

# ESTUDO ANALÍTICO DO PROJETO DE LEI SOBRE MEDIAÇÃO EM TRÂMITE NO CONGRESSO NACIONAL

**ALEXANDRE FARIDE PEREIRA**

---

Mestrando em Direito Administrativo e Bacharel em Ciências  
Econômicas pela Universidade Estadual de Maringá.  
Professor do Centro Universitário de Maringá.

\*Orientadora: Professora Doutora Sônia Letícia  
de Mello Cardoso.

**RESUMO:** Os meios alternativos de solução de conflitos, dentre eles com especial destaque, à mediação, caracterizam-se como importantes instrumentos para a solução dos embates insurgidos entre as pessoas. Ademais, podem ser considerados ferramentas hábeis para obtenção do acesso à justiça, direito que deve ser garantido com celeridade e efetividade aos cidadãos, no intuito de reduzir os conflitos interpessoais em soluções apoiadas nos princípios do Direito, mitigando assim, a crise pela qual atravessa o Poder Judiciário Brasileiro. Nesse sentido, foi que surgiu o projeto de lei n. 4.827/98, de autoria da Deputada Zulaiê Cobra (PSDB-SP), que institucionaliza e disciplina a mediação, mecanismo autocompositivo de solução de litígios, como método de prevenção e solução consensual de conflitos. A aprovação do referido projeto pelo legislativo e sua aplicabilidade prática irá materializar um movimento social que atualmente se demanda, ou seja, a resolução dos impasses interpessoais sem o abarrotamento do Judiciário. Para tanto, a mediação deverá ser perpetrada seguindo um norte que se caracteriza em um procedimento e processo de mediação. De onde surgirão todas

as regras adjetivas para o pleno funcionamento dessa instituição jurídica, assim como seu âmbito de incidência, a amplitude do termo, espécies e obrigatoriedade de mediar, a disciplina jurídica dos mediadores, dentre outras considerações que serão visualizadas no presente estudo.

**RESUMEN:** Los medios alternativos de solución de conflictos, entre ellos especialmente la mediación, se caracterizan como importantes instrumentos para la solución de los enfrentamientos entre las personas. Además, pueden considerarse herramientas hábiles para la obtención del acceso a la justicia, derecho que ha de garantizarse con celeridad y efectividad a los ciudadanos, en el intento de reducir los conflictos interpersonales en soluciones apoyadas en los principios del Derecho, atenuando, así, la crisis que atraviesa el Poder Judicial brasileño. En este sentido, surgió el proyecto de ley n. 4.827/98, cuya autora es la diputada Zulaiê Cobra (PSDB-SP), que institucionaliza y regula la mediación, mecanismo de autocomposición de los litigios, como método de prevención y solución consensual de conflictos. La aprobación de

dicho proyecto por el Poder Legislativo y su aplicabilidad en la práctica materializará un movimiento social que en la actualidad se demanda, es decir, la resolución de los conflictos interpersonales sin el comprometimiento del Poder Judicial. De donde surgirán todas las reglas adjetivas para

el pleno funcionamiento de esta institución jurídica, así como su ámbito de incidencia, la amplitud del término, sus especies y la obligación de mediar, la regulación jurídica de los mediadores, entre otras consideraciones, son algunos de los temas de que tratará el presente artículo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Meios alternativos de solução de conflitos – Mediação – Projeto de lei sobre mediação.

**PALABRAS CLAVE:** Medios alternativos de solución de los conflictos – Mediación – Proyecto de ley sobre mediación.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 O Procedimento da mediação: 2.1 Considerações gerais; 2.2 Âmbito de incidência da mediação; 2.3 Conceito e amplitude da mediação; 2.4 Espécies de mediação e obrigatoriedade de mediar; 2.5 Natureza jurídica do termo de mediação; 2.6 A disciplina jurídica dos mediadores; 2.7 A figura do co-mediador; 2.8 O registro de mediadores; 2.9 Fiscalização da mediação e da co-mediação; 2.10 Impedimentos ao exercício da mediação e da co-mediação; 2.11 Restrição funcional ao mediador; 2.12 Conduta inadequada no exercício da mediação ou co-mediação; 2.13 Exclusão do registro de mediadores; 2.14 Local da mediação; 2.15 Honorários do mediador e do co-mediador; 2.16 Normas regulamentares para a efetivação da mediação; 2.17 Proposta de alteração do art. 331 e criação do art. 331-A do Código de Processo Civil Brasileiro. 3 O processo de mediação: 3.1 Considerações gerais; 3.2 Identificação do problema; 3.3 Método de resolução; 3.4 A escolha do mediador pelas partes; 3.5 Reunião de dados; 3.6 Definição do problema; 3.7 O desenvolvimento; 3.8 Redefinição de posicionamentos; 3.9 A barganha; 3.10 O acordo. 4 Paralelo entre arbitragem, conciliação e transação: 4.1 Mediação e arbitragem; 4.2 Mediação e conciliação; 4.3 Mediação e transação. 5 Conclusão.

## 1 INTRODUÇÃO

É da natureza dos relacionamentos interpessoais a existência de conflitos de interesses. Estes, por sua vez, não possuem somente uma conotação negativa, pois obrigam as pessoas a se desenvolverem no sentido de buscar soluções. Ademais, denotam também, um grau de competitividade entre as pessoas, o que, na grande maioria das vezes, é salutar.

Essas soluções poderão vir por intermédio de vários métodos diferentes. Assim, quando as pessoas não aceitam, mutuamente, a existência de um conflito insurgido entre elas, faz-se *mister* que uma force a outra a reconhecer que estão em litígio. Para tanto, necessária é a movimentação do Poder Judiciário, que dotado de coercibilidade irá analisar os fatos deduzidos em juízo e com base no direito posto, proferir uma sentença, impositiva e vinculante, onde um dos litigantes será o ganhador e o outro, perdedor; portanto, um método heterocompositivo adversarial.

Noutro plano, quando as pessoas reconhecem existir uma disputa, poderão resolvê-la por intermédio de meios alternativos, que não o jurisdicional, ou seja, utilizando-se da arbitragem, conciliação, transação e da mediação.

No perpassar do tempo, a movimentação do Poder Judiciário para resolução dos litígios foi tamanha, que ultrapassou sua capacidade funcional, culminando no que se conhece hoje por *crise do Judiciário*. Esta crise produz uma prestação jurisdicional falha, com processos muito lentos e altos custos.

Objetivando-se não só uma prestação jurisdicional mais eficiente, como também, adequar-se aos anseios das pessoas, quanto ao acesso à justiça, os meios alternativos de solução de litígios têm sido cada vez mais discutidos na seara jurídica brasileira, dentre os quais, com especial destaque, atualmente, à mediação.

Nessa perspectiva, estudos surgiram objetivando institucionalizar a mediação, o que resultou no projeto de lei da Deputada Zulaiê Cobra (PSDB-SP), levado à apreciação da Câmara dos Deputados no ano de 1998. Após ter sido submetido às alterações empreendidas pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), pelo Senador Pedro Simon e, posteriormente, pelo Senador Eduardo Suplicy, além das contribuições do Ministério da Justiça e de outros órgãos ligados ao tema; o projeto de lei sobre a mediação resultou em março deste ano, em nova versão levada à apreciação do Congresso Nacional, que, por sua vez, constitui o objeto precípuo deste trabalho.

O projeto trata do procedimento da mediação, dispondo sobre a mediação paraprocessual aplicada ao âmbito civil. Estabelece, ainda, as modalidades de

mediação, a disciplina jurídica dos mediadores, do co-mediador, a fiscalização da atividade da mediação, enfim, traz as regras para a operacionalização da mediação processual e extraprocessual. Sua finalidade é acelerar o trâmite processual e funcionar como um filtro à movimentação do Poder Judiciário, deixando à atividade jurisdicional apenas para os casos imprescindíveis de sua atuação.

Propõem-se, ainda, no mencionado projeto de lei, a alteração da redação do art. 331 e a criação do art. 331-A do Código de Processo Civil Brasileiro. O que irá empreender à audiência preliminar, um caráter decisivo no intuito de possibilitar a pacificação das partes.

Noutro plano, no intuito de prover um estudo mais completo sobre a mediação, procurou-se abordar não só o seu procedimento, mas, também, o processo de mediação e seus diversos estágios, assim como, fazer um cotejo entre mediação, arbitragem, conciliação e transação.

Do exposto, visualiza-se a atualidade do tema e a imprescindibilidade do seu estudo, visto que traz à tona um assunto largamente debatido pela doutrina, cujas conseqüências implicarão em consideráveis modificações no Processo Civil Brasileiro.

## 2 O PROCEDIMENTO DA MEDIAÇÃO

### 2.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

Parafraseando Christopher W. Moore, não existe relacionamento interpessoal sem a presença de conflitos. Eles são próprios da natureza humana. Todavia, a existência de conflitos não revela, tão somente, um fator negativo, ruim, eles são fatos da vida que, por vezes, demonstram que as pessoas estão imbuídas de uma constante competição em busca da realização de seus objetivos. Somente quando o conflito ultrapassa o estágio da competição e se reveste de um caráter que enseja dano físico, moral, ou até mesmo psicológico, é que se torna prejudicial aos interrelacionamentos sociais.<sup>1</sup>

Observando-se sob essa perspectiva, não há porque os conflitos seguirem um curso negativo, uma vez que podem motivar o crescimento das partes envolvidas, basta que para isso elas tenham capacidade de “criar procedimentos eficientes para a resolução dos problemas de forma cooperativa, de sua capacidade de pôr de lado a desconfiança e a animosidade enquanto trabalham

---

<sup>1</sup> MOORE, Christopher W. *O processo de mediação: estratégias práticas para resolução de conflitos*. Trad. Magda França Lopes. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998, p. 5.

juntos seu conflito, e a disponibilidade de soluções que possam satisfazer – pelo menos parcialmente – os interesses de todas as partes”.<sup>2</sup>

É na esteira desse entendimento, que se vislumbram os *meios alternativos de solução de conflitos de interesses*, em especial no universo jurídico brasileiro, que atravessa momento decisivo. Portanto, o emprego de tais meios ajudará a conter a crise do Judiciário<sup>3</sup> e promover um aumento gradativo do acesso à justiça.

Oportuno, também, salientar a visão inovadora de que o acesso à justiça<sup>4</sup> não está proporcionalmente vinculado ao acesso ao Poder Judiciário, mas sim, especificamente, aos meios que possibilitem a resolução das disputas interpessoais, o que pode anteceder, coincidir, ou mesmo prescindir do acesso aos órgãos jurisdicionais do Estado.

Vincular o acesso à justiça, estritamente à movimentação dos órgãos do Poder Judiciário é cair nas teias da garantia formal legislativa<sup>5</sup> que no Brasil está muito distante de prover efetividade às necessidades jurídicas dos cidadãos<sup>6</sup>, tendo em vista a crise em que o Poder Judiciário, no perpassar do tempo, se vê envolvido.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 5.

<sup>3</sup> “Todos os relatórios, aqueles menos dramáticos com relação ao Poder Judiciário, demonstram que atravessa ele fase crítica, em face do excesso de serviços que lhe são afetos. A Constituição de 1988 entregou em suas mãos não só o controle da constitucionalidade, mas, mais do que isso, despertou na população a esperança de que o Judiciário era a solução para todos os problemas brasileiros. A descoberta da cidadania, ao menos pelas associações representativas de direitos, fez tornar normal a busca pelo Judiciário. A excessiva burocracia de seus serviços, no entanto, esta tomando tormentosa a ida ao Judiciário para a solução dos problemas jurídicos. Cria-se um clima de frustração de expectativas.”(OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Mediação: instrumento de pacificação social. Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, v. 799, maio 2002, p. 88).

<sup>4</sup> A respeito do acesso à justiça, Cf.: WATANABE, Kazuo. *Acesso à justiça e sociedade moderna*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 129-135.

<sup>5</sup> Por *garantia formal legislativa* quer-se referir à garantia do acesso à justiça disposto na legislação, seja em normas de preceito internacional, de onde se destaca a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, art. 8º: “todos têm direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédios efetivos para os atos que violem os direitos fundamentais que lhes sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei”; seja nos preceitos da Constituição Federal Brasileira de 1988, que fulcra em seu art. o art. 5º, inc. XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”; o inc. LXXIV, onde “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que provarem insuficiência de recursos”. Ademais, ainda apoiando-se nos preceitos constitucionais, destaca-se que o Ministério Público e a Defensoria Pública são definidos como instituições essenciais à função jurisdicional do Estado, cuja incumbência é a orientação jurídica e defesa daqueles que necessitam.

<sup>6</sup> Segundo pesquisa publicada no *Jornal Folha de São Paulo* em 02.10.1999: “55% dos brasileiros não procuram o Judiciário, porque: a) desconhecem seus direitos: b) a posição geográfica dos fóruns dificulta o acesso: c) os honorários e custas nem sempre são baixos: d) há demora excessiva na prestação dos serviços judiciários: e) há natural temor de dirigir-se ao judiciário: f) a advocacia pública na funciona ou funciona mal. (OLIVEIRA, Regis Fernandes de, op. cit., p. 88.)

Em razão, do exposto, novos mecanismos legislativos estão sendo propostos no intuito de equiparar o ordenamento jurídico à necessidade da dinâmica social. Nesse contexto, surgiu o projeto de lei n. 4.827/98, de autoria da Deputada Zulaiê Cobra, que institucionaliza e disciplina a mediação<sup>7</sup>, mecanismo autocompositivo de solução de litígios, como método de prevenção e solução consensual de conflitos.

O projeto de lei sobre a mediação foi aprovado na Câmara dos Deputados em 30 de outubro de 2002, e encontra-se atualmente em trâmite no Senado Federal<sup>8</sup>. Sua redação original é simples e concisa sendo composto por sete artigos, onde se tratou da definição jurídica do termo mediação (art. 1º); da matéria que admite mediação (art. 1º, parágrafo único); de quem pode ser mediador (art. 2º); os deveres do mediador no processo de mediação (art. 2º, § 2º); das espécies de mediação (art. 3º); da possibilidade de suspender o processo para mediação extrajudicial ou judicial (art. 4º); da possibilidade de intimar a parte adversa, antes de instaurar processo, para audiência de tentativa de conciliação ou mediação (art. 6º).

Todavia, concomitante à tramitação do projeto de lei da Deputada Zulaiê Cobra, o *Instituto Brasileiro de Direito Processual* (IBDP), no ano de 1999 constituiu uma comissão com a finalidade de elaborar um anteprojeto de lei dispendo sobre a mediação no processo civil. Findos os trabalhos, o anteprojeto do IBDP foi apresentado ao Governo Federal. Como o projeto da deputada já havia sido aprovado na Câmara dos Deputados, o Ministério da Justiça a convidou, juntamente com sua comissão e o IBDP, e também, algumas organizações sociais envolvidas com o tema mediação, para a elaboração de um novo texto para ser enviado ao Congresso Nacional, com a finalidade de substituir o projeto de lei original.<sup>9</sup>

O substitutivo elaborado pelo IBDP, bem mais estruturado que o projeto encaminhado pela Deputada Zulaiê Cobra, foi apresentado em vinte e oito artigos, divididos em três capítulos, dispendo a cerca das modalidades de

---

<sup>7</sup> Segundo preleciona Moore: "Infelizmente, muitas pessoas que estão em conflito são incapazes de desenvolver um processo efetivo, de lidar com as barreiras psicológicas contra o acordo ou de desenvolver sozinhas soluções integrativas. Em geral, precisam de ajuda para isso. A mediação é uma forma de ajuda proporcionada por uma terceira parte na resolução voluntária das diferenças." (MOORE, Christopher W, op. cit., p. 5.)

<sup>8</sup> INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PROCESSUAL. *Propostas legislativas: Processo Civil*. Brasília - DF. Disponível em: <<http://www.direitoprocessual.org.br/v2.htm>>. Acesso em: 16 jun. 2006.

<sup>9</sup> INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PROCESSUAL. *Propostas legislativas: Processo Civil*. Brasília - DF. Disponível em: <<http://www.direitoprocessual.org.br/v2.htm>>. Acesso em: 16 jun. 2006.

mediação (Cap. I); da mediação prévia (Cap. II, Seção I); da mediação incidental (Cap. II, Seção II); dos mediadores (Cap. III).<sup>10</sup>

De conseguinte, o Relator do projeto, Senador Pedro Simon, apresentou outro substitutivo baseado no texto elaborado pelo IBDP e aprovado pela Comissão de Constituição, Justiça e Redação da Câmara dos Deputados.<sup>11</sup>

O projeto apresentado pelo Senador Pedro Simon é composto por quarenta e dois artigos seccionados em seis capítulos, onde se instrumentaliza todos as regras procedimentais, que deverão ser observadas ante ao instituto da mediação.

Entretanto, na última reunião da Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, realizada em 08 de março de 2006, o Senador Eduardo Suplicy<sup>12</sup> apresentou relatório substitutivo ao atual projeto de lei em trâmite, o qual obteve o voto favorável do Relator Senador Pedro Simon<sup>13</sup>.

Pelo exposto, verifica-se que para o estudo e conhecimento do procedimento da mediação é imperativa a análise do projeto de lei n. 4.827/98 sob a ótica do parecer apresentado em 08 de março de 2006, uma vez que o mesmo contou com a contribuição de diversas instituições públicas, representantes da sociedade civil e várias sugestões, das quais se destacam as do Conselho Regional de Administração do Rio Grande do Sul, da Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça e do Grupo de Pesquisa e Trabalho em Arbitragem, Mediação e Negociação da Universidade de Brasília<sup>14</sup>. Por tal motivo, entende-se pela sua maior juridicidade e atualidade frente ao tema.

## 2.2 ÂMBITO DE INCIDÊNCIA DA MEDIAÇÃO

No Capítulo I, do projeto de lei em apreço, destaca-se o art. 1º, que dispõe sobre a mediação paraprocessual voltada ao processo civil. O que significa dizer que o procedimento tem o escopo precípua de auxiliar o processo e contribuir para a solução da controvérsia deduzida em juízo, portanto, destina-se a encurtar ou mesmo, evitar o processo, contribuindo sobremaneira para a

---

<sup>10</sup> Ibid.

<sup>11</sup> Ibid.

<sup>12</sup> O relatório substitutivo do Senador Eduardo Suplicy baseou-se além do projeto substitutivo apresentado pelo Relator Pedro Simon, no posicionamento materializado pelo Ministério da Justiça. (SENADO FEDERAL. Brasília – Distrito Federal. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/web/senador/psimon/projetos/proj\\_2006%5CPA060313.htm](http://www.senado.gov.br/web/senador/psimon/projetos/proj_2006%5CPA060313.htm)>. Acesso em: 22 jun. 2006).

<sup>13</sup> Ibid.

<sup>14</sup> INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PROCESSUAL. *Propostas legislativas: Processo Civil*. Brasília - DF. Disponível em <<http://www.direitoprocessual.org.br/v2.htm>>. Acesso em: 16 jun. 2006.

mitigação da crise do Poder Judiciário. Outrossim, a mediação será cabível apenas no âmbito cível<sup>15</sup>, e conforme o art. 4º, em matérias que admitam conciliação, reconciliação, transação ou acordo de outra ordem.

Sublinha-se, que a mediação não incidirá sob o prisma dos direitos indisponíveis, pois são irrenunciáveis; todavia, não há óbice legal, que haja mediação sobre a forma, o modo, a condição, em que tais direitos irão se realizar.

### 2.3 CONCEITO E AMPLITUDE DA MEDIAÇÃO

O art. 2º, do projeto de lei, estabelece o conceito de mediação caracterizando-o como “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”, podendo versar sobre todo o conflito ou parte dele (art. 5º), sendo em regra um procedimento sigiloso salvo disposição contrária entre as partes (art. 6º).

Do exposto, denota-se que o projeto não acrescenta nada de novo aos conceitos clássicos de mediação. Observa-se, entretantes, o emprego do termo “atividade técnica”, o que enseja a formação profissional do terceiro que atuará como mediador, que deverá ser treinado e habilitado para tal exercício. Entretantes, é de clareza solar não existir na mediação qualquer tipo de decisão do mediador, e muito menos atividade jurisdicional do Estado, mas, sim, objetiva-se extinguir o litígio por intermédio de um meio autocompositivo, onde, necessariamente, o mediador nada propõe às partes.

### 2.4 ESPÉCIES DE MEDIAÇÃO E OBRIGATORIEDADE DE MEDIAR

As modalidades de mediação estão definidas no art. 3º, ou seja, poderá ser prévia ou incidental, conforme o momento da sua realização e judicial ou extrajudicial, de acordo com a qualidade dos mediadores.

A *mediação prévia* é sempre facultativa e poderá ser judicial ou extrajudicial, sendo apta a interromper a prescrição, devendo o requerimento ser concluído no prazo máximo de noventa dias (art. 29, *caput* e parágrafo único). Será preiteada através de requerimento, e caso seja *judicial* o requerimento adotará formulário

---

<sup>15</sup> Esta visão difere do projeto original da Deputada Zulaiê Cobra, no qual a mediação é cabível em “toda matéria que admita conciliação, reconciliação, transação ou acordo de outra ordem, para fins que consinta a lei civil ou penal”. Redação original do Projeto de Lei 4.827/98, art. 1º, parágrafo único. (Ibid).

padronizado, subscrito pela parte ou seu advogado, caso em que deverá ser instruído com a procuração (art. 30). Assim que o mediador receber o requerimento designará dia, hora e local onde realizará a sessão de mediação, dando ciência aos interessados por qualquer meio eficaz e idôneo de comunicação (art. 30, § 2º). A cientificação ao requerido conterà a recomendação de que deverá comparecer à sessão acompanhado de advogado, quando a presença deste for indispensável; caso não tenha advogado constituído o mediador solicitará à Defensoria Pública ou na falta desta, à Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) a designação de advogado dativo. Sendo impossível o pronto atendimento da solicitação, o mediador imediatamente remarcará a sessão, cientificando os interessados da nova data (art. 30, § 3º).

Caso os interessados, de comum acordo desejem, poderão escolher outro mediador, seja ele judicial ou extrajudicial (art. 30, § 4º).

Não sendo encontrado o requerido, ou não comparecendo qualquer das partes, a mediação será dada por frustrada (art. 30, § 5º).

Obtido ou não o acordo o mediador ficará encarregado de lavrar o *termo de mediação*, onde descreverá minuciosamente todas as cláusulas do mesmo ou declarará a sua impossibilidade (art. 31).

Agora, ao que concerne à *mediação prévia extrajudicial*, esta, ao critério dos interessados ficará a cargo de mediador independente ou daquele ligado à instituição especializada em mediação (art. 32).

Já a *mediação incidental*, ou seja, aquela que acontece concomitante ao desenvolvimento do processo, *será sempre obrigatória no processo de conhecimento*, salvo nos casos de ação de interdição; quando for autora ou ré pessoa de direito público e a controvérsia versar sobre direitos indisponíveis; na falência, na recuperação judicial e na insolvência civil; no inventário e no arrolamento; nas ações de imissão de posse, reivindicatória e de usucapião de bem imóvel; na ação de retificação de registro público; quando o autor optar pelo procedimento do juizado especial ou pela arbitragem; na ação cautelar; e quando na mediação prévia, realizada na forma da seção anterior, tiver ocorrido sem acordo nos cento e oitenta dias anteriores ao ajuizamento da ação (art. 34, incs. I a IX).

A mediação incidental tem o prazo máximo para ser realizada, de noventa dias, e não sendo alcançado o acordo, dá-se continuidade ao processo (art. 34, parágrafo único). Compreendendo-se, assim, que o processo ficará suspenso para a realização da mediação, tal qual se previa no art. 4º. do projeto original.

Nos termos do art. 35, na 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. Caso na petição inicial haja pedido de liminar a mediação terá curso após a sua decisão e não será prejudica pelo recurso possivelmente interposto no intuito de revogar a liminar (art. 35, §§ 1º. e 2º.).

O juiz da causa designará mediador judicial ou extrajudicial, para o qual será remetida cópia dos autos, não concordando, as partes poderão de comum acordo escolher outro mediador, judicial ou extrajudicial (art. 36, *caput* e parágrafo único).

As partes serão cientificadas pelo mediador da realização da sessão de mediação por qualquer meio eficaz e idôneo de comunicação, designando-se dia, hora e local para o seu comparecimento. A intimação deverá conter a recomendação de que deverão se fazer acompanhar de advogados, quando indispensável à assistência judiciária (art. 37, *caput* e § 1º.).

Se o requerido não tiver sido citado no processo judicial, a intimação para a sessão de mediação o constituirá em mora, tornando prevento o juízo, induzindo litispendência, fazendo litigiosa a coisa e interrompendo a prescrição (art. 37, § 2º.).

Não havendo qualquer das partes advogado constituído nos autos do processo judicial, e for impossível de pronto atender a tal prerrogativa, deverá o mediador proceder remarcando a sessão (art. 37, § 3º, com art. 30, § 3º.).

Não sendo encontrado o requerido ou não comparecendo qualquer das partes, a mediação será dada como frustrada (art. 37, § 4º.).

De acordo com o art. 38, na mediação incidental observa-se que mesmo instruída de pedido liminar, as custas processuais somente serão devidas após a retomada do curso do processo, caso em que a mediação não resultou em acordo ou conciliação. Abatendo-se, ainda, o valor pago ao mediador a título de honorários.

Obtida ou frustrada a mediação o mediador lavrará o termo descrevendo detalhadamente todas as cláusulas do acordo ou consignando sua impossibilidade (art. 39). Assim ocorrendo, o mediador devolverá a petição inicial ao juiz da causa, acompanhada do termo de mediação para que seja dado prosseguimento à marcha processual, que em caso de transação determinará seu imediato arquivamento, ao passo que não havendo retomará ao transcurso do processo (art. 39, §§ 1º. e 2º.).

Por derradeiro, sendo positiva a mediação, ou seja, havendo acordo o juiz da causa o homologará por sentença, após verificado as formalidades legais (art. 40), sendo o acordo obtido em grau de recurso cabe ao relator homologá-lo (art. 40, parágrafo único).

Concebe-se do exposto, que transformado em lei o projeto sobre a mediação não irá excluir outras modalidades que não sejam aquelas realizadas sob as égides do Poder Judiciário, ao revés, conceder-se-á mais força e legalidade à mediação prévia uma vez que está sendo tutelada e reconhecida pelo preceito normativo como meio hábil de solucionar e prevenir conflitos.

## 2.5 NATUREZA JURÍDICA DO TERMO DE MEDIAÇÃO

Segundo o preceito do art. 7º, o termo de mediação será título executivo extrajudicial se subscrito pelo mediador (judicial ou extrajudicial), pelos transatores e seus advogados. Todavia, se homologado pelo juiz, a pedido de qualquer das partes, em caso de mediação prévia ou incidental, terá eficácia de título executivo judicial.

Ademais, a mediação prévia, desde que requerida, será reduzida a termo e homologada por sentença independentemente de processo (art. 7º, parágrafo único).

Do exposto, depreende-se que mesmo na mediação prévia, para que o resultado da mediação seja eivado da natureza de título executivo extrajudicial, imprescindível é o conhecimento do mesmo por profissional do direito. Que por sua vez lhe confere maior segurança quanto à juridicidade do ato, em detrimento da economia de tempo e pecúnia, fato que pode ser vislumbrado como um *minus*, frente ao *plus* que seria a celebração do acordo e a extinção do processo ou mesmo, sua inexistência.

Nesse caso, a *transação* feita através de escritura pública ou documento particular assinado por duas testemunhas, teria vantagem sobre a mediação? Ora, por força da legislação processual ambos são considerados títulos executivos extrajudiciais, portanto, há de se pensar sobre o assunto. Crê-se, que pelo fato da intervenção do advogado, com toda certeza a mediação nos termos da lei será mais segura e centrada nas bases do ordenamento jurídico brasileiro, em contrapartida da simples transação das partes reduzida a escrito, seja na sua forma particular ou pública.

## 2.6 A DISCIPLINA JURÍDICA DOS MEDIADORES

No Capítulo II tem-se como objeto precípua a disciplina jurídica dos mediadores. Nesse sentido, o art. 9º dispõe que qualquer pessoa capaz poderá ser mediador, requerendo para tanto o preceito subjetivo, de conduta ilibada, e formação técnica ou experiência prática adequada à natureza do conflito.

Nessa perspectiva, o art. 10 estipula as espécies de *mediadores em judicial* (art. 11) e *extrajudicial* (art. 12), sendo os mesmos, além dos co-mediadores considerados auxiliares da justiça e no exercício das suas funções e em razão delas são equiparados aos funcionários públicos para efeito da lei penal (art. 13).

Destarte, conforme o art. 11, requer-se para ser mediador judicial a formação de advogado, com no mínimo três anos de efetivo exercício de atividades jurídicas, devendo ser, ainda, capacitado, selecionado e inscrito no Registro de Mediadores.

Já os mediadores extrajudiciais (art.12), estes são independentes, selecionados e inscritos no Registro de Mediadores, não sendo condição necessária a posição de advogado.

Nesse plano, a formação através de cursos apropriados e a seleção dos mediadores, nos termos do art. 15 caberá em conjunto à Ordem dos Advogados do Brasil, aos Tribunais de Justiça dos Estados e às pessoas jurídicas especializadas em mediação, desde que autorizadas pelo Tribunal de Justiça do Estado em que estejam localizadas.<sup>16</sup>

São deveres dos mediadores (art. 14), no exercício das suas funções proceder com imparcialidade, independência, aptidão, diligência e confidencialidade, salvo no último caso por expressa convenção das partes.

De acordo com o que ensina MOORE, os mediadores podem assumir no auxílio das partes, vários papéis diferentes, atuando como *facilitador da comunicação*; como *legitimador*; *facilitador do processo*; *treinador*; *ampliador de recursos*; *explorador do problema*; *agente da realidade*; *bode expiatório* e, como um *líder*<sup>17</sup>.

Assim, o *mediador facilitador da comunicação* é aquele que inicia a conversa entre as partes ou quando as mesmas já estão conversando, intervém para que essa conversa flua da melhor maneira possível; o *legitimador* se consagra como aquele que ajuda as partes a reconhecerem o direito da outra envolvida na negociação; o *facilitador do processo* é aquele que propõem um meio, um método, um procedimento para a mediação, presidindo-a; o *treinador* consagra-se como o que se interpõe entre partes iniciantes, sem experiência sobre o assunto, despreparadas para a barganha; o *ampliador de recursos* é o que provê as partes através de sua assistência, o acesso a

---

<sup>16</sup> Conforme explica o Rel. Senador Pedro Simon : “Este, sem dúvida, é ponto sensível para o sucesso da mediação, pois é fundamental a habilidade pessoal do mediador, para apaziguar os ânimos e buscar uma solução consensuada do conflito”. (SENADO FEDERAL. Brasília – DF. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/web/senador/psimon/projetos/proj\\_2006%5CPA060313.htm](http://www.senado.gov.br/web/senador/psimon/projetos/proj_2006%5CPA060313.htm)>. Acesso em: 22 jun. 2006)

<sup>17</sup> MOORE, Christopher W., op. cit., p.31.

recursos externos, como especialistas que irão contribuir para o fim da disputa; o *explorador do problema* é concebido como o mediador que possibilita às partes enxergar o problema sobre vários prismas diferentes, aumentando o leque de opções para o deslinde do conflito; o *agente da realidade* é o terceiro cujo objetivo é um acordo razoável e viável, trazendo os conflitantes que se encontram fora da realidade, ao mundo real; o *bode expiatório* é o mediador que assume certa responsabilidade ou culpa por uma decisão impopular que as partes estejam dispostas a aceitar; por derradeiro o *mediador líder* é aquele que entende a mediação como um processo voluntário, a dirigindo através de propostas processuais<sup>18</sup>.

## 2.7 A FIGURA DO CO-MEDIADOR

O co-mediador<sup>19</sup> é tratado no art. 16, caracterizado como profissional especializado na área de conhecimento envolvida no litígio, cuja intervenção conjunta com o mediador seja imperativa para elucidação do impasse, em decorrência de sua natureza ou complexidade. Pelo § 1º fulcra-se como obrigatória a co-mediação nos casos que versem sobre o estado da pessoa e Direito de Família, devendo dela participar necessariamente psiquiatra, psicólogo ou assistente social. Não sendo obrigatória a co-mediação poderá ser requerida por qualquer dos interessados ou mesmo pelo mediador (art. 16, § 2º).

## 2.8 O REGISTRO DE MEDIADORES

O registro dos mediadores ficará por conta dos Tribunais de Justiça dos Estados, os quais se incumbem de manter relação atualizada dos mediadores habilitados a atuar prévia ou incidentalmente no âmbito de sua jurisdição (art. 17).

Todo o processo de inscrição no registro de mediadores será regulamentado por normas dos Tribunais de Justiça dos Estados (art. 17, § 1º), só podendo requerê-la aqueles que forem formados e selecionados

---

<sup>18</sup> Ibid., p.31.

<sup>19</sup> "Caso haja conveniência para o julgamento ou a pedido de qualquer dos litigantes nasce a figura de um co-mediador. Este é indicado por organismos institucionais de mediação ou por órgãos profissionais oficiais. O co-mediador não será advogado, mas profissional ligado a qualquer outra área cujo conhecimento se torne imprescindível para o deslinde da controvérsia. Em pendência que seja de direito de família a figura do co-mediador é obrigatória. Agirá, eventualmente, um psicólogo, um economista, um médico das mais diversas especialidades, etc. Poderá agir um assistente social etc. Provém ele de outra área, mas de cujo conhecimento específico não se pode apartar." (OLIVEIRA, Regis Fernandes de, op. cit., p. 93).

pela OAB, em conjunto com o Tribunal de Justiça e pessoas jurídicas especializadas em mediação (art. 15 combinado com o art. 17, § 2º).

Salienta-se, ainda, que no registro de mediadores constarão todos os dados relevantes referentes à atuação do mediador, os quais serão publicados anualmente para fins estatísticos, o que denota um maior controle por parte dos órgãos competentes (art. 17, §§ 3º e 4º).

## 2.9 FISCALIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO E DA CO-MEDIAÇÃO

A fiscalização, no âmbito da mediação extrajudicial e co-mediação, competirá sempre ao Tribunal de Justiça do Estado (art. 18).

Na mediação judicial (incidental), a fiscalização será feita pela seccional da OAB; todavia, a co-mediação continuará sob responsabilidade do Tribunal de Justiça do Estado (art. 19). Nesse caso, a fiscalização do mediador e do co-mediador também caberá ao juiz da causa, que poderá afastá-los dando notícia, conforme o caso, à OAB ou ao Tribunal de Justiça competente (art. 20).

## 2.10 IMPEDIMENTOS AO EXERCÍCIO DA MEDIAÇÃO E DA CO-MEDIAÇÃO

Aos mediadores e co-mediadores aplicam-se as disposições de impedimento<sup>20</sup> e suspeição<sup>21</sup> dispostas respectivamente nos art. 134 e 135 do CPC/73 (art. 20).

Existindo impedimento antes de iniciada a mediação, o mediador fica incumbido de devolver os autos ao distribuidor que designará novo mediador; caso o impedimento surja durante o processo de mediação o mediador deverá interromper sua atividade, lavrando termo com o relatório do ocorrido, solicitando novo mediador ou co-mediador (art. 21, § 1º). O relatório deve conter os nomes e dados pessoais das partes envolvidas; indicação da causa

---

<sup>20</sup> "Evidente que não pode exercer a função no caso de ser parte no processo (inc. I do art. 134); se já teve algum relacionamento com a parte, no caso de perito, intérprete, mandatário, promotor, advogado, ou como testemunha (inc. II); se proferiu decisão no processo (inc. III); se postular no processo como advogado da parte ou de cônjuge, consanguíneo ou afim (inc. IV); se for parente nos casos do inciso anterior (inc. V); quando for órgão de direção ou de administração da pessoa jurídica parte na causa (inc. VI)". (OLIVEIRA, Regis Fernandes de, op. cit., p. 96-97).

<sup>21</sup> Estará fundada a suspeição do mediador ou co-mediador quando: I – amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes; II – se alguma das partes for credora ou devedora do mediador ou co-mediador; III – herdeiro presuntivo, donatário ou empregado 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; poderá ainda declarar-se suspeito por motivo íntimo. (Cf. art. 135 do CPC).

de impedimento ou suspeição; e razões e provas existentes pertinentes do impedimento ou suspeição (art. 21, § 2º).

Havendo impossibilidade temporária do mediador este deverá informar ao Tribunal de Justiça, para que durante esse período não lhe sejam distribuídas novas mediações (art. 22).

Destaca-se, que o projeto de lei em análise preenche a lacuna deixada pelo texto do projeto original e pelo substitutivo apresentado pelo Relator Senador Pedro Simon, que não trataram acerca dos casos de suspeição dispostos no art. 135 da legislação processual brasileira.

### 2.11 RESTRIÇÃO FUNCIONAL AO MEDIADOR

O art. 23 dispõe sobre uma restrição funcional aplicada ao mediador advogado, que ficará absolutamente impedido de prestar serviços profissionais a qualquer das partes, em matéria correlata à mediação, por dois anos, contados do término desta. Conforme Regis Fernandes de Oliveira esta disposição tem cunho puramente ético, evitando que durante a mediação possa o mediador ou pleitear vantagem, ou mesmo, qualquer uma das partes oferecer privilégio futuro com o fim de obter uma mediação parcial; ademais, como o mediador exerce função equiparada a funcionário público, poderá este praticar qualquer dos crimes contra a administração pública e à administração da justiça.<sup>22</sup>

### 2.12 CONDUTA INADEQUADA NO EXERCÍCIO DA MEDIAÇÃO OU CO-MEDIAÇÃO

O mediador ou co-mediador que de qualquer maneira tentar influenciar a mediação, sugestionando ou recomendando, acerca do mérito do impasse, 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, estará incorrendo em *conduta inadequada* (art. 24).

A conduta inadequada será averiguada por meio da instauração de ofício ou mediante representação, de processo administrativo, obedecendo sempre o procedimento ditado pelo Tribunal de Justiça competente (art.26), devendo ser concluído em, no máximo, noventa dias e suas conclusões enviadas ao Tribunal de Justiça para anotação no registro do mediador ou seu cancelamento (art. 27, parágrafo único).

---

<sup>22</sup> OLIVEIRA, Regis Fernandes de, op. cit., p. 96.

Verificada a procedência da conduta inadequada do mediador, através de processo administrativo conduzido pela OAB, ele poderá ser penalizado com uma simples advertência até pena de exclusão do Registro de Mediadores, nos termos do Título III, da Lei 8.906/94 (art. 27).

Sendo assim, infere-se que a materialidade da conduta inadequada será verificada mediante a instauração de um processo administrativo ante a OAB, que poderá ser feito por meio da representação do ofendido ou mesmo, de ofício. Porém, deverá seguir o procedimento elaborado e interposto pelo Tribunal de Justiça. Todavia, entende-se que tal procedimento, ou seja, o processo conduzido pela OAB, pode levar a uma decisão desprovida de imparcialidade ou mesmo movimentada por um caráter subjetivo. Talvez, a melhor maneira seria que o procedimento também fosse conduzido pelo Tribunal de Justiça, pois este já é o órgão responsável pela sua elaboração, cuja execução tem como produto apurar ou não a materialidade da conduta inadequada.

Quanto ao co-mediador afastado por conduta inadequada verificada pelo juiz da causa (art. 20), e confirmada pelo procedimento administrativo cabível, ficará impedido de atuar em novas mediações pelo prazo de dois anos (art. 28).

Note-se que, quanto ao co-mediador a conduta inadequada será verificada pelo Juiz da causa, e afastado após confirmada pelo procedimento administrativo cabível. Portanto, vislumbra-se um procedimento diferenciado no âmbito da verificação da conduta inadequada quando se trata do mediador e do co-mediador. Todavia, o resultado final, ou seja, a confirmação da conduta inadequada do co-mediador, com seu efetivo afastamento do processo, somente se dará com o processo administrativo competente.

## 2.13 EXCLUSÃO DO REGISTRO DE MEDIADORES

Será excluído do registro de mediadores, nos termos do art. 25, aquele que: I – solicitar ao Tribunal de Justiça; II – agir com dolo ou culpa na condução da mediação sob sua responsabilidade; III – violar os princípios da confidencialidade e imparcialidade; IV – funcionar em procedimento de mediação mesmo sendo impedido ou sob suspeição; V – sofrer em procedimento administrativo, realizado pela Ordem dos Advogados do Brasil, pena de exclusão do registro de mediadores; VI – for condenado, em sentença criminal transitada em julgado.

Ficará a cargo dos Tribunais de Justiça dos Estados, em cooperação, consolidarem mensalmente lista nacional dos excluídos do registro de mediadores (art. 25, § 1º).

Concebe-se do exposto, que a OAB ficará incumbida de efetivar a exclusão do registro de mediadores, e a cargo dos Tribunais de Justiça consolidar mensalmente a lista nacional dos excluídos. Incumbência essa, que poderia confortavelmente ser repassada também para OAB, já que é esse órgão o responsável pela condução do processo administrativo que poderá culminar na pena de exclusão do mediador.

Salvo no caso do inciso primeiro, aquele que for excluído do registro de mediadores não mais poderá, em hipótese alguma, ser novamente habilitado em qualquer parte do território nacional, nem mesmo como co-mediador (art. 25, § 2º).

## 2.14 LOCAL DA MEDIAÇÃO

O local da mediação deverá ser de fácil acesso com estrutura suficiente para atendimento condigno dos interessados, disponibilizado por entidade pública ou particular, ficando a cargo do Tribunal de Justiça local fixar as condições mínimas para a consecução desta finalidade (art. 41).

Nesse sentido, a mediação poderá ser realizada no escritório de um dos advogados, nos fóruns, em instalações fornecidas pela OAB, até mesmo no plenário da Câmara dos Vereadores, enfim, em lugar que demonstre estrutura para tanto.<sup>23</sup> Imprescindível, que o local não implique em ônus às partes, dificultando o transcurso da mediação.

Sublinha-se, ademais, que o ambiente físico muito influencia nos ânimos das partes, portanto, o local onde se realizarão as sessões de mediação deve apresentar um ambiente físico apropriado, onde se observa desde a disposição dos móveis, sua forma, a iluminação do espaço, até mesmo, a cor predominante. Talvez esta prerrogativa não seja possível de atendimento imediato, dentro da atual realidade da justiça brasileira, mas com certeza, para que o instituto da mediação se incorpore à nossa cultura e dê certo, um ambiente saudável em seus aspectos físicos é indispensável.

O ambiente físico apropriado é, portanto, uma técnica muito eficiente no desenvolver da mediação, e o seu não atendimento de imediato poderá até mesmo colocar em risco a eficiência desse procedimento. Todos os esforços devem ser empreendidos para que o procedimento da mediação se verifique exitoso, pois uma demanda resolvida por um meio alternativo de solução de conflitos vai de encontro com as égides do princípio da economia processual.

---

<sup>23</sup> OLIVEIRA, Regis Fernandes de, op. cit., p. 96.

## 2.15 HONORÁRIOS DO MEDIADOR E DO CO-MEDIADOR

Segundo dispõe o art. 42 os serviços prestados pelo mediador serão sempre remunerados de acordo com os critérios fixados pelas normas locais, ou seja, pelas normas do Tribunal de Justiça. Com exceção quando se conceder assistência judiciária gratuita, caso em que as despesas correm por conta da dotação orçamentária do Tribunal de Justiça competente (art. 42, § 1º.<sup>24</sup>).

Pelo disposto no art. 46 depreende-se que frustrado ou não o acordo os honorários do mediador e do co-mediador, se houver, serão garantidos e deverão constar no termo de mediação que servirá de título executivo extrajudicial. Caso não haja a estipulação dos honorários o mediador deverá requerer ao Tribunal de Justiça que seria competente para julgar, originalmente, a causa, que o fixe por sentença (art. 46, parágrafo único).

Pelo fato do mediador e do co-mediador serem considerados auxiliares da justiça e no exercício de suas funções ou em virtude delas, equiparados a funcionários públicos, seria coerente que o Estado garantisse o pagamento dos seus honorários, desonerando as partes nesse sentido. Entende-se que havendo mediação na audiência preliminar, ou mesmo, mediação prévia, inúmeros processos seriam extirpados logo de início e muitos nem mesmo chegariam ao Judiciário, portanto, uma economia considerável aos cofres públicos seria materialmente efetivada. Nesse passo, a gratuidade de mediação deve ser, ainda, fruto de grandes debates no âmbito jurídico-social.

## 2.16 NORMAS REGULAMENTARES PARA A EFETIVAÇÃO DA MEDIAÇÃO

Os Tribunais de Justiça dos Estados têm o prazo de cento e oitenta dias para a expedição das normas indispensáveis à efetivação do disposto no projeto de lei sobre a mediação, em virtude da sua conversão em lei (art. 45).

## 2.17 PROPOSTA DE ALTERAÇÃO DO ART. 331<sup>25</sup> E CRIAÇÃO DO ART. 331-A DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO DE 1973

O art. 43 atribui nova redação ao art. 331 do Código de Processo Civil brasileiro de 1973, suprimindo-lhe a expressão “e versar a causa sobre direitos

---

<sup>24</sup> Há um erro formal no projeto no que se refere a este artigo, pois deveria ser parágrafo único, vez que só existe um parágrafo.

<sup>25</sup> Nova redação dada ao art. 331 do CPC e seus parágrafos, proposta pelo projeto de lei sobre

que admitam transação”, o que remete a audiência preliminar não só às demandas que versem sobre direitos disponíveis, mas, também, àquelas cujo objeto não admita disposição.

Em contrapartida da nova redação do art. 331, o art. 4º. do projeto de lei evidencia que a mediação será cabível em toda matéria que admita conciliação, reconciliação, transação ou acordo de outra ordem. Portanto, no caso da ação versar sobre direitos indisponíveis será marcada audiência preliminar, entretantes, nesta não se poderá empreender o processo de mediação, pelo menos quanto a renúncia do direito. O que não impede que o juiz tente conciliar as partes, ou que um mediador atue nesse sentido. Raciocina-se pelo presente fundamento, mesmo em se tratando de direitos indisponíveis as partes não irão transigir a respeito da renúncia do seu interesse legal, mas, sim, sendo este convertido, por exemplo, num *quantum* pecuniário, possivelmente poderá haver a transação a respeito da fixação final deste *quantum*, como também, do modo que será materializado, ou seja, cumprido. Sobre o meio, o montante e a forma de cumprimento da obrigação, pode-se entender aplicável a mediação até mesmo no âmbito dos direitos indisponíveis, por exemplo, nos de característica macrossocial, como é o caso do meio ambiente<sup>26</sup>.

Essa visão, acompanhada do desenvolvimento de uma cultura processual e social, baseada em mecanismos diferenciados, como as técnicas de mediação, chegam em uma boa hora para acabar com a limitada tentativa de conciliação

---

mediação no parecer de 2006: 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 a demanda e tentará a conciliação, mesmo tendo sido realizada a tentativa de mediação prévia ou incidental. § 2º A lei local poderá instituir juiz conciliador ou recrutar conciliadores para auxiliarem o juiz da causa na tentativa de solução amigável dos conflitos. § 3º Segundo as peculiaridades do caso, outras formas adequadas de solução do conflito poderão ser sugeridas pelo juiz, inclusive a arbitragem, na forma da lei, a mediação e a avaliação neutra de terceiro. § 4º A avaliação neutra de terceiro, a ser obtida no prazo a ser fixado pelo juiz, é sigilosa, inclusive para este, e não vinculante para as partes, sendo sua finalidade exclusiva a de orientá-las na tentativa de composição amigável do conflito. § 5º Obtido o acordo, será reduzido a termo e homologado pelo juiz. § 6º Se, por qualquer motivo, a conciliação não produzir resultados e não for adotado outro meio de solução do conflito, o juiz, na mesma audiência, fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário” (NR) (INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PROCESSUAL. *Propostas legislativas: Processo Civil*. Brasília - DF. Disponível em <<http://www.direitoprocessual.org.br/v2.htm>>. Acesso em: 16 jun. 2006).

<sup>26</sup> Cf. Revista de Processo, São Paulo, ano 27, n. 108, outubro-dezembro de 2002, p. 339-340 – “Ação Civil Pública objetivando a recomposição do meio ambiente. Degradação em função de construções irregulares. Questões econômicas, políticas e sociais que também devem ser levadas em consideração, com a conseqüente designação de audiência pública de conciliação. Autos 2001.72.08.000141-4 – Itajaí – SC – j. 23.11.2001 – rel. Juiz Federal substituto Zenildo Bodnar”.

das partes, feita por alguns magistrados apenas indagando se existe a possibilidade de acordo. Ademais, tornará a audiência preliminar, uma arma que muito contribuirá para a mitigação da crise do Judiciário, além de imprimir celeridade e economia ao provimento jurisdicional, o que implicará direta e proporcionalmente no acesso à justiça.

Nesse diapasão, os §§ 1º, 2º e 3º do art. 331 sofrerão profunda transformação; ademais, o art. 43 acrescenta ao citado preceito legal, mais três parágrafos.

No que concerne ao § 1º, por sua nova redação o juiz deve ouvir as partes sobre os motivos e fundamentos da demanda, e não, apenas perguntá-las se existe possibilidade de acordo. Ao revés, deverá direcionar grande esforço na tentativa de conciliação dos litigantes, mesmo que já tenha sido realizada uma tentativa anterior de mediação prévia ou incidental. Acontece que o magistrado em virtude da experiência que adquire no exercício do seu ofício jurídico, poderá abordar uma questão letal à controvérsia e que por um deslize do mediador não foi tratada na sessão de mediação, restando a mesma por negativa. O que se deve ter em mente é que resolvido o litígio na audiência preliminar toda marcha processual de anos estará materialmente extinta naquele momento, resta-se apenas sua formalização através da homologação do acordo por sentença.

Quanto ao § 2º, este traduz uma *mens legis* totalmente diferenciada do preceito legal vigente, quando afirma que a lei local, onde se pode entender, a organização judiciária local poderá instituir conciliador ou recrutar conciliadores no auxílio do juiz da causa para o escopo de tentar solucionar amigavelmente os litígios. Percebe-se a nítida correlação com o momento histórico atual, em que se busca diminuir a problemática do acesso à justiça através dos meios alternativos de solução de litígios, sejam eles endo ou extraprocessuais. Pelo atual § 2º, não se obtendo a conciliação o processo retoma sua marcha burocrática, após o juiz fixar os pontos controvertidos, decidir as questões processuais pendentes e determinar as provas a serem produzidas, marcando audiência de instrução e julgamento, se necessário.

O § 3º reforça ainda mais a aplicação dos meios alternativos de solução de conflitos em meio à jurisdição, uma vez ao apregoar que o juiz, tendo em vista as peculiaridades do caso, poderá sugerir às partes na audiência preliminar, outras formas de solução do conflito, como a arbitragem, a mediação e a avaliação neutra de terceiro. O precípuo objetivo desse dispositivo é, percebendo o magistrado, que o litígio poderá ser resolvido amigavelmente, a lei lhe confira todos os mecanismos, ou uma gama deles, capazes de auxiliarem na sua tarefa.

No que tange ao novel § 4º, seu fim único é tutelar a avaliação neutra de terceiro ou *Factfinding/Neutral Evaluation*, que pode ser entendida como o parecer

técnico, onde terceira pessoa imparcial auxilia as partes no litígio deduzido em juízo ou em negociação, disseminando a elas qual seria a tendência da resolução. É uma espécie de *Rent a Judge*.<sup>27</sup> Fulcra este parágrafo que a avaliação neutra de terceiro deverá ser obtida no prazo a ser fixado pelo juiz da causa, sendo sigilosa, inclusive para ele, e não possui força vinculante para as partes. Seu fim específico é orientar os conflitantes na tentativa de frutificar uma composição amigável. É sigilosa ao juiz no intuito de, continuando o processo seu trâmite normal, que seu julgamento não seja influenciado pela avaliação neutra de terceiro, que como acontece no juízo arbitral, em muitos casos são feitas por juízes aposentados.

O § 5º reafirma o atual § 1º do art. 331 da legislação processual brasileira, dispondo que obtido o acordo, será reduzido a termo e homologado pelo juiz, tornando-se coisa julgada material.

Por conseguinte, o § 6º, confirma o conteúdo do atual § 2º do dispositivo em tela, alterando a expressão “não for obtida a conciliação” para “a conciliação não produzir resultados” e acrescentando a expressão “e não for adotado outro meio de solução de conflito, o juiz na mesma audiência”. O que traduz a primazia na audiência preliminar da necessidade de um processo técnico baseado nos meios alternativos de solução de conflitos, assim como, a mediação.

De forma decisiva, o art. 44 propõe acrescentar à legislação processual brasileira o art. 331-A<sup>28</sup>, que deixa à faculdade do juiz ou tribunal, a qualquer tempo e grau de jurisdição, implementar a axiologia e técnica processual presente na nomenclatura do art. 331 e seus parágrafos, pressuposto que se entende disseminador da aplicação dos meios alternativos de solução dos conflitos em qualquer grau de jurisdição. A efetividade prática deste dispositivo em muito irá beneficiar a consecução da justiça.

### 3 O PROCESSO DE MEDIAÇÃO

#### 3.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

Traçadas as disposições básicas sobre as regras que envolvem o procedimento da mediação e dispostas no projeto de lei, anteriormente analisado,

---

<sup>27</sup> ALMEIDA, Tânia. *Século XXI: a mediação de conflitos e outros métodos não-adversariais de resolução de controvérsias*. Disponível em: <<http://www.mediare.com.br>>. Acesso em: 23 jun. 2006.

<sup>28</sup> Art. 331 – A: Em qualquer tempo e grau de jurisdição, poderá o juiz ou tribunal adotar, no que couber, as providências no artigo anterior. (INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PROCESSUAL. *Propostas legislativas: Processo Civil*. Brasília - DF. Disponível em: <<http://www.direitoprocessual.org.br/v2.htm>>. Acesso em: 16 jun. 2006).

é *mister*, tecer algumas considerações acerca do processo<sup>29</sup>, invólucro do procedimento da mediação.

Nesse sentido, HAYNES<sup>30</sup>, na obra *Fundamentos da mediação familiar* aborda o assunto com didática e praticidade, quando observa que a mediação caracteriza-se como um processo no qual um terceiro, denominado mediador, atua ante a um conflito a ele deduzido, auxiliando os sujeitos desse conflito a chegarem a uma composição amigável. Essa composição amigável é um dos precípuos objetivos do processo de mediação, uma vez que será a pedra de toque para a permanência e continuidade das boas relações entre as pessoas envolvidas na disputa<sup>31</sup>, característica própria dos meios de solução de conflitos que se revestem da qualidade não adversarial.

Portanto, pode-se conceber na mediação um método alternativo de solução de conflitos de interesses, não adversarial, em que as pessoas, com o auxílio do mediador, de per si chegam ao deslinde da disputa, portanto, um método autocompositivo, ao revés do que acontece no procedimento jurisdicional.<sup>32</sup>

Ressalta-se, ademais, que a mediação vislumbrada como método alternativo de solução de conflitos de interesses não tem o escopo de inviabilizar ou afastar a utilização do procedimento judicial<sup>33</sup>, mas sim, o de prover mais um meio de pacificação social hábil a atender as prerrogativas do momento histórico atual e cumprir a função de filtrar o acesso ao Poder Judiciário, contribuindo para amenizar a crise pela qual a jurisdição vem atravessando, além de prover maior acesso à justiça, economia, celeridade e efetividade à resolução de controvérsias. Tanto o é que o novel projeto de lei sobre a mediação, a prevê em duas *espécies*: a

---

<sup>29</sup> O termo processo está voltado ao significado de método, ou seja, o caminho que necessariamente deve-se percorrer para chegar a determinado fim, portanto, o caminho necessário para se realizar a mediação com o escopo de obtenção de um resultado prático positivo, ou seja, um acordo.

<sup>30</sup> John M. Haynes é *PhD*, médico psiquiatra, foi presidente fundador da *Academy of Family Mediators* e um dos sócios Fundadores do Fórum Mundial de Mediação. Foi ainda, diretor do projeto de Mediação para o Divórcio, da Associação de Serviços Familiares de *Nassau*, em Nova York, sendo atualmente consultor nos Tribunais dos Estados Unidos, Canadá e Inglaterra. (HAYNES, John M.; MARONDIN, Marilene. *Fundamentos da mediação familiar*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996, p. 9).

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 11.

<sup>32</sup> Nesse sentido ensina o professor Dr. Ivan Aparecido Ruiz: "Nem poderia ser diferente, pois, sendo o processo um método heterocompositivo, onde se verifica a presença de um terceiro, do Estado-juiz, a solução do conflito de interesses é imposta por este. Trata-se de um método adversarial. A solução, nesse caso, é dada por esse terceiro e, muitas vezes não é a melhor solução, apesar de estar assentada no ordenamento jurídico. É que nem sempre a solução proferida será justa e isenta de erro" (RUIZ, Ivan Aparecido. A mediação e o direito de família *Revista de arbitragem e mediação*, São Paulo, v. 6, jul./set. 2005, p. 75).

<sup>33</sup> RUIZ, Ivan Aparecido, op. cit., p. 75.

*prévia*, que prescinde de procedimento judicial e a *incidental*, que se verifica concomitantemente ao processo.

Não obstante, convém destacar a doutrina portuguesa, para a qual no processo de mediação não existiria litígio<sup>34</sup> entre os sujeitos, na medida em que o litígio deve ser entendido como um verdadeiro conflito de interesses protegidos pela lei, onde as posições das partes extremaram-se de tal forma que a pretensão de cada uma delas não é compatível com o que interessa para a outra. O litígio está eivado de contenciosidade cuja solução deve ser buscada através de uma decisão jurisdicional. Nessa visão, na mediação não se falaria em litígio, mas, sim, e tão somente, em diferendo, ou seja, um mero conflito de vontades, onde as duas partes querem a mesma coisa, mas, todavia, não chegam a um consenso de como fazê-lo, de como acertar a situação conflitual pela qual estão passando. Assim, procuram um terceiro para por fim à diferença. Os diferendos não são situações marcadas por contenciosidade e quando necessária a atuação de um terceiro no intuito de findá-la, essa intervenção, aceitabilidade<sup>35</sup>, de um terceiro estranho à disputa é normalmente procurada por ambas as partes, objetivando realizar os seus interesses em comum.<sup>36</sup>

Portanto, em apertada síntese o processo de mediação “é a condução das negociações de outras pessoas e o mediador é o administrador das negociações, é quem organiza a discussão das questões a serem resolvidas”<sup>37</sup>. Dessa forma, quanto maior a habilidade do mediador, quanto maior o seu conhecimento sobre o assunto levado à sua apreciação, em suma, quanto mais coerente for o processo de mediação, mais facilmente os sujeitos irão chegar a um consenso, acordo.<sup>38</sup>

Destarte, o processo de mediação tem sua aplicação voltada a um modo genérico, possível, portanto, em qualquer caso, e ainda, em modos singulares, com particularidades específicas do caso concreto em que a mesma se materializa.

---

<sup>34</sup> O mesmo entendimento compartilha Grunspun: “Mediação é o processo no qual uma terceira pessoa, neutra, o mediador, facilita a resolução de uma controvérsia ou disputa entre as partes. É um processo informal, sem litígio, que tem por objetivo ajudar as partes em controvérsia ou disputa a alcançar aceitação mútua e concordância voluntária”. (GRUNSPUN, Haim. *Mediação familiar: o mediador e a separação de casais com filhos*. São Paulo: LTr, 2000, p. 13).

<sup>35</sup> Segundo Moore a aceitabilidade é um dos aspectos da definição da mediação, “os disputantes devem estar dispostos a permitir que uma terceira parte entre na disputa e os ajude a chegar a uma definição. A aceitabilidade não significa necessariamente que os disputantes recebem muitíssimo bem o envolvimento do mediador e estejam dispostos a fazerem exatamente o que ele diz. Significa que as partes aprovam a presença do mediador e estão dispostas a ouvir e considerar seriamente suas sugestões”. (MOORE, Christopher W, op. cit., p. 28).

<sup>36</sup> REIS, João Luis Lopes do. Conf.: *Meios alternativos de resolução de litígios*. Lisboa: Agora Publicações, novembro de 2001, p. 19-20.

<sup>37</sup> HAYNES, John M.; MARONDIN, Marilene, op. cit., p. 11.

<sup>38</sup> HAYNES, John M.; MARONDIN, Marilene, op. cit., p. 11.

No presente estudo será abordado o processo global de mediação, que em uma primeira análise necessita da consecução de *nove estágios*<sup>39</sup>, quais sejam: *identificação do problema; método de resolução; escolha do mediador pelas partes; reunião de dados; definição do problema; desenvolvimento; redefinição de posicionamentos; a barganha; e o acordo*.<sup>40</sup>

### 3.2 IDENTIFICAÇÃO DO PROBLEMA

Nesse estágio é necessário que as partes concordem que existe uma disputa entre elas e que esta deve ser resolvida. Caso isso não aconteça, qualquer meio alternativo para a solução do conflito será ineficiente; resta-se, portanto, ante à resolução dessa questão, somente a movimentação do Poder Judiciário, onde um dos sujeitos força o outro a reconhecer a existência de um conflito, através do provimento jurisdicional competente.<sup>41</sup>

Enfocando a este estágio o exemplo da disputa de *la naranja*<sup>42</sup>, usualmente utilizado pela doutrina norteamericana para exemplificar a solução de conflitos através de métodos alternativos, a identificação do problema seria quando “dos hermanas pequeñas discuten por naranja, ambas la quieren y dice la

---

<sup>39</sup> Para MOORE o processo de mediação compreende doze estágios. No primeiro se estabelece o relacionamento com as partes disputantes; no segundo escolhe-se uma estratégia para orientar a mediação; no terceiro coleta-se e analisa as informações básicas; no quarto projeta-se um plano detalhado para a mediação; no quinto constrói-se a confiança e a cooperação; no sexto inicia-se a mediação; no sétimo define-se as questões e estabelece-se uma agenda; no oitavo revela-se os interesses ocultos das partes disputantes; no nono, gera-se opções para o acordo; no décimo, avalia-se as opções geradas; no décimo primeiro, faz-se a barganha final; e finalmente no décimo segundo, atinge-se o acordo formal. (MOORE. Christopher W, op. cit., p. 66-67).

<sup>40</sup> HAYNES, John M.; MARONDIN, Marilene, op. cit., p. 11-12.

<sup>41</sup> Ibid., p. 12.

<sup>42</sup> “Dos hermanas pequeñas discuten por naranja, ambas la quieren y dice la menor: “es para mi”, la outra dice: “no es mía”. La madre cansada pone fin a la disputa. Llama a las dos hijas y divide la naranja cuidadosamente en dos partes, exactamente iguales y las entrega. Satisfecha la madre vuelve a su tarea pensando haber solucionado con justicia el conflicto. Esta situación muestra la generalizada idea de que lo que significa una solución justa: un tercero neutral que reparta equitativamente aquello que esta en disputa. A primeira vista la solución parece acertada. Pero lá historia no termina aquí, porque la menor de las hermanas pela su mitad, tira la cáscara y come la pulpa: lá otra al contrario, tira la poupa y guarda la cáscara para sazonar su torta. Vemos que la solución, aunque fue equitativa, no fue un buen remedio. Se la madre hubiese indagado os reales intereses, en vez de la limitarse a cuestiones de procedimientos (cortar la fruta en exactas mitades) o de posiciones (la dos hermanas querían la única naranja porque tenían al mismo derecho) sin dudas hubiere llegado a una solución satisfactoria para ambas, pelaba ella la naranja y entregaba toda la pulpa a una y toda la cáscara a outra, por ejemplo. Es más, si las partes hubieren sabido negociar cooperativamente entre ellas, evitando el reparto, habrían llegado a un resultado más satisfactorio.” (YANERI, Alcira Ana. Mediación en el divorcio: alimentos y régimen de visitas Argentina: Juris, 1994, p. 1-2 In: RUIZ, Ivan Aparecido, op. cit., p. 79).

menor: es para mí, la otra dice: no es mía”<sup>43</sup>. Ai está nitidamente configurado a identificação do problema.

### 3.3 MÉTODO DE RESOLUÇÃO

Estando as partes acordadas sobre a existência da disputa e sua necessária resolução, basta decidirem sobre o método a ser utilizado.

Para o entendimento deste estágio é necessário diferenciar âmbito e abordagem, uma vez que a escolha de um âmbito relaciona-se diretamente com a abordagem. Assim, âmbito é o local de resolução e administração da disputa e pode ter variadas dimensões, ou seja, pública, privada, formal, informal, voluntária, coercitiva, etc. Já a abordagem é a forma como será resolvida a controvérsia, através da movimentação do Poder Judiciário, da mediação, da arbitragem, etc. É importante que as partes escolham tanto a abordagem quanto o âmbito que sistematicamente empreendidos possam lhe proporcionar de forma mais eficaz a satisfação dos seus interesses.<sup>44</sup>

Nesse plano, a utilização da mediação como método para compor soluções aos conflitos, denota vantagens que a insere em posição estratégica frente aos processos judiciais: dentre elas destaca-se que a mediação não é adversarial, ou seja, não se destrói a relação tida entre as partes, não há luta jurídica; a mediação é privativa, não vige sobre ela o princípio da publicidade do processo judicial, portanto, para as disputas interpessoais é um método preferencial; a mediação é mais econômica, pois envolve apenas um profissional, quando muito, acompanhado pelo auxílio de outro, figurando como co-medaiador; ademais, a mediação é mais célere, uma vez que as partes resolvem sua disputa frente a frente, atuando diretamente uma com a outra, não se fazendo representar através da capacidade postulatória do advogado.<sup>45</sup>

No caso da disputa de *la naranja*<sup>46</sup> se as irmãs tentassem por si negociar pela única laranja existente, invocando a ajuda da mãe como terceiro, mediador, teriam descoberto que suas pretensões centravam-se sobre o mesmo objeto, ou seja, a laranja, mas, contudo, em partes diferentes e não conflitantes; uma queria a poupa e outra a casca, se dessa forma tivessem agido, teriam optado pelo método da mediação e com toda certeza por um resultado melhor do que o obtido.

---

<sup>43</sup> Ibid., p. 79.

<sup>44</sup> MOORE, Christopher W, op. cit., p.94.

<sup>45</sup> HAYNES, John M.; MARONDIN, Marilene, op. cit., p. 12-13.

<sup>46</sup> Ver nota de rodapé n. 43.

### 3.4 A ESCOLHA DO MEDIADOR PELAS PARTES

O mediador deve ser escolhido com fulcro em seu conhecimento técnico ou experiência prática sobre o objeto da mediação; na sua reputação social, devendo ser pessoa de conduta ilibada; na sua capacidade interlocutiva; no seu conhecimento em psicologia, além disso, deve gozar da confiança das partes ou mesmo conquistá-la.

No caso do exemplo da disputa de *la naranja*<sup>47</sup>, a mãe, caso tivesse atuado como mediadora entre as filhas, seria um mediador ideal, visto que poderia facilmente intervir entre elas e auxiliá-las a descobrirem o que era melhor para cada uma delas. Era dotada de conhecimento e experiência prática sobre o assunto, além disso, gozava da confiabilidade entre as partes. Com tal colocação, não se pretende afirmar que os mediadores devem ter uma relação de parentesco com as partes, ou qualquer grau de afinidade ou conhecimento, pelo contrário, isso inviabilizaria a própria mediação, seria caso de impedimento ou suspeição. O que se quer demonstrar com o caso das laranjas é que um mediador bem escolhido, que detém conhecimento sobre o assunto, confiável, de boa conduta, com experiência prática e técnica, com boa argumentação e psicologia no trato interpessoal, irá, sem sombra de dúvidas, trazer melhores resultados à mediação.

### 3.5 REUNIÃO DE DADOS

Nessa fase, segundo ensina HAYNES, o mediador deverá iniciar com a coleta de dados que possam demonstrar a natureza da disputa; que evidenciem o ponto de vista dos conflitantes; e ainda, qualquer outra informação que possa ser considerada de relevância para a resolução do conflito.<sup>48</sup>

A coleta de dados é ponto fundamental para que o mediador e as partes conflitantes identifiquem as seções principais da disputa<sup>49</sup>.

*Mister* se faz, que os dados coletados sejam disseminados às partes, para o intuito da mediação transcorrer com imparcialidade e porque qualquer informação não conhecida por uma delas, pode ser a pedra de toque para um acordo.

Cientificadas as partes das informações colhidas com seu adverso, das informações concluídas e trazidas pelo mediador, as idéias se clarificam e uma negociação sobre o objeto da disputa se tornará cada vez mais próxima.

---

<sup>47</sup> Ver nota de rodapé n. 43.

<sup>48</sup> HAYNES, John M.; MARONDIN, Marilene, op. cit., p. 13.

<sup>49</sup> MOORE. Christopher W, op. cit., p.107.

Ademais, a reunião de dados proporciona aos mediados saberem realmente qual a intenção, o que se passa no entendimento do seu adverso e assim, deixarem de fazer juízos fundados em uma cognição de probabilidade, passando a entender as necessidades do outro e pesando se realmente tais necessidades seriam conflitantes com os seus interesses. Uma boa coleta de dados é imprescindível para uma mediação positiva.<sup>50</sup>

### 3.6 DEFINIÇÃO DO PROBLEMA

Definir o problema é utilizar todas as informações obtidas e compartilhadas pelas partes na sessão de mediação, traçando especificamente quais são ou qual é o fato controvertido existente entre elas. Por muitas vezes a identificação do problema irá se confundir com a sua definição, todavia esta última tem um caráter mais aprofundado, vai mais além da simples afirmação de que existe um problema, uma disputa entre as partes.

A definição do problema deve ser feita pelas partes com o auxílio do mediador, de forma a não permitir que transcorra unilateralmente, o que enseja vantagem à parte que o definiu. Portanto, deve ser uma definição mútua, sem beneficiar uma parte em detrimento da outra<sup>51</sup>.

### 3.7 O DESENVOLVIMENTO

Após as partes conflitantes chegarem a um consenso sobre a definição do problema, o mediador deverá passar à fase do desenvolvimento, onde precipuamente irá auxiliar os mediados a produzirem opções para resolver a disputa. Muitas vezes a disputa ocorre simplesmente porque os conflitantes não vislumbram opções para resolvê-la<sup>52</sup>.

Da mesma forma que a definição do problema, as diversas opções para resolvê-lo, também deverão ser mútuas, atuando o mediador de forma a organizá-las em nível de viabilidade, provocando uma *brainstorming*<sup>53</sup>.

---

<sup>50</sup> Sobre o assunto escreve Haynes que: "Compartilhar informação é parte do equilíbrio do poder, já que conhecimento é poder, e quando mediador usa o processo de mediação para assegurar a revelação de toda a informação, ele: Dá mais poder aos participantes que tinham menos conhecimento. Garante que todos os participantes usem as mesmas informações para definir o problema. Melhora a capacidade de cada participante para fazer opções que lhe sejam mais benéficas". (HAYNES, John M; MARONDIN, Marilene, op. cit., p.13-14).

<sup>51</sup> Ibid., p. 14

<sup>52</sup> HAYNES, John M; MARONDIN, Marilene, op. cit., p. 14.

<sup>53</sup> HAYNES utiliza o termo *brainstorming* no sentido de tempestade de idéias, cuja função é gerar

Quando a *brainstorming* não desencadeia a formação de um conjunto usual de idéias formadas com base no caso em questão, o mediador poderá sugerir a utilização de idéias advindas de casos similares, aderindo-as à lista, estando esta completa, passa-se ao estágio seguinte<sup>54</sup>.

### 3.8 REDEFINIÇÃO DE POSICIONAMENTOS

Nesse estágio as partes irão destacar as opções que lhes são mais importantes. Para isso, é necessário que elas entendam a diferenciação entre as posições definidas e os seus reais interesses, que formarão a base das negociações que estão por vir. Somente quando as diversas posições forem convertidas em interesses, os mediados estarão prontos para vislumbrarem as soluções mais proveitosas<sup>55</sup>.

Feito isso, passa-se à fase da barganha, uma vez que as posições destacadas influem diferentemente em cada uma das partes, ou seja, uma posição pode ser mais benéfica para uma, em detrimento da outra e vice-versa.<sup>56</sup>

### 3.9 A BARGANHA

Esta fase compreende em tornar as posições escolhidas pelas partes, aceitáveis a cada uma delas, isoladamente; para tanto, é *mister* uma transação, concessões mútuas entre os mediados, que será dirigida e orientada pelo mediador.

Na barganha utiliza-se do resultado de todos os estágios antecedentes, uma vez que só poderá existir, se imperativamente as partes estiverem cientes de todos os dados sobre o objeto da disputa; se tiverem um problema especificamente e mutuamente definido; após a realização de uma *brainstorming*<sup>57</sup>, e, tendo em mãos, as principais opções para barganhar.<sup>58</sup>

---

novas idéias entre os mediados no intuito de conseguir o deslinde da disputa. Existem regras para a efetivação da *brainstorming*, quais sejam: todas as idéias devem ser compartilhadas; todas as idéias, independente da sua viabilidade deverão ser adicionadas em uma lista; nenhuma idéia poderá de início ser repudiada, criticada ou argumentada pela parte adversa. Após fazer uma lista de todas as idéias as partes passam a analisá-las, descartando as improváveis e as impossíveis, passando num próximo estágio a explorar cada uma delas. (Ibid., p.15). Pretende-se, necessariamente, um processo de criação de possíveis idéias para a resolução da disputa, sem a valoração exauriente e imediata de sua capacidade de produzir efeitos, atem-se apenas em descartar as impossíveis e improváveis, para num próximo passo passar à análise das idéias restantes.

<sup>54</sup> Ibid., p. 15.

<sup>55</sup> Ibid., p. 15.

<sup>56</sup> Ibid., p. 15.

<sup>57</sup> Ver nota de rodapé n. 54.

<sup>58</sup> HAYNES, John M.; MARONDIN, Marilene, op. cit., p. 16.

### 3.10 O ACORDO

Após, pensadas, redefinidas e estruturadas todas as considerações realizadas durante o processo de mediação, as partes enfim chegam a um consenso, através da efetivação do acordo, que nada mais é do que a materialização das negociações realizadas.

O acordo é redigido pelo mediador em linguagem clara, prática, objetivando o detalhamento de todos os fatos, da definição do problema, das opções escolhidas e o motivo da escolha, assim como, todas as concessões e condições que culminaram na extinção da disputa, sendo que uma cópia deve ser entregue a cada parte.<sup>59</sup>

Destaca-se que, caso necessário, o acordo poderá ser levado a juízo para sua homologação, aderindo-se a ele a imutabilidade da coisa julgada material. Mas no caso de a lei atribuir a esse acordo a eficácia de título executivo extrajudicial, não seria necessária a homologação judicial, ainda que houvesse interesse na sua imutabilidade. Nesse caso, mesmo havendo a homologação, essa sentença não poderia ser desconstituída com base no art. 486 do CPC/73.

## 4 PARALELO ENTRE ARBITRAGEM, CONCILIAÇÃO, TRANSAÇÃO E A MEDIAÇÃO

### 4.1 MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM

Enquanto na mediação as partes buscam por meio de uma terceira pessoa denominada mediador, a composição de um acordo para o conflito que se instaurou entre elas; enquanto na arbitragem se tem um método não adversarial, autocompositivo de solução de conflitos, podendo-se afirmar que não existiria litígio no sentido específico da palavra; na arbitragem as partes convencionam mediante cláusula compromissória ou compromisso arbitral, que irão discutir livremente o litígio na presença de um terceiro, particular, contratado ou indicado, denominado árbitro, que julgará a controvérsia e ao final proferirá decisão vinculativa; portanto, vislumbra-se a existência de um litígio propriamente dito inserido num método heterocompositivo e adversarial.<sup>60</sup>

---

<sup>59</sup> *Ibid.*, p.16.

<sup>60</sup> OLIVEIRA, Regis Fernandes de, op. cit., p. 90.

## 4.2 MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO

Cotejar a mediação com a conciliação não implica em diferenciações abrasivas, mas sim, em diferenciá-las no âmbito em que se tenta a pacificação e quanto à característica especial da terceira pessoa que atua entre os conflitantes.

O âmbito da conciliação na realidade processual brasileira é jurisdicional e na justiça do trabalho junto às Câmaras de Conciliação Prévia, que agem sob o controle do Estado. A pessoa que dirige o procedimento é sempre o juiz, seja leigo ou togado. Outrossim, o conciliador após analisar o caso levado à sua apreciação, propõe uma solução às partes, que irão aceitá-la ou não.

Já a mediação é realizada no âmbito extraprocessual, por terceiro particular, sem qualquer controle jurisdicional, pelo menos enquanto não seja transformado em lei o projeto sobre mediação, momento em que a realidade será outra. Além disso, o mediador nada propõe, apenas auxilia as partes a chegarem a um consenso.

Ademais, ambas as modalidades de solução de conflitos objetivam um resultado prático positivo, ou seja, findar a disputa com um acordo, sendo que ao final, são as partes que decidem à prevalência ou não dessa possibilidade.

## 4.3 MEDIAÇÃO E TRANSAÇÃO

Na transação, tal qual a mediação, as partes entendendo haver uma disputa entre elas, objetivam compor um acordo, que em caso positivo será efetivado através de concessões recíprocas. Entrementes, de forma diversa da mediação, no procedimento da transação não existe a influência ou atuação de uma terceira pessoa.

Sob o prisma do direito brasileiro a transação poderá ser judicial ou extrajudicial. Quando judicial será reduzida a termo nos autos do processo e homologada pelo juiz. Na sua modalidade extrajudicial, poderá ser realizada por instrumento público ou particular, conforme a natureza do ato. Assim, concebe-se mais uma diferença com a mediação, que só subsiste extraprocessualmente.

Outra similitude entre os institutos é que tanto a mediação, quanto a transação, não podem versar sob direitos de natureza indisponível. Todavia, isso não é regra absoluta, como, por exemplo, a mediação que acontece no âmbito do Direito de Família e nas ações que versem sobre o estado da pessoa.

Por derradeiro, pode-se entender a mediação como o continente, onde a transação é um dos seus conteúdos, com a precípua diferença de que ocorre com a interferência de uma terceira pessoa.

## 5 CONCLUSÃO

O projeto de lei sobre mediação confirma a visão social democrática de que o acesso à justiça não pode ser limitado à movimentação formalista do Judiciário. A garantia legal disposta na Constituição Federal de 1988, onde se incumbe à via judiciária a defesa de todo e qualquer direito não mais satisfaz aos anseios da dinâmica social. Novos mecanismos para os cidadãos realizarem seus interesses legais devem ser disponibilizados, sejam estes, judiciais ou extrajudiciais.

O tema em análise denota uma mudança de paradigma provocada pela crescente necessidade de se obter respostas efetivas à solução dos litígios e pela sobrecarga que tal fato provocou no Poder Judiciário.

Nesse plano, a aplicação paraprocessual de meios alternativos de solução de conflitos, como no caso a mediação, atuará em benefício do processo trazendo-lhe celeridade, na medida em que, havendo acordo na sessão de mediação, a marcha processual estará dada por encerrada; além de direcionar a jurisdição, apenas os casos estritamente necessários.

Quanto ao procedimento da mediação, infere-se que o projeto de lei a institucionaliza em duas espécies diferenciadas; como *meio alternativo de solução de litígios* concomitante ao processo (*mediação incidental*) e como *meio extraprocessual* (*mediação prévia*). Tais modalidades de mediação serão cabíveis apenas no âmbito cível, e, no caso da incidental, com prazo de noventa dias para conclusão do requerimento, podendo versar sobre toda a demanda ou parte dela. Ambas as espécies poderão ser dirigidas por mediadores judiciais ou extrajudiciais. É oportuna a menção de que a mediação prévia será sempre facultativa e a judicial obrigatória, com exceção dos casos dispostos no rol do art. 34, incs. I a IX.

No que concerne aos mediadores, sua disciplina jurídica exige que sejam técnicos, formados em curso promovido pela OAB em parceria com os Tribunais de Justiça e, com as pessoas jurídicas especializadas no assunto. Deverão ser, ainda, inscritos no Registro de Mediadores, que ficará sob a coordenação do Tribunal de Justiça de cada Estado da Federação. Estes também serão competentes para a fiscalização da atividade dos mediadores extrajudiciais, juntamente com a OAB e o juiz da causa, no caso dos mediadores judiciais, para os quais se exige, além de ilibada conduta, ser profissional da advocacia com pelo menos três anos de atividade jurídica. Todos estes fatores imprimem segurança e técnica à sessão de mediação, caracterizando-a como mecanismo de grande valia para a composição e extinção dos litígios.

Destaca-se, com veemência, a figura do co-mediador, pessoa cujo conhecimento singular, ou devido à natureza do assunto tratado no processo de mediação, se vê imprescindível para o seu transcurso. Assim, nas causas que versarem sobre o estado da pessoa ou Direito de Família, a presença de um co-mediador será obrigatória.

De outro plano, tanto sobre a pessoa do mediador como do co-mediador recaem as causas de impedimento e suspeição, cujo rol e aplicação se remetem ao procedimento exposto no Código de Processo Civil. Isso assegura às partes que a mediação será conduzida com imparcialidade, característica própria dos órgãos jurisdicionais. Nesse mesmo sentido, advém a restrição funcional, norma de cunho ético, aplicada ao mediador advogado, que pelo período de dois anos fica impedido de prestar serviços profissionais à qualquer das partes, em matéria correlata à mediação que presidiu.

Outrossim, tanto o mediador, quando o co-mediador estarão sujeitos à processo administrativo e penalização, caso pratiquem durante a sessão de mediação qualquer conduta inadequada, podendo o mediador ser excluído do registro de mediadores, caso em que, não mais poderá voltar a exercer este ofício, e o co-mediador impedido de atuar pelo prazo de dois anos. É imperioso ressaltar que tais condutas também poderão ser verificadas fora da sessão de mediação, ou seja, toda vez que o perfeito transcurso da procedimento da mediação seja comprometido por uma atitude do mediador ou do co-mediador, poderá ser qualificada como inadequada. Concebe-se, nestas disposições, mais um mecanismo que provê segurança jurídica ao instituto da mediação.

O projeto de lei sobre a mediação ainda incorpora em seu texto uma proposta de alteração ao art. 331 e a criação do art. 331-A do Código de Processo Civil brasileiro de 1973, responsável por atribuir um caráter diferenciado à audiência preliminar. Diante dessa novel visão, esta deixa de ser uma mera tentativa de conciliação das partes, para caracterizar-se como um meio técnico-processual imbuído na prerrogativa de efetivamente pacificar os litigantes.

Ao lado do procedimento da mediação, não se pode esquecer das técnicas e dos estágios necessários para que esta transcorra culminando num resultado prático positivo, portanto, é indispensável um processo de mediação bem conduzido e seguido conforme às especificidades do caso.

É oportuno salientar, também, a existência de um *procedimento genérico*, com estágios aplicáveis a qualquer caso posto sob mediação, e, um *procedimento específico*, no qual se juntam os estágios gerais com as vicissitudes do caso em análise. Todavia, é da essência da mediação a

informalidade, o que enseja a conclusão de que este não seria um princípio que deve nortear a mediação.

Por derradeiro, entende-se que o novo preceito normativo, cuja função é institucionalizar a mediação como meio paraprofissional de solução de litígios, valoriza ainda mais o instituto da mediação, quer, quanto ao seu procedimento, ou sob o prisma do processo na qual se encerra. Assim, como “todo conhecimento é socialmente produzido”<sup>61</sup>, o sucesso das modificações propostas no cenário processual brasileiro vai depender de como a sociedade irá recebê-las e do empenho que os operadores do direito terão ante à sua aplicação, pois potencial não lhe falta para dar certo.

---

<sup>61</sup> MOORE. Christopher W, op. cit., p. 08