

A OBRIGATORIEDADE DA MEDIAÇÃO INCIDENTAL À LUZ DA REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Leandro Henrique Simões Goulart¹
Douglerson Santos²

RESUMO: O presente artigo, irá abordar sobre a mediação, principalmente sobre a discussão da sua obrigatoriedade. Propõe-se neste trabalho, uma abordagem simples para analisar a importância desse instituto ainda pouco difundido em nosso ordenamento jurídico como mecanismo alternativo de resolução de conflitos.

PALAVRAS-CHAVE: Jurisdição; Mediação; Conciliação.

ÁREAS DE INTERESSE: Direito Constitucional; Direito Processual Civil.

1. INTRODUÇÃO

A mediação originada nos Estados Unidos a partir da década de 70, foi estabelecida como um procedimento obrigatório antes da instauração do procedimento judicial, quando as Cortes Norte-Americanas transpuseram a prática de vários meios alternativos de resolução de conflitos.

O instituto da mediação, no Brasil, foi desenvolvido a partir da década de 90 e, até os dias atuais não foi instituído no ordenamento jurídico pátrio, mas passou a ser exercido ainda, sem qualquer previsão legal que tratasse a respeito do assunto.

A mediação trata-se de um meio alternativo de resolução de conflitos, em que um terceiro imparcial, mediador, através de um método pacífico, confidencial e voluntário, ajudará as partes envolvidas a identificar as suas divergências, de modo que as próprias partes consigam desenvolver possíveis soluções e questões pendentes sobre os problemas, exposto do ponto de vista de cada uma das mesmas.

Por ser a mediação considerada um mecanismo eficiente de resolução de conflitos, e utilizar de técnicas humanas, contrariamente ao que ocorre no ordenamento formalista, moroso e estático que possuímos, o instituto é conhecido nacional e internacionalmente, visto que confere as partes envolvidas no conflito, a liberdade para que, com ponderação e o devido discernimento utilizem o bom senso de forma que encerrem o conflito existente.

Nesse contexto, existe um Projeto de Lei inicialmente, nº 4.827/1998 que tramita no Congresso Nacional e hoje, substitutivo do Senado n.94/2002, que institucionaliza a mediação incidental obrigatória, fundada nos incidentes do Direito Processual Civil, como forma de imposição da mediação no curso do processo judicial.

Será abordado neste trabalho sobre a aplicabilidade da obri-

gatoriedade da mediação nos processo que tramitam no judiciário.

2. JURISDIÇÃO

Para que se possa chegar ao caminho que envolve a solução dos conflitos, faz-se necessário atentar para o desenvolvimento ao longo do tempo sobre as formas resolutivas dos conflitos.

Nos primórdios da civilização a maioria dos conflitos eram resolvidos pelo instituto da autotutela - entendida como imposição da vontade do mais forte, pela força física. Não havia imposição pela palavra, mas apenas pela força bruta - que era o instrumento hábil e imediato para solucionar os conflitos.

Na evolução desse processo, o homem percorreu pela chamada autocomposição, que é uma forma de resolução do conflito, na qual as partes atuando de maneira civilizada, abrem mão do seu interesse, no todo ou em parte, para que possa solucionar o conflito.

A autocomposição pode se dá pela desistência ou renúncia, em que um dos envolvidos desiste da pretensão, pela submissão, na qual um dos indivíduos cede e pela transação, em que é obtida concessões recíprocas das partes.

No período pré-romano, a resolução do conflito ocorria através de um terceiro que, por seus atributos e características, sejam eles, carismáticos, místicos ou religiosos seriam capazes de entender e resolver os conflitos existentes na comunidade.

Este terceiro, figurava-se como sacerdote, ancião, místico, ou qualquer outro que possuísse prerrogativas divinas de resolver os conflitos. Essas prerrogativas eram adquiridas ou pela força ou pela tradição.

Os líderes quem decidiam as situações conflitantes não se vinculavam à lei ou a qualquer norma escrita, podendo decidir o conflito da maneira que lhe aprouvesse. Ainda que essas leis

existissem, as mesmas eram acessíveis apenas ao líder, e a este era conferido o poder de afastar a aplicação da norma escrita para o aproveitamento do direito divinizado na qual ele conhecia.

Percorreu ainda, pelo juízo arbitral, em que a solução do conflito era confiada a um terceiro não interessado que gozava de confiança de ambas as partes. No período arcaico a resolução dos conflitos realizava-se pela mediação facultativa e pela arbitragem pública, que tinha início perante o magistrado, também conhecido como pretor, e depois ao juiz, que era o árbitro particular.

Nesse contexto, ensinam Cintra, Grinover e Dinamarco, sobre o período arcaico romano:

Os cidadãos em conflito compareciam perante o pretor, comprometendo-se a aceitar o que viesse a ser decidido; e esse compromisso, necessário porque a mentalidade da época repudiava ainda qualquer ingerência do Estado (ou de quem quer que fosse) nos negócios de alguém contra a vontade do interessado, recebia o nome litiscontestatio. Em seguida, escolhiam um árbitro de sua confiança, o qual recebia do pretor o encargo de decidir a causa. O processo civil romano desenvolvia-se assim, em dois estágios: perante o magistrado, ou pretor (in iure), e perante o árbitro, ou judex (apud judicem). (2002, p. 28)

No período clássico o governo romano assumiu a solução dos conflitos, havendo certa "publicização" da arbitragem. O Estado passou a nomear árbitro por escolha do pretor, que já não era mais escolhido pelas partes. O pretor estabelecia os critérios obrigatórios para a tomada das decisões. A arbitragem tornava-se obrigatória e não mais facultativa assumindo o caráter de instituto jurídico público e cogente com impositividade governamental na escolha do juiz de fato (árbitro) pelo pretor.

Na fase do direito romano pós-clássico, o pretor passou a resolver os conflitos, proferindo decisões ao caso concreto, sem delegar a solução do conflito para o árbitro privado. Ao final do período clássico e diante do enfraquecimento do Império Romano, ainda que o Estado possuísse o caráter impositivo, não foi retirado do particular a atividade da arbitragem privada na resolução dos conflitos.

Os pretores adquiriram mais poder no período pós-clássico conhecendo e julgando os conflitos sem qualquer ingerência dos árbitros. Instituiu-se a arbitragem obrigatória, na qual aos particulares não era mais possível utilizar da arbitragem facultativa, completando a evolução da justiça privada para a justiça pública.

Extraíu-se dos particulares a possibilidade de resolução particular dos conflitos, seja pela autotutela ou pela autocomposição,

visto que o Estado passou a monopolizar a atividade garantindo uma solução pacífica dos conflitos. A atividade passa ser de competência exclusiva dos juízes estatais que analisam as pretensões dos indivíduos de forma que pudesse solucionar os conflitos.

Esta atividade que tinha a intervenção estatal foi denominada de jurisdição. Tem-se que sua origem, é a estratificação histórica da figura da arbitragem legalmente institucionalizada e praticada, de modo exclusivo e monopolístico, pelo Estado.

Verifica-se que o Estado conservou para si a exclusividade do exercício da atividade jurisdicional, como forma de resolução dos conflitos, ou seja, a responsabilidade das resoluções dos conflitos surgidos na sociedade caberia apenas ao Estado.

A jurisdição só opera quando da sua provocação e, cabe ao titular da pretensão requerer a atuação do Estado perante o caso concreto, de forma a tutelar a prestação jurisdicional, que se exerce através dos atos do processo.

A jurisdição, num primeiro momento, é entendida como um instrumento por meio do qual os órgãos jurisdicionais atuam para pacificar as pessoas conflitantes, eliminando os conflitos e fazendo cumprir o preceito jurídico pertinente a cada caso que lhes é apresentado em busca de solução. Mas ao longo da construção do conceito, passa a ser compreendida como "uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça.

Entendendo a jurisdição como a atribuição estatal de prestar a tutela legal, tem-se que o processo é o meio pelo qual o Estado se ampara para efetivar a jurisdição e o procedimento são os atos consequentes que se relacionam com os fatos e formam o processo.

Deve-se compreender que ao Estado cabe exercer, desenvolver e efetivar o seu poder para dirimir os conflitos entre os indivíduos, inclusive os do próprio Estado, impondo a sua vontade através dos órgãos próprios, que se manifestam por decisões judiciais.

A jurisdição deve ser incluída como meio de responsabilidade estatal e, nesse sentido, tem por finalidade a pacificação social, tendo em vista que se faz necessário a recuperação da ordem jurídica violada, já que quando o conflito surge, tem como consequência a quebra da paz e harmonia social.

Pode-se afirmar que todo esse processo evolutivo não ocorreu de maneira clara, linear, mas constitui uma forma de entendimento para que se possa chegar o poder ao Estado de resolver os conflitos.

Nesta seara, para a concretização dos objetivos da jurisdição e, principalmente, que se pauta a pacificação dos conflitos com justiça, o Estado instituiu órgãos jurisdicionais, para que desempenhe através deles o seu poder.

O Estado contemporâneo, baseado nos conceitos imbricados do Estado Social, deve promover a máxima valorização dos homens, uma vez que tem por escopo o bem comum da sociedade. Esse bem comum relaciona-se com função jurisdicional pacificadora e conseqüentemente com a supressão dos conflitos.

No ordenamento pátrio, os anseios são apenas com a aplicação da norma geral e abstrata, não se preocupando em aplicar outros mecanismos alternativos de solução de conflitos, podendo gerar insatisfação dos indivíduos depois do encerramento do processo judicial, uma vez que são considerados apenas os interesses de uma pessoa e, conseqüentemente, no benefício de uma parte em detrimento da outra.

O processo judicial tem originado um custo elevadíssimo e uma enorme morosidade, seja por excesso de formalidades ou por qualquer outra circunstância. O que pode gerar, muitas vezes, após longos anos, a insatisfação de uma das partes pela decisão pronunciada pelo juiz.

Elucidando melhor a questão, observa-se César Fiuza:

"Outro problema são os altos custos da demanda judicial, excluindo da apreciação dos tribunais os conflitos de menos privilégios. A estes nada mais resta que a força e a criminalidade. Também a lentidão serve de entrave. Se, por um lado, é inimiga mortal da [...] rapidez e agilidade. Bom seria se o processo se desenvolvesse rapidamente quando necessário, e lentamente, conforme o caso. Tudo isso o processo judicial, como regra, ineficaz, distanciado da sociedade, em função da qual, em última instância, deveria existir." (1995, p. 36)

Na jurisdição o que se pretende com o fim maior é a aplicação da lei ao caso concreto e, posteriormente a pacificação social. Percebe-se que no cenário brasileiro não se dá tanta importância para os reais interesses das partes, o que notadamente, significa que o processo judicial apresenta para a maioria dos indivíduos um grande descontentamento.

3. MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Com o significativo fortalecimento do Estado, consolidou-se a sua função pacificadora, culminando o consenso de que o exercício da atividade estatal da jurisdição seria o mecanismo mais eficiente para a concretização da solução dos conflitos. Ou seja, conduziu-se o pensamento no sentido de que cabe ao Estado além da função pacificadora, a exclusividade do exercício da jurisdição. Dessa forma, os institutos da autotutela, autocomposição e arbitragem foram reprimidos e praticamente

esquecidos no sistema brasileiro.

Ocorre que, o Estado não tem cumprido efetivamente a sua função pacificadora, dentro do exercício da jurisdição, o que leva a crer, que não importa se a forma de pacificação decorre do próprio Estado ou por qualquer outro meio de pacificação social.

Para realizar a sua função pacificadora e cumprir efetivamente o exercício da jurisdição, o Estado deve se utilizar das formas de um processo. O processo trata-se de um mecanismo formal, visto que é imprescindível que as partes tenham respeitados o princípio da legalidade e do devido processo legal, instituídos no art. 5º, inciso LIV, da Constituição de 1988. Além disso, as partes devem participar ativamente de todo o percurso, quer seja requerendo, impugnando, provando, recorrendo, dialogando com o juiz, a quem deve decidir sobre os pedidos, desde que fundamente suas decisões.

Com o advento da Constituição de 1988, que proclamou garantias constitucionais, foi estabelecido o caminho que deve ser observado para facilitar o acesso à justiça, a eficiência do processo, bem como a sua estruturação.

Em se tratando de processo, todas essas fases demandam tempo, e quando se refere ao tempo, verifica-se que este dificultaria a efetividade da função jurisdicional pacificadora. Seria razoável que os conflitos fossem decididos assim que tivessem conhecimento pelo juiz, mas como tal fato não acontece, pode-se falar no enfraquecimento do sistema jurisdicional.

Existe ainda, além do tempo, outra vertente que dificulta a duração razoável do processo, bem como o acesso à justiça, como por exemplo, o custo do processo.

Por estes motivos e vários outros, têm-se procurado novas formas para resolver os conflitos, outros meios de pacificação social que não decorra no exercício da jurisdição do Estado. Daí o surgimento de instrumentos não jurisdicionais dos conflitos, que não são novos, mas que se desenvolveram ao longo do tempo e são considerados meios alternativos de pacificação social.

Esses meios alternativos caracterizam-se pela "ruptura com o formalismo processual," devendo ter uma "desformalização" para que se possa levar a justiça a todos, utilizando-se dos meios informais para efetivar a função pacificadora, uma vez que esses meios são mais baratos, mais céleres e ainda acessíveis a todos.

Considera-se que esses meios alternativos podem ter ampla liberdade para solucionar os conflitos não apenas com base em normas previstas em lei, mas analisando cada caso concreto. O que vale dizer ainda, que esses meios alternativos ao se desenvolverem com as características apresentadas são representados principalmente, pela conciliação e mediação, que são os temas a serem abordados a seguir.

3.1. Diferenciação entre mediação e a conciliação

Não se pode deixar de enfrentar a questão da distinção, que muito se apresenta na doutrina, entre a mediação e conciliação. José Luis Bolzan de Moraes estabelece de maneira satisfatória a distinção quanto à essência de um e de outro instituto, eliminando o embaraçamento que se tem feito entre os institutos:

A conciliação, forma similar da mediação, percebe-se igualmente a figura de um terceiro interlocutor que proporcionará o debate entre as partes, só que, no entanto, este conciliador se limitará a receber as propostas de uma e de outra das partes, tentando, para fazer jus ao nome do instituto, conciliar os envolvidos na relação do atrito. (MORAIS, 1999, p. 118)

Nesse contexto, expõe o mesmo doutrinador:

A mediação, [...] consiste na solução do litígio pela intermediação de uma pessoa distinta das partes e imparcial que atuará na relação pendente na condição de mediador, favorecendo o diálogo direto e pessoal entre as mesmas. (MORAIS, 1999, p. 118)

A conciliação caracteriza-se pelas concessões mútuas que são feitas para se chegar a um acordo entre as partes. Porém, o conciliador interfere nessa decisão, que deveria ser tomada apenas pelas próprias partes. Verifica-se que o conciliador atua ativamente para a realização do acordo, seja através de sugestões, conselhos, interferência. Não implicando, muitas vezes, com a qualidade e satisfação do acordo.

Em contrapartida, a mediação busca a construção do diálogo entre as partes, com o intuito de que as mesmas possam chegar a um consenso, para que tenham uma convivência mais harmônica entre si. Ao contrário do que ocorre na conciliação, na mediação busca-se facilitar a comunicação entre as partes, sem induzir ou tentar forçar o acordo.

Ambos os institutos são meios alternativos de solução de conflitos, mas a distinção se evidencia pelas técnicas aplicadas pelo mediador. O mediador atua de forma passiva quanto ao mérito da disputa. Isso, na maioria das vezes, não acontece na conciliação, visto que o conciliador adentra no mérito da questão e, tenta impor às partes, com base em seu julgamento, a aceitação das normas legais.

O mediador não considera apenas a mera resolução do conflito em si, mas a importância de restabelecer a convivência e preservar os interesses entre as pessoas que estão em litígio.

3.2. O instituto da mediação

3.2.1 Conceito (objeto)

Do verbo *mediare*, originado do latim, que significa "mediar, dividir ao meio, intervir ou colocar-se no meio, adveio o termo mediação, que representa um procedimento pacífico de resolução dos conflitos.

A mediação busca solucionar os conflitos relativos às questões do cotidiano, como por exemplo, as divergências entre os membros familiares, vizinhos, escolas, empresas, e quaisquer outros conflitos que as partes demonstrem interesse para resolver via tal instituto.

Diante dos ensinamentos de Walsir Edson Rodrigues Júnior, pode-se dizer que:

A mediação é o processo dinâmico que visa ao entendimento, buscando desarmar as partes envolvidas no conflito. O mediador, terceiro neutro e imparcial, tem a atribuição de mover as partes da posição em que se encontram, fazendo-as chegar a uma solução aceitável. A decisão é das partes, tão somente delas, pois o mediador, não tem o poder decisório nem influência diretamente na decisão das partes por meio de sugestões, opiniões ou conselhos. (2007, p. 75)

Tem-se que a mediação é um mecanismo para a solução dos conflitos, em que um terceiro, o mediador, tem a função de facilitar o diálogo, para que as partes possam chegar sozinhas a um consenso. Competem à elas colocar fim ao litígio, e não o mediador.

O mediador não tem o condão de decidir ou mesmo influenciar na decisão das partes, mas deve auxiliá-las na negociação dos acordos, identificando os pontos essenciais que se apresentam no conflito exposto, proporcionando o verdadeiro diálogo entre as mesmas. Assim, com o auxílio do mediador, as partes tentarão compreender o real conflito existente, de modo que a solução encontrada seja satisfatória para ambas as partes.

A mediação tem por escopo: a) facilitar a comunicação entre as partes, buscando o acordo da melhor maneira possível; b) resolver o conflito de forma voluntária e pacífica, uma vez que são as próprias partes responsáveis pela resolução efetiva do conflito; c) preservar o relacionamento entre os litigantes; d) aprofundar no problema exposto, para que se possa chegar na solução real do conflito; e) a inclusão social, visto que possibilita às partes maior participação de seus direitos e deveres, principalmente no que tange às questões sociais e o acesso à justiça e, por fim, tem como finalidade a paz social.

Por ser um mecanismo consensual, voluntário e informal, as próprias partes tem o poder de resolver seus conflitos, o que não

ocorre na jurisdição estatal, na qual o poder de decisão é conferido a quem exerce a função jurisdicional.

Na mediação não há que se falar na relação da parte que perde ou ganha, pelo fato de que as próprias partes, com a ajuda do mediador, buscam harmoniosamente a solução do litígio, de modo que evite conflitos futuros e a quebra dos laços e convívio entre as partes.

Assim, como os demais meios alternativos de solução de conflitos, a mediação, não se trata de um instituto novo, mas tem sido redescoberta em meio a uma profunda crise do Poder Judiciário, quando se trata de regulação dos litígios.

3.2.2 Princípios

A mediação rege-se por importantes diretrizes que tem como componentes essenciais os princípios da dignidade humana, o poder de decisão das partes (autodeterminação, liberdade, autonomia da vontade), a informalidade, a participação de terceiro imparcial e a não-competitividade.³

A dignidade humana além de constituir princípio da República Federativa do Brasil, insculpida no art. 1º, inciso III, constitui fundamental princípio jurídico, sendo considerado um valor inerente à pessoa, origina três preceitos fundamentais: o respeito à integridade física e psíquica do indivíduo, a consideração pelos pressupostos mínimos para o exercício da vida e o respeito pelas condições mínimas de liberdade e convivência social.

Nos dizeres de Alexandre de Moraes

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável pela própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. (MORAES, 2006, p. 16)

A mediação ao permitir que o próprio indivíduo decida os seus próprios conflitos, que consiga resgatar a sua responsabilidade e ainda, consiga protagonizar uma solução consensual do conflito, fundamenta-se na dignidade humana em seu sentido mais amplo, como forma de valorizar o senso de justiça concebido pelo indivíduo.

O princípio do poder de decisão das partes, também denominado de princípio da autodeterminação, autonomia da vontade das partes, liberdade ou voluntariedade, revela-se aos indivíduos

o poder de definir o encaminhamento da solução do conflito.

Este princípio possibilita que as partes realizem suas próprias escolhas no encaminhamento dos seus projetos de vida. Na mediação, o mediador deve atuar de forma que facilite o diálogo entre as partes envolvidas e, sem nenhuma indução do mediador com as mesmas, estas devem estar aptas a resolver os conflitos. Ou seja, o poder de dirimir os conflitos compete exclusivamente às partes.

Assim, as partes devem estar dispostas a cooperar dentro do processo de mediação, uma vez que é necessário do empenho de ambas para a concretização da mediação. Apenas as partes têm o poder de decisão da disputa e são revestidas para elaborar e decidir a solução que melhor lhes aprouver.

O princípio da informalidade se destaca por não haver nenhuma forma exigível para conduzir o processo de mediação. A atuação do mediador em cada sessão pode ser dirigida de maneira distinta.

A informalidade da mediação pode beneficiar a comunicação entre as partes, facilitando a descontração entre as mesmas, para que se sintam mais à vontade para tentar resolver o conflito.

Faz-se necessário para manter a dinâmica das relações entre as partes, que o procedimento adotado seja flexível, pois num processo que se busca o consenso no conflito, deve saber manejar as possibilidades e oportunidades que as partes têm na negociação.

Na visão de Marc Galanter "os mecanismos alternativos não podem ser confundidos com informalismo. Haveria, sim, uma diminuição nas formalidades, de forma que as amarras legais e processuais para a aplicação normativa seriam mais flexíveis." (apud TARTUCE, 2008, p. 215)

Para Tartuce, a exigência de formalizar o fruto do consenso pode acabar restaurando a desconfiança entre as partes e prejudicar sua relação futura. (2008, p.216)

Pode-se dizer que a mediação não é um processo rígido e não depende de nenhuma norma para que possa surtir efeitos, visto que a sua estruturação dependerá da essência das controvérsias apresentadas pelas partes.

Outro princípio relevante para a mediação é o da participação de terceiro imparcial, tendo em vista que o mediador atua como terceiro imparcial, em decorrência do poder que as partes possuem de decidir qual o melhor caminho para a resolução do conflito.

O papel do mediador é facilitar e restaurar a comunicação entre as partes, tratando-as com igualdade. Deve ser imparcial em sua conduta, sem tentar instigar as partes quanto a algum tipo de solução. Assim, não há que se falar que o fim maior do seu trabalho seja a indução do acordo, pois este trata de uma consequência da restauração do diálogo entre as partes.

O princípio da não-competitividade enquanto técnica consensual de resolução de conflitos, é marcada pela busca de contenção dos ânimos acirrados dos mediandos, de forma que passe a dominar nas conversações um clima de cooperação e comunicação eficiente.

Verifica-se que a mediação tem como alvo o conflito em si, e não o interesse de uma parte sobreposta à outra. A cooperação deve ligar de maneira positiva um indivíduo ao outro, para que o objetivo da mediação seja alcançada pelas partes e pelo mediador.

3.2.3 O mediador e o processo da mediação

O mediador é o terceiro neutro e imparcial que intermedia as relações entre as partes envolvidas, devendo estar apto a restabelecer a comunicação entre as mesmas. Sua função primordial é facilitar o diálogo, para que as próprias partes consigam alcançar a melhor solução possível para o conflito de forma não competitiva.

Para que se possa compreender melhor a maneira como age o mediador, faz-se necessário, descrever o processo e forma como conduz a mediação. O procedimento pode ser dividido em duas fases, que sucintamente se expõe.

A primeira fase refere-se à pré-mediação, que tem início com o encaminhamento dos envolvidos ao mediador. Nesse momento que, o mediador enseja a reunião com todos os profissionais envolvidos, para pontuar as atribuições de cada um no processo. Posteriormente, as partes são entrevistadas, de forma que o mediador científica as mesmas sobre a absoluta responsabilidade pelo processo, promover cooperação e respeito mútuo, escutar atentamente o que cada um deseja e fomentar a confiança entre os indivíduos.

A segunda fase, retrata a mediação propriamente dita, na qual o mediador passa a trabalhar na preparação do processo, dando abertura ao procedimento. Neste estágio, compete ao mediador descrever minuciosamente sobre o processo da mediação de forma que as partes tenham ciência do assunto discutido. Compete ao mediador, buscar e investigar as informações juntamente com as partes, levantando detalhes e possibilitando o estabelecimento de compromissos, bem como a celebração do acordo.

Verifica-se que o mediador deve atuar de forma que assegure aos envolvidos a oportunidade de expor a própria versão dos fatos, devendo ainda, trabalhar para que os envolvidos cheguem a acordos eficientes, efetivos e criativos. Deve conquistar a confiança da partes, de modo que da privacidade das mesmas seja recolhida informações importantes para a resolução do conflito.

O mediador, para cumprir efetivamente suas atribuições deve ser uma pessoa sensível e com habilidades para conduzir as sessões de mediação, pois se trata de procedimento complexo, em que o mediador precisa, necessariamente, de preparo e treinamento para desenvolver suas atividades de maneira satisfatória.

3.2.4 Modalidades de mediação

3.2.4.1 Mediação extrajudicial

Essa modalidade de mediação, também conhecida como voluntária, tem o início por mútuo consentimento e vontade das partes em realizar o processo. Não há qualquer possibilidade de imposição para a realização do procedimento.

A mediação extrajudicial como bem é operada sem o auxílio de componentes dos quadros jurisdicionais. Normalmente, é considerada mediação privada, sendo efetivada previamente à instauração da relação processual.

Atualmente, no Brasil, existem vários núcleos de mediação privada, que por iniciativa exclusiva das partes, tem sido amplamente utilizada como meio alternativo e sem qualquer interferência ou vinculação com o Poder Judiciário.

Nesse contexto, por ser considerada uma atividade privada, a mediação é observada pelos indivíduos como forma alternativa para reduzir gastos e tempo na resolução dos conflitos.

3.2.4.2 Mediação judicial

A mediação judicial, também denominada mandatória ou paraprocessual, é aquela em que seu início se dá por determinação legal ou por determinação de cláusula contratual que prevê tal procedimento.

Essa modalidade de mediação é realizada no curso de uma demanda já instaurada, sendo conduzida por mediadores judiciais (previamente cadastrados e habilitados segundo as regras do respectivo Tribunal) designados pelo juiz da causa. No que concerne ao momento da instauração da mediação judicial esta poderá ser prévia ou incidental.

A mediação prévia ocorrerá se uma das partes fizer o pedido para resolver o conflito mediante a mediação, desde que seja feito antes do início do processo. Poderá ser utilizado o mediador judicial ou extrajudicial, observado a voluntariedade do procedimento.

Em contrapartida, a mediação incidental estabelece que o magistrado atuará durante todo o processo, buscando, todo o momento, o encaminhamento para o processo de mediação. A mediação incidental é determinada pelo magistrado que, verificando que as partes diligenciaram o processo judicial sem passar pela mediação previamente, conduzirá para a sua concretização.

Diante dos conceitos e diferenciações apresentadas passe-se à análise do Novo Código de Processo Civil, na qual institui essas modalidades de mediação.

3.2.5 A mediação no novo código de processo civil (projeto)

Como já explicitado, a mediação desenvolveu-se principalmente na década de 90, nos Estados Unidos, quando as Cortes

americanas passaram a implementar programas de diversos meios para resolução de conflitos. Em 2001, a Conferência Anual de Comissários para Uniformização das Leis, teve grande importância para regulamentar o instituto, sendo utilizado como modelo para a legislação dos Estados norte-americanos, como por exemplo, os Estados da Califórnia, Flórida, Alabama, tornando o instituto obrigatório anteriormente ao procedimento judicial.

Nos fins da década de 70, a mediação desenvolveu-se na Inglaterra, cujo sistema jurídico, tal como nos Estados Unidos, baseia-se nos precedentes judiciais. Têm-se notícias que a Corte Inglesa restringiu as possibilidades de as partes recusarem a recomendação para a mediação, chegando inclusive, a determinar a sua realização mesmo quando uma das partes havia expressamente rechaçado essa alternativa.

No ano de 2004, foi limitado o poder da *High Court* de impor a tentativa da mediação aos litigantes, sob o argumento de que ao obrigar as partes que não desejavam mediar, fazê-lo, constitui ofensa ao direito de acesso à justiça.

O início da mediação na França foi bem diversificado, visto que com o advento do Decreto nº 96.652/1996 foi inserido no Código de Processo Civil disposição acerca da possibilidade de o juiz remeter o conflito à mediação, caso as partes concordassem em participar do processo. Teve como principal marco a figura do *ombudsman*, que atuava como intermediário da solução dos conflitos entre os indivíduos, o setor privado e órgãos governamentais, que teve maior amplitude da intervenção judicial no processo de mediação.

Em 1992, na Argentina, foi editado o Decreto nº 1.480 do Poder Executivo que declarou de interesse nacional a institucionalização e o desenvolvimento da mediação como método não adversarial de solução de conflitos.

Antes da reforma legal, a implementação da mediação não partiu apenas da mudança legislativa, uma vez que foram contemplados vários setores da sociedade, como as escolas, desenvolvendo intensa campanha de divulgação da nova forma de solução de conflitos, com o intuito de torná-la mais próxima da população.

Com o advento da Lei nº 24.573/1995, foi estabelecido a obrigatoriedade da mediação previamente a todo juízo, criando perante o Ministério da Justiça um Programa Nacional de Mediação, bem como o Registro de Mediadores, sendo restrito àqueles que possuísem títulos de advogados.

Além disso, a difusão da mediação no ordenamento jurídico argentino, antes de torná-la compulsória, foi precedida de um largo e necessário trabalho de implementação do novo método.

No Brasil, o instituto surgiu a partir da década de 90 e já são expressivas as entidades e os órgãos institucionais que tratam da mediação no país, visto que tais entidades dedicam-se não só à prática da mediação, como também na formação de mediadores.

Todavia, no Brasil, há falta do instituto da mediação no Direito Positivo, tendo em vista que a mediação é exercida e praticada independentemente da existência de lei. Mas, como nosso regime jurídico pertence ao *civil law*, se não houver uma lei de Direito positivo albergando o instituto da mediação, ela não existe em nosso mundo jurídico.

O primeiro projeto de lei que abordou o tema foi de iniciativa da advogada e deputada Zulaiê Cobra Ribeiro que, quando da elaboração do referido projeto teve a colaboração dos estudiosos da disciplina: Antonio Cesar Peluso (Ministro do STF), Águida Arruda Barbosa (advogada e mediadora), Giselle Groeninga (psicanalista e mediadora) e Eliana Ripert Nazareth (psicanalista e mediadora). Esse Projeto de Lei nº 4.827/1998, institucionaliza e disciplina a mediação, como método de prevenção e solução consensual de conflitos. Trata-se de um projeto de lei bem conciso, mas nem por isso é menos abrangente.

Referido Projeto de Lei obedece rigorosamente ao princípio da autonomia da vontade das partes, mesmo quando cria a mediação judicial e, ao juiz faculta convencer as partes da conveniência de se submeterem à mediação para a solução do conflito

A proposta desse projeto foi considerar as diretrizes essenciais da mediação, como por exemplo, a voluntariedade e a sua flexibilização e não a regulamentação detalhada do seu procedimento.

O projeto, no ano de 2006, foi estendido para 47 artigos, sob a relatoria do Senador Pedro Simon. Atualmente, já se encontra aprovado o substitutivo do Senado, faltando ser aprovado em Plenário (PLC nº 94/2002). Este anteprojeto confere ao advogado a exclusividade da função de mediador, além de estabelecer incidentes tirados do Direito Processual Civil para implementação da mediação judicial. O citado anteprojeto cria a figura da "mediação incidental", sendo obrigatória a imposição da mediação no curso do processo judicial.

O Projeto de Lei tem dispositivos muito semelhantes aos da lei argentina, principalmente na parte que disciplina a mediação compulsória. Contudo, optou o legislador brasileiro pela obrigatoriedade da mediação no curso do processo judicial e não antes da instauração do processo judicial, sob o argumento de evitar a eventual alegação de ofensa ao princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário.

Conforme se verifica no projeto, foi instituído um capítulo sobre a mediação incidental, estabelecendo a sua obrigatoriedade:

CAPÍTULO V DA MEDIAÇÃO INCIDENTAL

Art. 34. A mediação incidental será obrigatória no processo de conhecimento, salvo nos seguintes casos:

I - na ação de interdição;

II - quando for autora ou ré pessoa de direito pú-

blico 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 90 dias e, não sendo alcançado o acordo, dar-se-á continuidade ao processo.

Adota-se, nessa questão, o modelo da mediação dos Estados Unidos e da Argentina, no que tange a obrigatoriedade da mediação.

A mediação no Brasil, destaca-se pelo fato de que por mais que não há lei que regulamente o instituto, existe grande influência de outros países sobre o Projeto de Lei em estudo e, da mesma forma que foi precedida de profundo estudo e técnicas em outros países, pode o instituto ser legitimado no Brasil.

4 A OBRIGATORIEDADE DA MEDIAÇÃO INCIDENTAL COMO MECANISMO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

O tema em estudo gravita no questionamento da inserção da mediação em nosso ordenamento jurídico. Deve o juiz, observando cada caso concreto, estimular a prática de tal procedimento respeitando a autonomia da vontade das partes ou, a legislação impor que as partes têm a obrigação de se submeter ao procedimento do instituto em voga?

O primeiro questionamento que se faz sobre a compulsoriedade da mediação é no que concerne à constitucionalidade dos dispositivos que impõe a restrição ao acesso ao Poder Judiciário, pois caso não seja comprovado a tentativa de conciliação entre as partes, argumentam-se que este condicionamento viola o direito de ação previsto constitucionalmente, bem como viola o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário.

Em sentido oposto, Carlos Alberto de Salles, argumenta que essa imposição da mediação não viola qualquer dispositivo constitucional, tendo em vista que esse seria apenas mais um requisito exigido às partes para que tenham acesso à atividade jurisdicio-

nal. (SALLES, apud TARTUCE, 2008, p. 246)⁴

No Projeto de Lei nº 94/2002 em trâmite no Congresso Nacional tem em sua proposta o encaminhamento compulsório das partes à mediação, conforme se verifica no art. 34 do referido projeto.

Esse projeto rejeita os argumentos que referido artigo é inconstitucional, visto que não há que se falar em violação ao princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, pois o acesso à justiça é conferido às partes que se encontram no processo judicial já instaurado, sendo oportunizado mais um instrumento de resolução de conflitos.

No processo, a instauração da mediação incidental obrigatória além de afastar a voluntariedade do instituto, inova em criar uma nova fase processual, o que contraria o princípio da celeridade processual, uma vez que suspenderia o processo para a realização da mediação e, depois de finalizada a mediação, o processo teria seu prosseguimento. Isso veemente se contradiz com a função jurisdicional de promover a justiça de maneira célere.

Muito tem se criticado a mediação obrigatória, especialmente os defensores da teoria pura da mediação. Alegam que os princípios como a voluntariedade, autonomia da vontade das partes, confidencialidade são distorcidos com essa modalidade de mediação, bem como os tribunais poderão ter acesso as informações adquiridas por alguns mediadores.

A defesa da criação do instituto e a sua prática se explica, mas não se justifica, uma vez que o comportamento conflitivo dos indivíduos são considerados nesse "metiê", com raras possibilidades de fazerem acordos, senão através de meios coercitivos.

Verifica-se que a finalidade do legislador em estabelecer essa obrigatoriedade é para que o instituto da mediação seja mais utilizado para a resolução das controvérsias.

Apontam como argumento que a tentativa de resolução dos conflitos através da atividade jurisdicional deverá ser exceção, criando a cultura de prioridade a outros mecanismos de resolução de conflitos, como forma ainda de desafogar o Poder Judiciário.

Baseada nas experiências de outros países que adota como modelo a mediação obrigatória, Fátima Nancy Andrighi, expõe que deve haver uma "mutação constitucional para que se possa superar a questão da inafastabilidade de apreciação pelo Poder Judiciário", afirmando que é necessária a reflexão no sentido de adotar a mediação obrigatória, ainda que seja um desafio constitucional, em virtude de resgatar a dignidade do Poder Judiciário. (ANDRIGHI, apud TARTUCE, 2008, p. 245)

Segundo a autora, por mais que no início as partes resistem em adotar o procedimento, ao longo do tempo as mesmas vão aderindo a essa nova técnica consensual. Porém, esse procedimento nos países em que se tem respeitado a livre escolha das partes, os números de acordos são bem maiores, pois visualizam de maneira

diferenciada a resolução dos conflitos pela via consensual.

Diante do projeto em trâmite, não parece razoável a obrigatoriedade da mediação, visto que nem todas as demandas judiciais são passíveis de serem resolvidas pela mediação.

Em vários países, como a Argentina e o Japão, adota-se a obrigatoriedade da mediação em seus ordenamentos jurídicos, tendo em vista que é exigido dos indivíduos o esgotamento das vias alternativas de solução de conflitos. Após esse esgotamento das vias é que a pretensão pode ser levada a conhecimento do magistrado.

Na Colômbia, Estados Unidos, Inglaterra, são exemplos de que quando se trata de direito de família, não se admite a abertura do processo, se não comprovar que a tentativa de acordo ou a conciliação mostra-se totalmente inviabilizada aos indivíduos.

A previsão da obrigatoriedade da mediação, não condiz com os objetivos e o direcionamento do método consensual de solução de conflitos. Nesse sentido, revela Juan Carlos Vezzulla:

[...] A voluntariedade é nota essencial da mediação, dado que esta só pode ser realizada se houver aceitação expressa dos participantes; estes devem escolher o caminho, o início e as interrupções do processo de mediação. Assim, mesmo nos sistemas jurídicos no quais se exige passar por uma sessão de mediação (ou pré-mediação), como requisito para a apreciação da demanda, a obrigatoriedade não ultrapassa a primeira sessão: nesta, as partes podem manifestar sua negativa em iniciar a mediação ou optar por interrompê-la sempre que desejarem." (apud TARTUCE, Fernanda. 2008, p. 242-243)

Afirma-se que qualquer tipo de imposição não se mostra compatível com a mediação, o que comprometeria a voluntariedade e a autonomia da vontade das partes para a instituição do acordo.

Necessário seria promover uma cultura social sobre como funciona a mediação, tendo em vista que a inclusão do método no sistema judicial poderá ocorrer de maneira eficaz, desde que a aplicação da técnica respeite tal requisito subjetivo, sob pena de desvirtuar a mediação convertendo-a em um mecanismo híbrido ou em mais uma tentativa de conciliação no feito.

Ao obter a experiência de outros países que priorizam a vontade das partes em assentir a mediação, destaca-se a experiência canadense, como se segue:

"Em Quebec, no Canadá, foi instituído um serviço de pré-mediação obrigatório na apreciação dos conflitos familiares. Por meio de uma palestra,

que dura menos de uma hora, a atividade de pré-mediação provê aos interessados informações sobre tal técnica conciliatória e seu respectivo procedimento. Após certo prazo, as partes optam se utilizarão ou não tal mecanismo." (VEZZULLA, Juan Carlos. apud TARTUCE, Fernanda. 2008, p. 244)

Segundo Tartuce, a previsão canadense configura sem dúvida o melhor sistema, pois ao permitir que os indivíduos tenham informação e conhecimento sobre a técnica desenvolvida, razoavelmente, condiz com a melhor administração do conflito. Aduz que a imposição ao comparecimento obrigatório às sessões, forçando o acordo, não se apresenta pertinente ao instituto, uma vez que comprometerá os princípios da liberdade e voluntariedade que direcionam a mediação.

A maioria dos doutrinadores utiliza como argumento contrário a prática da mediação incidental obrigatória, o fato de que a instauração desse procedimento é absolutamente adversa com o meio consensual de resolução de conflitos em questão.

Considera-se indevido o procedimento da compulsoriedade da mediação, visto que o princípio da voluntariedade deve conduzir a celebração de todos os acordos relacionados à mediação.

Com o desenvolvimento da mediação este instituto tem sido amplamente utilizado como mecanismo de acesso à justiça feito pelos Tribunais, o que ainda tem permitido a aproximação do instituto e a sociedade, de forma que esta possa reconhecer a sua efetividade e eficácia como mecanismo de resolução de conflitos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das considerações expostas no presente artigo, passam-se as ponderações finais.

Ao longo do trabalho foi analisado o surgimento das formas resolutivas dos conflitos. Nos primórdios da civilização, utilizava-se a autotutela e a autocomposição como mecanismos para resolver as controvérsias.

No período pré-romano, era um terceiro quem resolvia os conflitos, seja através do uso da força ou pela tradição existente na comunidade. Após, adveio o juízo arbitral, em que ao terceiro era confiada a resolução do conflito, mas este gozava de confiança das partes.

O governo romano, no período clássico, assumiu a solução dos conflitos, na qual o Estado passou a nomear os árbitros e não mais competia às partes fazê-lo. Retirou-se dos particulares a possibilidade de resolver os conflitos, visto que a atividade passa a ser exclusiva do Estado, de forma que garantisse a solução pacífica dos conflitos.

A esta atividade denominou-se jurisdição, que é um instru-

mento que através dele será exercida a função jurisdicional do Estado, na qual imparcialmente, busca a pacificação do conflito, frente aos casos concretos, quando provocado pelas partes.

Ao Estado foi conferido o poder de dirimir os conflitos entre os indivíduos, inclusive os do próprio Estado e, para a efetivação da jurisdição, especialmente no que tange a sua função pacificadora, o Estado impõe a sua vontade através de decisões judiciais instuídas pelos órgãos jurisdicionais.

Analisando o processo evolutivo, verifica-se que para chegar ao poder estatal de resolução de conflitos, vários foram os caminhos percorridos. Em nosso ordenamento jurídico, a pretensão refere-se apenas a aplicação da norma ao caso concreto, não consagrando a aplicação de novas e outras formas de resolução de conflitos. O que muitas vezes, suscita a insatisfação e o descontentamento dos indivíduos após o processo judicial. Isto ocorre, geralmente, porque são levados em consideração apenas os interesses de uma parte em prejuízo da outra.

Além disso, dentre as circunstâncias consideradas por gerar insatisfação das partes, pode-se afirmar que o alto custo do processo judicial e a morosidade do procedimento, quer por excesso de formalidades ou qualquer outra situação, também são fatores que ensejam o descontentamento das partes na procura de soluções para seus conflitos.

No ordenamento pátrio, o que prevalece é a aplicação da lei ao caso concreto, não dando a devida relevância aos reais interesses apresentados pelos indivíduos, expressando o desagrado dos mesmos em relação ao processo judicial.

O Estado, no exercício da jurisdição, não tem desempenhado sua função pacificadora com efetividade, o que subentende que não influi se a função pacificadora tenha que decorrer do próprio Estado ou por qualquer outro meio alternativo.

Por diversos motivos, como por exemplo, a morosidade e o custo do processo, é que se tem procurado novas formas alternativas para solucionar os conflitos que não decorram da jurisdição estatal, originando outros instrumentos não jurisdicionais de resolução de conflitos.

Ao analisar cada caso concreto, não se utilizando apenas das normas previstas em lei, esses meios alternativos possuem maior liberdade para resolver os conflitos apresentados por cada indivíduo.

Existindo outros meios alternativos de resolução de conflitos, o trabalho pautou-se distinguir os institutos da conciliação e da mediação. Na conciliação há também a figura de um terceiro, que desempenha uma função mais ativa no mérito da disputa. Muitas vezes, tenta interferir e também impor a solução do conflito com base no que julga ser o mais correto para o caso concreto.

A mediação trata-se de um método em que os envolvidos, pro-

curam solucionar o conflito, com o auxílio de um terceiro imparcial, mediador, que busca construir e restabelecer o diálogo entre as partes, pautando pela liberdade e autodeterminação das partes em resolver a controvérsia.

Verifica-se que nesse processo, as próprias partes têm o poder de resolver os conflitos, uma vez que a mediação é um mecanismo consensual, voluntário e informal, não estabelecendo nenhuma relação da parte que perde ou ganha, pois o conflito deve ser resolvido de forma harmoniosa.

Nesse sentido, diante da situação e da chamada crise que se encontra o Poder Judiciário, a mediação tem sido utilizada como meio alternativo de resolver controvérsias.

Todo o processo da mediação norteia-se pelos princípios da dignidade humana, do poder de decisão das partes (autodeterminação, liberdade, autonomia da vontade), da informalidade, da participação de terceiro imparcial e da não-competitividade. Princípios estes essenciais para pautar a conduta dos envolvidos, para que se possa obter um resultado satisfatório do instituto.

O mediador deve oportunizar as partes a apresentação da versão dos fatos, motivo da disputa, de modo que trabalhe para que as mesmas cheguem a um acordo efetivo. Verifica-se que por ser um procedimento complexo, o mediador necessita de preparo para realizar o procedimento, saíam satisfeitas após as sessões de mediação.

Apresentou-se as modalidades da mediação, quais sejam, a mediação extrajudicial, que é realizada por mútuo consentimento e vontade das partes, e a mediação judicial, que é aquela instaurada por determinação legal ou por determinação de cláusula contratual. A mediação judicial pode ser prévia ou incidental, observado o momento da sua instauração.

Tem-se a mediação prévia quando uma das partes quiser resolver o conflito via o instituto, desde que seja feito antes de iniciado o processo. A mediação incidental é aquela determinada pelo magistrado que, analisando processo judicial verifica se as partes passaram previamente pela mediação. Se isso não tiver ocorrido, as mesmas serão encaminhadas para a realização do procedimento.

Analisou-se o novo Código de Processo Civil no que tange a positivação do instituto, visto que no Brasil, a mediação é praticada mesmo sem lei que a regulamente.

Tramita no Congresso o Projeto de Lei nº 4.827/1998, que disciplina a mediação, como método de prevenção e solução consensual de conflitos. Este Projeto respeita ao princípio da autonomia da vontade das partes, mesmo quando institui a mediação judicial, facultando ao juiz analisar a conveniência das partes submeterem à mediação. No ano de 2006, este projeto foi estendido e

o substitutivo do Senado encontra-se aprovado (PLC nº 94/2002), em que institui a figura da "mediação incidental", sendo obrigatória a imposição da mediação no curso do processo judicial.

Como forma de impedir o argumento de ofensa ao princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, preferiu o legislador brasileiro pela obrigatoriedade da mediação no curso do processo judicial, sendo influenciado por outros países em que o instituto já é difundido.

Como primeiro questionamento a propósito da compulsoriedade da mediação, discute-se sobre a constitucionalidade dos dispositivos que impõe a restrição ao acesso ao Poder Judiciário, caso não seja comprovado a tentativa de conciliação entre as partes, sob o argumento que este condicionamento viola o direito de ação previsto constitucionalmente, bem como viola o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário.

O Projeto de Lei nº 94/2002 rejeita os argumentos que referido artigo é inconstitucional, visto que não há que se falar em violação ao princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, pois o acesso à justiça é conferido às partes que se encontram no processo judicial já instaurado.

Verifica-se ainda, que a instauração da mediação incidental obrigatória inova em criar uma nova fase processual, contrariando o princípio da celeridade processual, uma vez que suspenderia o processo para a realização da mediação e, depois de finalizada a mediação, o processo teria seu prosseguimento. Argumentam que isso se contradiz com a função jurisdicional de promover a justiça de maneira célere.

O legislador em optar pela inserção da mediação como procedimento obrigatório após a instauração de processo judicial, originou outra divergência entre os estudiosos do tema. Questionam se tal prática, ofenderia ou não o princípio que rege a mediação, qual seja, o da autodeterminação.

Os legisladores apontam como argumento que, estabelecendo essa obrigatoriedade, o instituto deverá ser mais utilizado para resolver os conflitos dos envolvidos. Alegam ainda, que se deve criar uma cultura para que sejam utilizados outros meios resolutivos de conflitos, na qual o exercício da atividade jurisdicional seja apenas para conflitos que não consigam ser solucionados pela mediação. Com isso, seria uma forma de aliviar e desafogar o Poder Judiciário.

Baseando-se nas experiências de outros países que adotam a mediação obrigatória, as partes ao longo do tempo vão aderindo a esta nova técnica consensual, por mais no início resistam em acolher o procedimento. No entanto, os números dos acordos nos países que respeitam a autodeterminação das partes, são bem maiores, visto que tem uma visão diferenciada da resolução dos

conflitos quando se dá pela via consensual.

Apresentou-se uma breve notícia a respeito da experiência da mediação em diversos países, como Japão, Argentina, Estados Unidos, Canadá e Inglaterra.

As críticas relacionadas à instituição da mediação obrigatória são principalmente dos defensores do instituto. Alegam que os princípios como a voluntariedade, autonomia da vontade das partes, confidencialidade são distorcidos com essa modalidade de mediação, bem como os tribunais poderão ter acesso as informações adquiridas por alguns mediadores.

Não condiz com os objetivos da mediação a previsão da sua obrigatoriedade. Qualquer imposição não é compatível com o instituto, o que comprometeria para o desempenho do acordo e feriria o princípio da autodeterminação das partes. Seria necessário criar uma cultura social de como funciona o instituto, de forma que a sua inclusão no sistema jurisdicional poderá ocorrer de maneira eficaz.

A mediação não se apresentará pertinente, caso haja a imposição ao comparecimento as sessões, forçando o acordo entre as partes, pois comprometerá os princípios da voluntariedade e liberdade que direcionam a mediação.

Tem-se que a maioria dos doutrinadores utiliza como argumento contrário a prática da mediação incidental obrigatória, o fato de que a instauração desse procedimento é absolutamente adversa com o meio consensual de resolução de conflitos em questão, considerando ineficaz a instauração do procedimento compulsório, uma vez que o princípio da voluntariedade deve gerir todos os acordos relacionados à mediação.

Diante dos argumentos apresentados, conclui-se que apesar da crise na prestação jurisdicional, mostra-se imprópria a previsão da implementação da mediação incidental como forma de esgotamento das tentativas de acordo entre as partes.

Para que a implementação do instituto fosse eficaz e surtisse efeitos concretos, faz-se necessário uma mudança de mentalidade para que a mediação não ocorra de forma impositiva, sob pena de violar o princípio da autodeterminação, liberdade e autonomia da vontade das partes, comprometendo ainda que as partes cheguem a um consenso legítimo.

Assim, deve-se instituir uma nova cultura para que os indivíduos tenham consciência de que a via consensual de resolução dos conflitos seja o melhor caminho para construir uma sociedade mais pacífica. Para tanto, não bastam apenas alterações legislativas sobre o instituto, pois a mediação deve ser utilizada pelos operadores do direito e pelos envolvidos nos conflitos de forma consciente, para que assim, seja também eficaz.

REFERÊNCIAS

- BARBOSA, Águeda Arruda. *Mediação familiar – uma nova mentalidade em Direito de Família*. Revista de Doutrina e Jurisprudência – TJDF – n° 58 – set./dez. de 1998.
- CAETANO, Luiz Antunes. *Arbitragem e mediação: rudimentos*. São Paulo: Atlas, 2002. 236 p.
- CARNEIRO, Sérgio Barradas. *Projeto de Lei nº 2.285, de 2007, que almeja um ordenamento jurídico mais humanitário e inclusivo*. Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/uploads_projeto_lei/8.PL-2285,2007.pdf>. Acesso em: 23 setembro 2012.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellgrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 24ª ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.
- CRUZ, Carla; RIBEIRO, Uirá. *Metodologia científica: teoria e prática*. Editora Excel Books, 2004. 340 p.
- FARIA, Roberta Elzy Simiqueli de. *Autonomia da vontade e autonomia privada: uma distinção necessária*. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire (Coord.). *Direito Civil: atualidades II*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 55-69.
- FERREIRA, António Gomes. *Dicionário de Português-Latim*. Porto Editora: Portugal, 1987
- FIUZA, César. *Teoria geral da Arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- JÚNIOR, Walsir Edson Rodrigues. *A prática da mediação e o acesso à justiça*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de Conhecimento & Cognição: uma inserção no Estado Democrático de Direito*. 1ª ed. (ano 2008), 1ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2009.
- MOORE, Christopher W. trad. *O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos*. Trad. Magda França Lopes. Porto Alegre: Artmed, 1998.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- MORAIS, José Luis Bolzan de. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- PANCOTTI, José Antonio. *Institutos fundamentais de direito processual: jurisdição, ação, exceção e processo*. São Paulo: LTr, 2002.
- 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.
- PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. *Pró-Reitoria de Graduação. Sistema de Bibliotecas. Padrão PUC Minas de normalização: normas da ABNT para apresentação de trabalhos científicos, teses, dissertações e monografias*. Belo Horizonte, 2010. Disponível em: <<http://www.pucminas.br/biblioteca>>. Acesso em: 20 setembro de 2012..
- RIBEIRO, Zulaiê Cobra. *Projeto de Lei nº 4.827, de 1998, que institucionaliza e disciplina a mediação, como método de prevenção e solução consensual de conflitos*. Disponível em: <www.justica.sp.gov.br/downmed/pl4827.pdf>. Acesso em: 20 de setembro de 2012.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito processual civil – Teoria geral: premissas e institutos fundamentais, relação jurídica; procedimentos em 1º e 2º graus; recursos; execução; tutela de urgência*. 4ª ed. reform., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- RODRIGUES, Renata de Lima; RÜGER, André. *Autonomia como princípio jurídico estrutural*. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire (Coord.). *Direito Civil: atualidades II*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 03-22.
- SERPA, Maria de Nazareth. *Mediação de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- SIMON, Pedro (Relator). *Da COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA, sobre o Projeto de Lei da Câmara nº 94, de 2002 (nº 4.827, de 1998, na Casa de origem), que institucionaliza e disciplina a mediação, como método de prevenção e solução consensual de conflitos*. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senadores/Senador/psimon/projetos/proj_2006/PA060313.htm>. Acesso em: 20 de setembro de 2012.
- SIX, Jean François. *Dinâmica da mediação*. Trad. Giselle Groeminga de Almeida, Águeda Arruda Barbosa e Eliana Riberti Nazareth. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- SOUSA, Michelle Franco Fonseca de. *A mediação como meio de resolução de conflito de interesses no Estado Democrático de Direito*. *Direito Processual: Hermenêutica Constitucional em Debate*. Coordenador: João Antônio Lima Castro. Belo Horizonte: PUC Minas, Instituto de Educação Continuada, 2010.
- TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2008.
- WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001.

NOTAS DE FIM

1 Mestrando em Direito pela FUMEC, Especialista em Processo Civil Pela UNI-BH, Professor do Centro Universitário Newton Paiva das Disciplinas Processo Civil (Cautelares e Procedimentos Especiais, Teoria Geral do Processo e Execução), Professor Orientador do CEJU – Centro de Exercícios Jurídicos, Professor da UNIPAC – Itabirito da Disciplina Processo Civil (Execução)

2 Mestre em Direito, Professor e Coordenador Adjunto do Curso de Direito do Centro Universitário Newton Paiva.

3 Os princípios foram adotados com base na doutrina de Fernanda Tartuce. Vale lembrar, que vários são os princípios norteadores da mediação. Mas nesse trabalho, procurou-se restringir os princípios considerados essenciais. Expõe José Luiz Bolzam sobre os princípios que sustentam a mediação: Nos Estados Unidos, entre os anos de 1992 e 1994, foi composto um Comitê para que fosse preparado um documento que tinha como objetivo desenvolver o Instituto da Mediação, criando ferramentas para auxiliar os colaboradores. Esse documento recebeu o nome de Modelo-Padrão de Conduta para Mediadores. Referido documento foi utilizado como instrumento para pautar a conduta dos mediadores, e ainda, para gerar a confiança pública na Mediação como mecanismo eficaz de solução de conflitos. O documento desenvolvido apresentou como sendo os princípios da mediação: a autodeterminação; a informalidade; a imparcialidade; o conflito de interesses; competência; confidencialidade; qualidade do processo, anúncios e solicitações; custos; obrigações para com o processo da mediação. O princípio da autodeterminação, em sua essência, estabelece que “é fundamental para o resultado efetivo do processo que as partes possam alcançar um acordo voluntário, sem imposição ou coerção de qualquer espécie, e que a elas seja facultado abandonar o processo no momento que lhes convier.” A informalidade revela que a mediação é um processo informal, em que as partes têm a liberdade de debater sobre os problemas que se encontram, procurando a melhor solução para a situação. A imparcialidade infere-se que o mediador deve, em todo o processo da mediação, ser neutro e imparcial. Tem como obrigação, se se notar que não é capaz de manter a imparcialidade e que não manterá um posicionamento idôneo, deverá abandonar a mediação. O princípio do conflito de interesse trata da situação em que o mediador deve ser claro e se necessário, esclarecer qualquer conflito de interesse que o envolva. É vedado ao mediador, sem o consentimento das partes, realizar ou estabelecer relações profissionais futuras com os mediados, seja lá de qualquer natureza, visto que colocaria em risco a integridade da mediação. A competência relaciona-se com as qualificações necessárias para ser mediador. Assim, só poderá mediar quem atender as qualificações, tiver treinamento e experiência e, ainda, atenta às expectativas das partes. Em se tratando da confidencialidade o processo de mediação é desenvolvido em ambiente secreto e, ao mediador é vedado revelar qualquer informação referente às partes. Poderá revelar as informações caso ambas as partes autorizem ou por determinação legal. A qualidade do processo atribui que o mediador deve trabalhar para conduzir o processo de forma justa, diligente e de maneira a concretizar o princípio da autodeterminação das partes. O intuito é desenvolver um processo com mútuo respeito entre os envolvidos. Os anúncios e solicitações quer dizer que o mediador deve se pautar e primar pela verdade. Não pode ser feito qualquer tipo de promessa ou garantia

de resultado no processo. Quanto à economia financeira (custo) e de tempo, estabelece que como os processos judiciais são custosos, e alongam por mais tempo, tem-se que os conflitos levados à mediação, geralmente são resolvidos em menos tempo, o que indiretamente diminui o custo do processo. Às partes, deve ser oferecidas informações sobre os custos da mediação no início do processo. E por fim, as obrigações para com o processo de mediação, infere na contribuição dos mediadores de promover uma cultura de consenso na sociedade, propiciando que a mediação seja acessível à todos.(MORAIS, 1999)

4 O Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre esse argumento através da Medida Provisória nº 1.053, de 30.06.1995 que condicionava as demandas trabalhistas a um mediador. O Partido dos Trabalhadores ajuizou ação direta de inconstitucionalidade, pedindo que o vocábulo “obrigatoriedade” fosse declarado inconstitucional. O STF deferiu tal pedido, fundamentado que essa obrigatoriedade constitui empecilho ao exercício do direito e ao acesso à justiça. (<http://www.stf.gov.br>. acesso em: 26 de setembro de 2012)