, Cynthia Alexandra. *Negociação, mediação e arbitragem: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- COOLEY, John W. *A advocacia na mediação*. Tradução de René Loncan. Brasília: Editora Universidade Brasília, 2001.
- DIDIER JR., Fredie S. *Direito Processual Civil: Teoria geral do Processo e Processo de conhecimento*. 3. v. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.
- \_\_\_\_\_; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 3. v. 6 ed. Salvador: JusPodivm, 2008.
- FALCÓN, Enrique M. *Mediación Obligatoria: em la Ley 24.573*. Abeledo – Perrot. Buenos Aires.
- GARCEZ, José Maria Rossani . *Arbitragem Nacional e Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. A Conciliação extrajudicial no quadro participativo. In: *Novas Tendências do Direito Processual*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1988.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Arbitragem nos Contratos Administrativos. In: *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. 18.v. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.
- MUSZKAT, Malvina Ester (Org.). *Mediação de Conflitos: pacificando e prevenindo a violência*; São Paulo: Summus, 2003.
- PANTOJA, Fernanda Medina. Da Mediação Incidental. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral da Mediação à luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- PAULO, Antônio de. *Pequeno Dicionário Jurídico*. 2. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Coisas: Lei nº 10.406, de 10.01.2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- ROBLES, Tatiana. *Mediação e Direito de Família*. 2. ed. São Paulo: Ícone, 2009.
- SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e Mediação de Conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Mediação de Conflitos: Família, Escola e Comunidade*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.
- SEIXAS, Maria Regina Soares, *Comentários e Prática Forense dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Lei 9.099/95*. São Paulo: Editora de Direito, 1996.
- SIDOU, J. M. Othon. *Dicionário Jurídico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 14. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.
- TESHEINER, José Maria Rosa. *Mediação e Arbitragem. Aspectos Fundamentais*. Disponível em: <[www.text.pro.br](http://www.text.pro.br)>. Acesso em: 15 jun. 2009.
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- ZYLSTRA, Alexandria. The Road from Voluntary Mediation to Mandatory Good Faith Requirements: A Road Best Left Untraveled. In: *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*. v. 17, 2001.

## CAPÍTULO VI

### DISPOSIÇÕES FINAIS DO PROJETO DE LEI DE MEDIAÇÃO<sup>726</sup>

Theobaldo Spengler Neto<sup>727</sup>

**Art. 41. A mediação será sempre realizada em local de fácil acesso, com estrutura suficiente para atendimento condigno dos interessados, disponibilizado por entidade pública ou particular para o desenvolvimento das atividades de que trata esta Lei.**

**Parágrafo único. O Tribunal de Justiça local fixará as condições mínimas a que se refere este artigo.**

A mediação é um “modo de construção de uma gestão de vida social graças a intermediação de um terceiro neutro, independente e sem outro poder que não a autoridade que lhes reconhecem as partes que a escolheram ou reconheceram livremente. Sua missão fundamental é (re)estabelecer a comunicação”.<sup>728</sup> O mediador deve “estar no meio<sup>729</sup>” das partes, auxiliando na administração do conflito sem, entretanto, interferir diretamente nas opções. Não cabe a mediador sugerir soluções.

Entretanto, para que essa atividade se desenvolva de modo que as partes, além da confiança já previamente estabelecida em relação ao mediador, também possam sentir-se à vontade no momento das atividades, impõe-se uma prévia organização material. Nesse sentido o artigo ora em comento prevê, embora de forma aberta em demasia, alguns requisitos.

---

<sup>726</sup> O presente texto foi elaborado a partir de pesquisa realizada junto ao projeto intitulado “Mediação de conflitos para uma justiça rápida e eficaz” financiado pelo CNPQ (Edital Universal 2009 – processo 470795/2009-3) e pela FAPERGS (Edital Recém-Doutor 03/2009, processo 0901814) coordenado pela prof<sup>ª</sup>. Dra. Fabiana Marion Sengler.

<sup>727</sup> Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC- RS, docente dos cursos de Graduação e Pós Graduação *lato e stricto sensu* dessa e de outras Instituições de Ensino Superior, Integrante do Grupo de Pesquisas “Políticas Públicas no tratamento dos conflitos”, vinculado ao CNPq e bolsista no Projeto de Extensão intitulado “A crise da jurisdição e a cultura da paz: a mediação como meio democrático, autônomo e consensuado de tratar dos conflitos”, ambos sob a coordenação da Prof.<sup>ª</sup> Dr.<sup>ª</sup>. Fabiana Marion Spengler, advogado.

<sup>728</sup> BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 133.

<sup>729</sup> Termo utilizado no sub-capítulo “A mediação enquanto arte de ‘estar no meio’”. BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 147-151. A leitura é sugerida como forma de aprofundamento na compreensão da tarefa e das habilidades exigidas do mediador.

Karl Slaikeu<sup>730</sup> elenca alguns pontos que entende por fundamentais, tais como território neutro, espaço ideal, privacidade, impedimento de comunicações externas (assim entendendo o atendimento a telefone, por exemplo, durante a entrevista), ambientes e mobiliários condizentes com a situação. Sugere, inclusive, graficamente a distribuição das salas e equipamentos.

O Projeto de Lei, entretanto, não adentra a detalhes tão específicos, contendo-se em afirmar que a mediação deve ser realizada em local de fácil acesso, com estrutura suficiente para o atendimento condigno dos interessados. Esse local poderá ser disponibilizado por entidade pública ou particular, cabendo, entretanto ao Estado a viabilização humana, ou seja, atribuição de tarefas e controle da atividade.

Local de fácil acesso à população pode dar margem a várias interpretações: a uma, facilidade de acesso físico, assim entendendo localização central, próxima aos meios de transporte coletivo; a duas, disponibilização de espaço junto aos prédios do Poder Judiciário, considerando o grande envolvimento e controle; a três, alocação das atividades em locais próximos (senão inseridos) nas camadas sociais mais propensas à utilização desses serviços. Todas essas hipóteses, quiçá todas juntas, devem ser pensadas pelo Tribunal competente, de forma a propiciar o acesso à mediação.

Não há que se olvidar também da importância do acesso psicológico, ou seja, do conforto visual e simplicidade característico do público alvo. Evidentemente que a parte conflitante participe de classe social desassistida sentir-se-á constrangida em participar de encontro em local que exacerbe suas condições econômicas. Não menos verdade será o contrário.

Não se exigirá do Estado, por qualquer dos Poderes Constitucionalmente constituídos que adapte espaços a cada parcela populacional. Deverá, entretanto propiciar espaço, mobília, condições, enfim, mínimas de conforto que não fujam da condição média da população usuária. Parte constrangida socialmente será parte constrangida psicologicamente, acarretando em prejuízo à atividade.

Por outro lado, devem ser compreendidos como inseridos na “estrutura suficiente para atendimento condigno” material humano suficiente e treinado para o atendimento à população. O treinamento deverá considerar não somente os mediadores, mas a assessoria necessária para a prestação de uma atividade a quem somente estará em busca de atendimento porque envolta em problemas.

Há que se precaver, por fim, quanto ao auxílio de entidades particulares na formação dessa estrutura. Se bem verdade é, e indiscutível, que a iniciativa privada de comparecer à melhor estruturação social, em qualquer das suas formas, não menos verdade é que cautela deve ser tomada com as interferências que possam ser causadas. Deve o Tribunal competente acautelar-se quanto à participação da iniciativa privada envolta em grande número de atividades, em especial quando trata-se de direito do consumidor.

De nada adiantará a atividade de mediação ser realizada de modo competente e sério pelos profissionais, se sua imagem for arranhada pela proximidade entre partes e gestores. O cidadão deve confiar na instituição.

---

<sup>730</sup> SLAIKEU, Karl A. *No final das contas: um manual prático para a mediação de conflitos*. Trad. Grupo de Pesquisas e Trabalho em Arbitragem, Mediação e Negociação na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2004, p. 83-90.

**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 a expensas de dotação orçamentária do respectivo Tribunal de Justiça.**

Os profissionais que atuarem na mediação deverão ser remunerados. A proposta legislativa sugere a fixação de critérios de remuneração “pela norma local”. Entenda-se que caberá ao Tribunal Estadual elaborar tabela de honorários de mediação considerando as variadas hipóteses de temas envolvidos. Seguir-se-á os moldes da tabela de honorários advocatícios estabelecida pela Ordem dos Advogados do Brasil.

Considerando, por outro lado, que o mediador seja profissional de diversas áreas e com outras atividades diárias talvez mais vantajosas financeiramente, permeia dúvida quanto a sua obrigatoriedade na aceitação da tarefa quando entender ser o valor estabelecido reduzido. Ou, tratando-se de mediação realizada previamente, poderá o mediador entabular com as partes valor superior ao tabelado pelo Tribunal?

A primeira hipótese parece clara. Em não havendo vínculo obrigacional, hierárquico entre o mediador e o Tribunal de Justiça, não poderá ele ser obrigado a aceitar o trabalho, caso não se sinta confortavelmente remunerado. A segunda hipótese já merece maior cautela. Há que se aguardar os critérios de fixação dos honorários pelo Tribunal. Em sendo tabela com valores de referência, ajustes entre partes e mediadores será regular; em sendo tabela com valores definidos, estarão mediadores e partes restritos a eles, sob pena de caracterização do crime de concussão<sup>731</sup>.

O parágrafo proposto ao artigo agora comentado nasce com evidente erro de forma. Trata-se de um único parágrafo do artigo 42, pelo que não pode ser nominado de parágrafo primeiro.

O teor do parágrafo insere na mediação a figura da gratuidade judiciária. Legítima e constitucionalmente entendida como forma de possibilitar o acesso à Justiça, em âmbito de jurisdição esse instituto tem gerado inúmeros debates quanto a exagerada utilização, por parte dos advogados, e liberação, por parte dos magistrados.

Tratando-se de mediação envolvendo partes beneficiadas pela gratuidade judiciária, há de se aguardar que seja fixada tabela específica pelos Tribunais de Justiça, na medida em que previsão orçamentária para tanto deva ser firmada. Assim como nas perícias patrocinadas pelos Tribunais, quando os peritos nomeados devem, aceitando o encargo, admitir os valores determinados previamente, por certo assim também ocorrerá com os honorários dos mediadores. A influência dos efeitos da gratuidade na atratividade para atuação dos mediadores dependerá do tratamento dado pelos Tribunais a esses honorários.

O Projeto omite definição quanto a quem compete deferir a gratuidade judiciária, nos casos em que a mediação ocorrer antes do ajuizamento da ação. Já

---

<sup>731</sup> Caracteriza-se o crime de concussão pela exigência, direta ou indiretamente, razão da função, de vantagem indevida, por parte do funcionário público. O mediador estará ocupando espaço delegado pelo Estado, incorrendo, assim, nas mesmas penas.

ajuizada, por óbvio o juiz da causa terá tal incumbência. Não o estando, ou seja, inexistindo autos para que o despacho seja proferido, qual o procedimento a ser tomado pelas partes?

Supõe-se que a melhor forma seja seguir os caminhos já plantados pela própria Lei 1.060/50. Deverá a parte requerer, por simples petição, ao juízo competente lhe seja deferido o benefício, por decisão interlocutória, peça essa que deverá fazer parte integrante dos autos que formam o instrumento de mediação. Da mesma maneira, incidem as penalizações quanto a requerimento indevido.

Ainda, deve ser alterado o artigo 3º, da Lei 1.060/50, para incluir os honorários de mediação entre aquelas isenções dispostas. Porém, em se aplicando totalmente as normas da Lei, fica a dúvida quanto à obrigatoriedade de trabalho do mediador, posto que aos advogados e peritos a recusa é defesa<sup>732</sup>.

**Art. 43. O art. 331 e parágrafos da Lei nº 5.869, de 1973, Código de Processo Civil, passam a vigorar com a seguinte redação:**

**“Art. 331. Se não se verificar qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo máximo de trinta dias, para qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir.**

**§1º Na audiência preliminar, o juiz ouvirá as partes sobre os motivos e fundamentos da demanda e tentará a conciliação, mesmo tendo sido realizada a tentativa de mediação prévia ou incidental.**

**§2º A Lei local poderá instituir juiz conciliador ou recrutar conciliadores para auxiliarem o juiz da causa na tentativa de solução amigável dos conflitos.**

**§3º Segundo as peculiaridades do caso, outras formas adequadas de solução do conflito poderão ser sugeridas pelo juiz, inclusive a arbitragem, na forma da Lei, a mediação e a avaliação neutra de terceiro.**

**§4º A avaliação neutra de terceiro, a ser obtida no prazo a ser fixado pelo juiz, é sigilosa, inclusive para este, e não vinculante para as partes, sendo sua finalidade exclusiva a de orientá-las na tentativa de composição amigável do conflito.**

**§5º Obtido o acordo, será reduzido a termo e homologado pelo juiz.**

**§6º Se, por qualquer motivo, a conciliação não produzir resultados e não for adotado outro meio de solução do conflito, o juiz, na mesma audiência, fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário.**

É dever do magistrado buscar a conciliação<sup>733</sup> das partes, a qualquer tempo, como determina o inciso IV do artigo 125, do Código de Processo Civil. Nessa linha,

<sup>732</sup> Art. 14. Os profissionais liberais designados para o desempenho do encargo de defensor ou perito, conforme o caso, salvo justo motivo previsto em lei ou, na sua omissão, a critério da autoridade judiciária competente, são obrigados ao respectivo cumprimento, sob pena de multa de duzentos cruzeiros a hum mil cruzeiros, sujeita ao reajustamento estabelecido na Lei 6.205, de 29 de abril de 1975, sem prejuízo da sanção disciplinar cabível.

<sup>733</sup> Importa desde logo definir conciliação como momento no qual as partes, acompanhadas ou não pelos seus procuradores, dispõem de oportunidade para uma negociação orientada. A conciliação pressupõe a intervenção condutora do conciliador que, com conhecimento da

o legislador processualista de 1973 criou a Audiência de Conciliação, transformada em Preliminar com a microalteração processual de 2002.

É no artigo 331 do Código de Processo Civil que se tem o espaço destinado ao exercício da conciliação precipuamente, cabendo ao julgador, ainda hoje, proceder pessoalmente nessa busca. A proposta legislativa prossegue nesse sentido, determinando a busca pela conciliação, introduzindo, porém, novos instrumentos.

Inserir novos passos, entretanto, demonstra consciência do Legislador na possibilidade de prolongamento do processo, ou seja, mais tempo entre o ajuizamento e a tutela judicial. Mais uma vez depara-se o jurista com o dilema entre tempo X efetividade<sup>734</sup>. Entretanto, no cotejo de possibilidades – ver o litígio judicial resolvido sem apreciação do mérito X prolongamento daquelas hipóteses nas quais a tentativa de solução alternativa do conflito não foi feliz, impõe-se apostar na modificação de conduta das partes e dos profissionais do Direito e, assim, na proposta Legislativa.

O *caput* apresenta uma única sugestão de alteração, porém com efeito importante. Vai excluída a ressalva “... e versar a causa sobre direitos que admitam transação, ...”, o que faz entender o dever do juiz na designação da audiência, independentemente da matéria posta nos autos. Ao contrário da redação atual, a inteligência da proposta legislativa a torna obrigatória.

A redação vigente possibilita ao julgador a dispensa da designação da audiência preliminar sempre que entender como inviável o objetivo conciliatório<sup>735</sup>. Ora, a medida em vigor evita a tomada de pauta desnecessária, passando ao saneamento imediato do feito<sup>736</sup>.

A proposta de parágrafo primeiro traz uma novidade que conduz à ratificação do dever de busca da conciliação (art. 125, IV, CPC<sup>737</sup>). A determinação da redação é que o juiz ouça as partes e, de forma lógica e oportuna, com elas debata os fundamentos da demanda e da defesa.

matéria posta nos autos, poderá auxiliá-las na obtenção de uma melhor oportunidade. Não pode, porém, o conciliador interferir na vontade das partes, mas tão somente conduzi-las à compreensão da melhor solução.

<sup>734</sup> SPENGLER NETO, Theobaldo. *Condições e possibilidades do princípio constitucional da ampla defesa no processo civil brasileiro*. 2001. 154 f. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2001).

<sup>735</sup> Art. 331. Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir.

...

§.3º. Se o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa não evidenciarem ser improvável a obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção da prova, nos termos do §.2º. (art. 331, CPC).

<sup>736</sup> Nesse sentido comentam Marinoni e Mitidiero que, na atual forma processual, “O ideal é que o juízo consulte as partes, por escrito e previamente, a propósito da possibilidade de conciliação e, assim, aquilate com maior segurança a conveniência da designação de audiência preliminar” (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado* - artigo por artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 333).

<sup>737</sup> Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe:

...

IV – tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes.

Somente com o conhecimento não apenas da matéria posta juridicamente nos autos, mas dos fatos postos pelas partes de forma direta e isenta de juridicidade estará o julgador em condições de efetivamente buscar a conciliação. A intenção do legislador em obtê-la vai ainda mais demonstrada quando determina a designação da audiência preliminar mesmo que ocorrer a infrutífera mediação prévia ou incidental<sup>738</sup> anterior.

Há que se registrar aqui crítica ao Projeto, de forma específica quanto ao parágrafo segundo do artigo agora em comento. Não apresenta requisitos mínimos para a escolha dos conciliadores. Ao contrário, os apresenta de forma clara ao tratar dos mediadores (arts. 9 até 16).

Impõe à Lei local a incumbência da instituição do conciliador e forma de recrutamento. Por Lei local, à de se entender Resoluções Administrativas expedidas pelos Tribunais de cada Estado. Elementos para tanto podem mesmo ser buscados na Lei 9099/2005, que cria os Juizados Especiais Cíveis e Criminais (art. 7º).

Entretanto, pretendendo o legislador vincular as atividades de conciliação e mediação, então o tratamento de seleção dos conciliadores deverá respeitar os mesmos parâmetros de seleção dos mediadores. Esse ponto deve ainda ser esclarecido para que se tenha navegação tranqüila em um mar que já é tormentoso pela natureza das causas postas.

Já a figura do juiz conciliador, duas hipóteses de compreensão são possíveis. A uma, que se pretenda destinar juízes em caráter probatório para essas funções, o que, à toda prova, oneraria por demais a atividade conciliatória. A outra, que se utilize a estrutura já existente, novamente buscando auxílio junto à Lei 9.099/95, com a nomeação dos atuais Juízes Leigos. Esses sim, já afeitos não somente a atividade jurisdicional, mas em especial conciliatória. Talvez o caminho mais apropriado.

O Projeto inova ao proporcionar, no parágrafo terceiro do art. 43, ora em comento, que o juiz sugira outras formas de solução de conflito, nominadamente, a arbitragem, a mediação e a avaliação neutra de terceiro.

O primeiro ponto a ser abordado é a mudança de orientação na forma de condução ao juiz. Não mais poderá o juiz impor às partes as novas formas de solução de conflitos. Se antes a presença à audiência preliminar era coercitiva (muito embora não se encontre punição pela ausência), agora trata-se de sugestão que o julgador levará às partes. Medida salutar, posto que qualquer uma das formas sugerida, se imposta, desvirtua o objetivo solução.

A seguir, compreender que Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, dispõe sobre a arbitragem<sup>739</sup>, tendo sido assim apelidada. No Brasil, apesar de mais de uma década de vigência, essa forma de solução alternativa de conflitos encontra restrições para a sua aplicação e reconhecimento.

Para Sálvio de Figueiredo, o Brasil, talvez por força de suas vinculações com o civil *law* e pela sua herança cultural portuguesa, a

<sup>738</sup> Sobre mediação prévia e incidental, vide comentários aos artigos 29/33 e 34/40, respectivamente.

<sup>739</sup> Arbitrar consiste no dever de decidir em nome das partes os destinos postos por elas, mediante a confiabilidade de ter sido, o árbitro, por elas indicado. A arbitragem produzida na forma da Lei 9307/96 exige o cumprimento de requisitos fundamentais para a sua validade e, uma vez realizada a opção pelas partes, contratualmente ou judicialmente, extrai da jurisdição a decisão da contenda.

ela sempre se mostrou arredo, assim como à solução pela equidade, de inegável sucesso nos países mais desenvolvidos. Nossos textos legais, a propósito, de um formalismo exacerbado e ineficaz sempre refletiram temor, preconceito e atraso, criando nessa área uma cultura de resistência ao progresso sob os mais diversos e infundados argumentos<sup>740</sup>.

Aguarde-se que essa leitura não se repita no futuro quanto à proposta legislativa apresentada e agora comentada. O Projeto merece sim ajustes, mas sua ideia deve ser entendida como de sucesso.

A disposição da proposta legislativa esclarece que a arbitragem ofertada pelo magistrado não pode tomar feições informais, realizada por quem não esteja vinculado a Tribunais de Arbitragem e para tanto treinado. Trata-se do cumprimento do rito específico previsto pela Lei 9307/96.

Ainda, a mediação poderá ser sugerida pelo juiz, às partes. Aqui, mais uma vez, é de se referir que, assim como as demais possibilidades, a mediação não deve ser imposta. Mediação, como ensinam Morais e Spengler<sup>741</sup>, poderia ser definida como “... forma ecológica de resolução de conflitos sociais e jurídicos na qual o instituto da satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal.” Ou seja, expurga-se da relação o litígio, em busca da compreensão comum a respeito dos seus direitos e limites e, em especial, seus desejos possíveis.

A grande novidade que os parágrafos terceiro e quarto apresentam é a figura da “avaliação neutra de terceiro”. Há que se afastar, de primeiro momento, interpretação restritiva do termo avaliação. Não pretende o legislador tratar exclusivamente do avaliador, no sentido previsto pelo Código de Processo Civil, a quem se atribui a tarefa de dizer valores matemáticos.

Trata-se de um terceiro, com conhecimento técnico na área objeto do conflito e operador do direito<sup>742</sup>, que, consoante o conteúdo constante nos autos e até mesmo realização de audiência com as partes para melhor compreensão do desejo de cada uma, possa apontar às partes o caminho judicial que se apresenta. Tal apontamento, que deve ser somente a elas dado conhecimento<sup>743</sup>, não passa de mera orientação, sem qualquer vinculação obrigatória em relação ao desfecho.

A diferença entre a avaliação neutra e a arbitragem vai pela obrigatoriedade da aceitação do Laudo Arbitral, coercitivo e impositivo. Neste, as partes elegem um

---

<sup>740</sup> BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 172.

<sup>741</sup> BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 133. Informam, ainda, na esteira de Luis Alberto Warat, John Haynes e Marilene Marodin, que o acordo final deve tratar o problema como “uma proposta mutuamente aceitável”, devendo permitir a continuidade das relações sociais entre eles. Deve extinguir não somente o processo, mas o conflito.

<sup>742</sup> Muito embora tal requisito não esteja expresso no artigo em debate, vai definido objetivamente na versão consensuada da Exposição de Motivos ao Projeto de Lei, versão datada de seis de outubro de 2003.

<sup>743</sup> Importante lembrar que nem mesmo ao juiz se dará conhecimento obrigatoriamente do conteúdo da avaliação, exatamente para que não se apresenta às partes visual de obrigatoriedade no seu acatamento.



árbitro comprometendo-se a cumprir com a decisão. Naquela, operam em orientação não vinculativa e menos traumática.

Se, por qualquer das formas, conciliação, arbitragem, mediação ou avaliação neutra as partes consensarem na solução do conflito, impõe-se a homologação do respectivo termo, por sentença, na forma do parágrafo quinto do artigo em comento. Reproduz ele, com as adequações legislativas, o parágrafo único do art. 331 do CPC em vigor.

Inexistentes quaisquer das formas de solução do conflito posto, impõe-se o prosseguimento do feito, com a busca da verdade jurídica. Caberá então ao juiz saneá-lo<sup>744</sup> nos termos do parágrafo segundo do art. 331 vigente, em audiência. Por evidente que a definição do saneamento em audiência dará lugar, nos casos em que a complexidade da matéria ou volume dos autos assim o exigir, à conclusão para que o despacho se dê nos autos. É prática natural até mesmo em homenagem a uma garantia jurídica de certeza na decisão condutora dos caminhos que ainda faltam ser palmilhados.

Importa notar que o projeto em comento excluiu o atual parágrafo terceiro do art. 331, do CPC. Veio ele ao corpo processual com o advento da Lei 10444/02, com objetivo de flexibilizar ao julgador a possibilidade de não designação da audiência preliminar quando "... as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável..." a obtenção de acordo. Prevê, ainda, a possibilidade/dever de que se tenha então, nos autos, o saneamento.

Essa exclusão, por evidente, busca estabilizar as competências da solução dos conflitos por qualquer das suas formas alternativas. A presença das partes na audiência preliminar, por si só, possibilitará ao magistrado a busca pela implementação de alguma das formas que venham impedir uma decisão traumática e imposta, por força judicial.

**Art. 44. A Lei nº 5.869, de 1973, Código de Processo Civil, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 331-A:**

**"Art. 331 – A. Em qualquer tempo e grau de jurisdição, poderá o juiz ou tribunal adotar, no que couber, as providências do art. 331."**

O Projeto de Lei cria alínea ao art. 331, do CPC. Trata-se de meio gráfico legislativo já anteriormente em outras reformas processuais, possibilitando uma melhor distribuição da matéria.

O art. 331-A, como forma de possibilitar a realização de audiências conciliatórias ou mesmo implementar qualquer outra forma de tentativa de solução alternativa de conflito, mesmo em segundo grau. Nenhuma novidade se tem quanto à medida em primeiro grau de jurisdição, uma vez que o art. 125, do CPC, já propicia que o juiz possa/deva praticar todos os atos necessários em busca da conciliação.

A sua realização em segundo grau jurisdicional, após já demonstrada a inconformidade com a sentença e implementados os atos recursais, da tentativa

---

<sup>744</sup> O saneamento consiste na decisão de questões processuais, leia-se preliminares, ainda pendentes e que possam prejudicar o mérito; na fixação dos pontos controvertidos e que devam ser objeto de prova; na definição da prova a ser produzida, considerando exatamente os pontos antes delimitados; e, se for o caso, designará audiência de instrução, quando tal prova deva ser trazida aos autos.

conciliatória por quaisquer dos atos previstos no art. 331, do CPC, é tentativa nova. A medida já fora objeto do Projeto de Lei 1345/05, o qual se encontra arquivado na Câmara dos Deputados.

Há que se ter em mente, porém, não obstante o inegável ímpeto conciliador do legislador, que a realização de audiências conciliatórias, de mediação, de arbitramento e de avaliação tornarão a fase recursal ainda mais exaustiva. Poderá acarretar no aumento de atividades e tempo necessários e dedicados pelos Tribunais já hoje de forma claudicante. A demorada tramitação dos processos em sede recursal sofrerá ainda mais com o tempo necessário<sup>745</sup> a implantação de medidas que deveriam ter sido esgotadas e exaustivamente tratadas em primeiro grau.

A presente proposta acarretará em necessária adequação dos ritos regimentais e processuais dos Tribunais, dando espaço a atos hoje não previstos. Além de que, necessária a ampliação do quadro de pessoal e de material hoje disponível.

Crítica deve ser feita no sentido lógico do novo artigo. Salvo melhor juízo, deveria estar inserido como parágrafo do artigo 125, CPC<sup>746</sup>, posto que então trataria de todas as fases processuais. A inclusão como letra do art. 331, na Seção III – Da audiência preliminar - do Capítulo V – Julgamento conforme e estado do processo – vincula-se demasiadamente a essa audiência somente, o que não parece ser o objetivo da inovação.

De toda forma, e apenas para que não passe despercebido, inaplicável o parágrafo sexto do art. 331 proposto.

**Art. 45. Os Tribunais de Justiça dos Estados, no prazo de 180 dias, expedirão as normas indispensáveis à efetivação do disposto nesta Lei.**

Trata-se de artigo de cunho administrativo. O prazo para 180 dias contará a partir do término da *vacatio legis* prevista pelo art. 47. Assim, na prática, os Tribunais de Justiça dos Estados terão 300 dias para os ajustes procedimentais<sup>747</sup> e administrativos necessários.

No mesmo período deverão dotar-se orçamentariamente de condições de suportar novas demandas financeiras com a formação de equipe técnica (árbitros, mediadores, avaliadores, conciliadores), espaço físico, material e equipamento.

Muito embora aparentemente o lapso de tempo seja grande, impor-se entender que as dificuldades a serem encontradas pelos Tribunais que deverão operacionalizar a aplicação da futura Lei também o são. A busca de material

---

<sup>745</sup> Registre-se que, se o objetivo do legislador for possibilitar uma única audiência em busca da conciliação, a sua proposta de redação está equivocada. Caso pretenda efetivamente propiciar a implementação das formas alternativas de resolução de conflitos amplamente, com a realização de vários atos competentes, então teríamos um tempo agregado ao período recursal natural.

<sup>746</sup> Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe:  
I- assegurar às partes igualdade de tratamento;  
II- velar pela rápida solução do litígio;  
III- prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça;  
IV- tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes.

<sup>747</sup> Em especial vale o retorno aos comentários ao artigo antecedente, quando abordada a atividade prevista pelo art. 331-A do Projeto.

humano, em especial mediadores, deverá ser privilegiada. A equipe deverá ser qualificada técnica e psicologicamente, de forma a permitir que os anseios sejam atingidos. Uma vez que nomeados pelos Tribunais e exercendo uma atividade em nome deles, deverá atender às necessidades.

Sobretudo impõe-se que os Tribunais possam se adequar às novas exigências orçamentárias. A implementação dos passos humanos e materiais acarretará em gastos adicionais não previstos antes da vigência da Lei. Esses gastos deverão ser projetados orçamentariamente para que sejam cumpridos. Em síntese, os benefícios são grandiosos, mas algumas muralhas deverão ser deslocadas.

**Art. 46. O termo de mediação, de qualquer natureza, frustrado ou não o acordo, conterá expressamente a fixação dos honorários do mediador, ou do co-mediador, se for o caso.**

**Parágrafo único. Fixando as partes os honorários do mediador, no termo de mediação, este constituirá título executivo extrajudicial; não havendo tal estipulação, o mediador requererá ao Tribunal de Justiça que seria competente para julgar, originariamente, a causa, que os fixe por sentença.**

O mediador será sempre remunerado, independentemente da condição econômica das partes (art. 41). A mediação, por tratar-se de atividade que depende, além da capacidade de interlocução do profissional, também da disposição das partes em realmente encontrar o fim do conflito, não possui garantia de resultado positivo. Porém, a realização da atividade deve sempre ser retratada em termo o qual, além do resultado encontrado, deverá dispor dos honorários (tanto do mediador quanto do co-mediador, quando for o caso).

O parágrafo apresenta duas formas de documentalização do direito a honorários profissionais do mediador. A primeira, vinculada ao *caput*, trata dos honorários ajustados. Aqui, como na *práxis* da advocacia, salvo melhor juízo tem-se a fixação ou ajuste prévio ao início da atividade. Ao mediador, como profissional autônomo que é, não pode ser imposto valor com o qual não concorde.

Assim, tem-se valor estabelecido de comum acordo entre as partes e firmado em documento. Para fins de ajustes processuais, há de ser incluído o termo de mediação como título executivo extrajudicial no rol previsto pelo art. 585, CPC<sup>748</sup>.

A segunda parte, entretanto, merece ser examinada em detalhes. Inicialmente, tem-se que admitir a existência de mediação, tentada ou efetivada, em desacordo com a melhor forma documental. Ou seja, o mediador não tomou a cautela de proceder na estipulação dos seus honorários antecipadamente, o que é fundamental até mesmo para que possam elas definir pela sua capacidade financeira ou não de atendimento.

Não adotada essa fundamental providência pelo mediador, caberá ao Estado-Juiz resolver, além da ação da qual a mediação resolvera (por meio de homologação) ou não (por meio da demanda), ainda os honorários devidos ao profissional. A referência ao Tribunal de Justiça, feita no parágrafo único deste art. 46, por evidente conduz ao juízo de Direito cuja competência jurisdicional está afeita a matéria conflitada.

---

<sup>748</sup> O art. 585, CPC, apresenta o rol dos títulos executivos extrajudiciais. O elenco é nominativo, mas poderá ser complementado mediante alteração legislativa.

Tratando-se o mediador de profissional não envolto como parte na demanda originada pelo conflito, dois caminhos podem ser visualizados para que tenha seus honorários arbitrados. Caso tenha a mediação ocorrida no curso de uma demanda pré-existente, ao apresentar ao juízo o respectivo termo, desde logo poderá postular o arbitramento, passando essa decisão a tornar-se título executivo judicial.

Entretanto, não existindo ainda demanda ajuizada, o reconhecimento dos direitos do mediador passará necessariamente por uma demanda nova, deste contra as partes que se beneficiaram com a atividade desenvolvida. Trata-se de uma ação de conhecimento que tramitará sob o rito sumário, na forma do artigo 275, II, “f”, do Código de Processo Civil<sup>749</sup>, passando pela oportunidade de defesa dos réus. Somente daí poderá o juiz, com base em um pedido, contestado ou não, proferir sentença que conduza ao direito do mediador.

Houvesse disposto contratualmente o valor dos seus honorários, bastaria a busca do direito por meio de processo de execução, posto que presente a regra do art. 585, II, CPC<sup>750</sup>.

**Art. 47. Esta Lei entra em vigor 4 (quatro) meses após a data de sua publicação.**

Trata-se da *vacatio legis* estabelecida, prevendo a necessidade de ajustes materiais, legislativos e culturais. Este último, por evidente não ocorrerá de imediato, mas decorrerá de resultados positivos obtidos e mediante a modificação cultural dos construtores do Direito. Em especial dos formadores de jovens profissionais que venham participar, dividir e ganhar com essa nova forma de resolver conflitos.

## REFERÊNCIAS

BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

---

<sup>749</sup> Art. 275. Observar-se-á o procedimento sumário:

I - nas causas cujo valor não exceda a 60 (sessenta) vezes o valor do salário mínimo;

II – nas causas, qualquer que seja o valor:

...

f) de cobrança de honorários dos profissionais liberais, ressalvado o disposto em legislação especial;

<sup>750</sup> Art. 585. São títulos executivos extrajudiciais:

...

II – a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor; o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas; o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores;

BRASIL. Código de Processo Civil (1973). Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Diário Oficial da União, Brasília, p. 1, 17 jan. 1973.

BRASIL. Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Diário Oficial da União, Brasília, p. 2161, 13 fev. 1950.

CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Vocabulário do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado - artigo por artigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

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

RIZZARDO, Arnaldo. *Parte Geral do Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SLAIKEU, Karl A. *No final das contas: um manual prático para a mediação de conflitos*. Trad. Grupo de Pesquisas e Trabalho em Arbitragem, Mediação e Negociação na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2004.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Tempo, direito e jurisdição: reflexos na prestação jurisdicional do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SPENGLER NETO, Theobaldo. *Condições e possibilidades do princípio constitucional da ampla defesa no processo civil brasileiro*. 2001. 154 f. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2001).

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Código de Processo Civil anotado*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

APOIO:

