

OS EFEITOS COLATERAIS DA CRESCENTE TENDÊNCIA À JUDICIALIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO

Humberto Dalla Bernardina de Pinho

Professor Associado da UERJ. Promotor de Justiça no Rio de Janeiro

Michele Pedrosa Paumgarten

Mestre em Direito (UNESA). Advogada no Rio de Janeiro.

Sumário: 1. Considerações Iniciais; 2. A difusão da institucionalização da mediação; 3. O caminho da obrigatoriedade. Um fraco remédio à crise do acesso à justiça; 4. O cenário atual da mediação na Europa, Brasil e EUA; 4.1. A palavra de ordem da Diretiva Europeia: encorajar. 4.1.1. O direito francês; 4.1.2. O direito espanhol; 4.1.3. O direito inglês; 4.1.4. O direito alemão; 4.2. A palavra de ordem do Decreto Legislativo Italiano nº 28: obrigar; 4.3. A mediação no Projeto do novo Código de Processo Civil Brasileiro; 4.4. Mediação obrigatória e a crise hipotecária norte-americana; 5. Considerações finais.

Resumo: Há algum tempo, Europa, Brasil e Estados Unidos vem sofrendo com a ineficiência sistêmica de seus Tribunais, impactando significativamente a garantia do acesso à justiça de seus cidadãos, tornando a resolução alternativa de conflitos uma presença constante tanto em sistemas de jurisdição civil law quanto common law. Como resultado, a institucionalização das ADRs, vem se traduzindo numa rotineira presença em códigos de processo civil e sua prática é avocada pelos tribunais. Contudo, tanto a institucionalização quanto a obrigatoriedade de participação em programas de mediação antes ou após iniciada a demanda, são excepcionalidades que precisam ser adotadas com cautela. A experiência da União Européia com a sua Diretiva, a Brasileira com a inserção da mediação no projeto do novo Código de Processo Civil e o uso da mediação para solucionar os conflitos advindos da grave crise hipotecária norte americana serão analisadas neste artigo, com o intento de demonstrar que o progresso e a difusão das

ADRs não requer necessariamente o rompimento com os seus fundamentos basilares, e particularmente quanto à mediação, a perda da sua identidade, para que sejam inseridas no contexto do acesso à justiça.

Palavras-chave: mediação, identidade, obrigatoriedade, institucionalização.

1. Considerações Iniciais

Nos últimos anos vem se intensificando a busca por formas alternativas de resolução de conflitos, seja para alijar a jurisdição da excessiva carga que lhe é imposta, seja para conferir melhor tratamento a assuntos que estariam além do seu alcance. Métodos revelados através da negociação, mediação, arbitragem e suas variantes, são considerados uma *alternativa*¹ por serem mais baratos, mais consensuais e assim por diante.

Amplamente popularizada fora dos Tribunais norte-americanos, a mediação tornou-se alvo de um movimento para sua institucionalização² no sistema judicial, o que vem preocupando estudiosos que temem por sua possível imobilização, já que é conhecida pela procura voluntária, desenvolvimento espontâneo e extrajudicialidade.

O crescimento da mediação em um contexto institucional pode certamente expor e criar maior interesse no processo, mas não é o mecanismo ideal para difundir a prática mediativa. Assim como, torná-la um procedimento obrigatório, seja pré-processual ou incidental, não atende aos interesses das partes, sendo conveniente apenas para a redução da carga de trabalho dos tribunais.

¹ “The use of these processes has become so increasingly pervasive that the ‘alternative’ of ADR is increasingly being dropped in favor of such terms as ‘complementary’, ‘additional’, ‘appropriate’, or simply ‘dispute resolution’. In addition, points out that “Interestingly, some of mediator’s greatest supporters are not in favor of dropping the ‘alternative’ from the description of ADR because they fear that by doing so, the process will become just like more traditional methods of dispute resolution – expensive, time-consuming, and not necessarily just.” PRESS, Sharon. Institutionalization: Savior or Saboteur of Mediation? *Florida State University Law Review*. vol. 24, 1997, p. 903.

² “Mediation was institutionalized in courts over the last twenty-five years, in part to provide access to justice that was otherwise unavailable in the civil justice system. Some scholars question whether this institutionalization offers anything that looks like justice.” Also: “Though Pound offered several causes for this decline what we know today as “institutionalization” in the court system was the primary suspect. The very thing that made equity a system must, in the end, prove fatal to it. In the very act of becoming a system, it becomes legalized, and in becoming merely a competing system of law insures its ultimate downfall.” NOLAN-HALEY, Jacqueline M. The Merger of Law and Mediation: Lessons from Equity Jurisprudence and Roscoe Pound. *Cardozo Journal of Dispute Resolution*, vol. 6, 2004, p. 57.

Este trabalho irá analisar a institucionalização generalizada da mediação na União Européia, Brasil e Estados Unidos, e através de uma reflexão crítica, avaliar a lógica paradoxal na obrigatoriedade de sua prática por estes sistemas jurídicos. Nossa preocupação maior é focar a incorporação da mediação pelo sistema judicial e os efeitos colaterais que podem advir daí.

2. A difusão da institucionalização da mediação

O crescimento da mediação é bastante influenciado pelo contexto do local aonde ela se desenvolve. Nos sistemas common law, como Estados Unidos, Austrália, Canadá e Inglaterra, a mediação e outras formas de ADR vem crescendo mais rapidamente do que em sistemas civil law, como no Brasil, Alemanha, Itália.³

Vista muitas vezes como uma justiça de segunda classe⁴, a mediação não é um processo novo, mas ainda incipiente na arena legal. Vantagens da mediação são laboriosamente propagadas principalmente entre aqueles que a consideram um útil instrumento para atenuar a gravidade do problema do acesso à justiça, pois confere às partes maior controle sobre a resolução do conflito, afastando o risco e a incerteza de uma decisão judicial proferida por um juiz selecionado aleatoriamente para resolvê-lo, e além disso, há a oportunidade de se obter soluções criativas, com maior adequação e amplitude, abordando questões subjacentes ao conflito⁵ e não apenas a estreita questão que se submete ao Judiciário.

Por isso a solução mediada é ainda mais valiosa e significativa em disputas aonde a relação entre as partes é de longa duração e permanente. A confidencialidade é outro fator importante, principalmente quando estamos diante de questões mais sensíveis; e como não se busca com a mediação o fim da jurisdição, em último caso,

³ Cf.: ALEXANDER, Nadja. *Global Trends in Mediation*. New York: Kluwer Law International, 2006.

⁴ OWEN, Fiss. *Alternative Dispute Resolutions Debated: Second-Hand Justice? The Connecticut Law Tribune*. March 17, 1986.

⁵ Às disputas que envolvem uma interseção complexa de relacionamentos, Lon Fuller chamou de policêntricas: “*Wherever successful human association depends upon spontaneous and informal collaboration, shifting its forms with the task at hand, there adjudication is out of place except as it may declare certain ground rules applicable to a wide variety of activities.*” E a adjudicação “cannot encompass and take into account the complex repercussions” que resultam da solução de uma disputa policêntrica. O mais importante no âmbito desses litígios “it is simply impossible to afford each affected party a meaningful participation through proofs and arguments” FULLER, Lon. *Mediation. Its Forms and Functions*, CAL. L. REV. vol. 305, 1971.

falhando o processo de mediação, as partes não estariam impedidas de levar a um juiz o caso que ainda se encontra em litígio para que seja julgado⁶.

Mediar não significa o mesmo para todos. Centralizando o conceito de mediação na figura do terceiro, fala-se muito do seu importante papel facilitador do acordo, enquanto especialista na matéria em litígio, ou ainda, na tarefa que esse terceiro imparcial tem para instigar as partes à uma avaliação de suas respectivas posições com mais precisão diante de um conflito, a fim de chegarem a uma solução por si próprios.

Enfim, numa definição simples e direta, a mediação é o procedimento por meio do qual os litigantes buscam o auxílio de um terceiro imparcial que irá contribuir na busca pela solução do conflito. Esse terceiro não tem a missão de decidir (e nem a ele foi dada autorização para tanto)⁷. Ele apenas auxilia as partes na obtenção da solução consensual.

Na maioria dos casos, a mediação denotará certamente uma combinação desses atributos.⁸ Chiara Besso⁹, uma das grandes estudiosas do tema no direito italiano assim descreve a mediação: "è il procedimento nel quale un terzo, il mediatore, facilita la comunicazione e la negoziazione tra le parti in conflitto, assistendole nel raggiungere un accordo, da loro volontariamente scelto"; Helena Muñoz¹⁰, comentando o ordenamento espanhol, traz noção semelhante:

⁶ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A procedural Reading of human rights: the fundamental right to proper protection and the optin for mediationas a legitimate route for the resolution of conflicts. Revista Juridica Universidad Interamericana de Puerto Rico, vol. XLIV, n° 3, agosto-mayo, 2009-2010, p. 545/560.

⁷ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Mediação: a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos, in: Acesso à Justiça: efetividade do processo (org. Geraldo Prado). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 108.

⁸ Devemos estar sempre atentos para o fato de que a mediação só terá sucesso quando a opção pela mediação as partes a desejarem em conjunto com condições favoráveis ao processo mediativo, como bem ressalta Warren Winkler: "*in certain cases the parties simply want a judicial determination of their rights, win or lose, not a mediated resolution. In that event, they are entitled to a trial and ought not to feel pressured in a settlement meeting to accept a compromise they are not interested in. ADR is not meant to subvert the conventional litigation process. Parties are entitled to have their rights decided in a court with appropriate procedural safeguards*". WINKLER, K. Warren. Accès à la Justice: la mediation judiciaire. Canadian Arbitration and Mediation Journal. n. 16, p. 9-12. 2007.

⁹ BESSO, Chiara. La Mediazione Italiana: Definizioni e Tipologie. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. vol. VI, jul-dez. 2010, p. 33.

¹⁰ "La mediación es un procedimiento a través del cual un tercero imparcial ayuda a las partes en conflicto a llegar a un acuerdo. La esencia de la mediación que refleja esta definición es la autonomía de la voluntad de las partes: son las partes las que llegan a un acuerdo, libremente, y auxiliadas por un tercero, que, consecuentemente, ha de ser imparcial. Por otra parte, esta perspectiva de la mediación se encuentra vinculada al conflicto que es objeto o puede ser objeto de un proceso". MUÑOZ, Helena S.. La mediación: método de resolución alternativa de conflictos en el proceso español. *Revista Eletrônica de Direito Processual Civil*. vol. III, p. 66-88, jan-jun. 2009.

Entretanto, a qualidade central da mediação é na verdade, o aspecto relacional que Lon Fuller¹¹ já havia mencionado em artigo publicado há mais de trinta anos.

É caminhar ao desmanche¹² do conflito, através de numa prática discursiva, do diálogo e não da força coercitiva, segundo a ideia reguladora da possibilidade do consenso¹³, cuja legitimidade do resultado encontra suas bases no próprio processo comunicativo que lhe originou.

A ideia de Luis Alberto Warat¹⁴, para quem o objetivo da mediação não seria o acordo, mas a mudança das pessoas e seus sentimentos parece coadunar com o conceito tradicional de Lon Fuller.

Somente desta forma seria possível transformar e redimensionar os efeitos da conflituosidade, acompanhando a premissa segundo a qual os conflitos nunca desaparecem por completo; apenas se transformam e necessitam de gerenciamento e monitoramento a fim de que sejam mantidos sob controle.

No entanto, a mediação tem percorrido um caminho desafiador tanto em sistemas de common law quanto de civil law¹⁵.

O crescimento vertiginoso que se nota nos sistemas de common law, como no Canadá, Inglaterra, Reino Unido e Estados Unidos desde a década de 70¹⁶, contrasta com a relutância dos países integrantes do sistema da civil law em aceitar a prática da

¹¹ “the mediation has the capacity to reorient the parties towards each other, not by imposing rules on them, but by helping them to achieve a new and shared perception of their relationship, a perception that will redirect their attitudes and dispositions toward one another.” FULLER, Lon. *op.cit.*

¹² Cf.: RESTA, Eligio. *Il Diritto Fraternalo*. Roma: Laterza, 2010.

¹³ OST, François. *Conta a Lei. As fontes do imaginário jurídico*. Rio Grande do Sul: Unisinos, 2004, p. 151.

¹⁴ WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*, v. 1. Florianópolis: Habitus, 2001, p. 31.

¹⁵ A dicotomia civil – common law sempre inspirou um debate entre a escola histórica alemã e a sua teoria da codificação num contraponto ao direito judiciário do utilitarista inglês. Cf: BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 2006.

¹⁶ Desde meados de 1970 “houve um movimento de delegatização e desregulação, em reação ao formalismo legal no âmbito institucional e da cultura jurídica como um todo (*hard law vs. soft law*), o que garantiu incentivos à expansão da mediação comunitária - investimentos do governo federal nos *Neighborhood Justice Centers*, fora do Judiciário, que forneciam serviços de mediação gratuitos ou a baixo custo para o público, buscando o empoderamento das partes e o fortalecimento do acesso à justiça. Muitos dos atuais programas de mediação começaram informalmente como centros de mediação comunitária (como nos Estados da Flórida e de Nova Iorque), atuando os mediadores na comunidade, e apenas posteriormente foram institucionalizados com a sua migração ao ambiente judicial, havendo então uma preocupação maior com a legalização e regulação estatal dos meios alternativos de solução de conflitos no âmbito do Judiciário, em busca de uniformização e incentivos aos programas.” GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação & Judiciário: condições necessárias para a institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos*. 2011. Tese doutorado em Direito – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

mediação como um meio para resolver conflitos¹⁷. Independentemente das diferenças nos estágios de desenvolvimento da mediação, tanto nos países que adotam o sistema common law quanto naqueles em que se adota o sistema civil law, as preocupações convergem a um ponto comum: a utilização da mediação como a solução para os problemas enfrentados pela administração pública, especialmente pelos Tribunais, respaldando o intento de acesso à justiça.

O que se observa é que além da difusão da normatização de procedimentos de ADRs, os programas de mediação vem sendo sobejamente incorporados aos Tribunais¹⁸, notadamente em assuntos ou locais aonde a mediação não é amplamente utilizada. Contudo, qual é o impacto da institucionalização generalizada da mediação e da sua incorporação¹⁹ pelos Tribunais? Como evitar que a mediação se torne tão interligada com a adjudicação? O controle estatal dos programas de mediação trazidos para o âmbito jurisdicional sob o argumento de apresentação e expansão do uso deste método de ADR subsistirá por quanto tempo? É temporário? Como será então, o processo de restituição da mediação ao contexto extrajudicial?

A expressiva divergência entre a teoria da mediação e estas práticas é o maior desafio a ser enfrentado pelo futuro em termos de qualidade da mediação. E para enfrentá-lo, é imprescindível resgatar a racionalidade por trás do fundamento da mediação exposto no conceito de Lon Fuller.

Assim como, atingir essa qualidade, não significa ancorar o processo de mediação na submissão das partes à regras de procedimentos, mas justamente o

¹⁷ “It is useful to point out that not all common and civil law jurisdictions confirm these systemic patterns. The cases of the Netherlands and South Africa provide exceptions. The Netherlands, although stemming from a civil law tradition, has historically taken a proactive approach to legal reform, borrowing from both civil law and common law jurisdictions. Compared with most other civil law jurisdictions, the Netherlands has a well-established system of pre-trial conflict handling mechanisms. As a result, mediation developments in the Netherlands have been able to slide into the existing pre-trial structures and mediation has enjoyed success earlier in the Netherlands compared with other civil law countries. South African lawyers essentially apply a common law process to laws drawn from the civil codes of European jurisdictions. The system is a kind of uncodified civil law, which coexists with traditional community dispute management such as the makgotla. While the legal profession in South Africa has been hesitant to embrace the mediation of civil legal disputes going before the courts, the fall of the apartheid system has opened the entire spectrum of human rights, discrimination, constitutional, environmental and intergovernmental issues to ADR and put mediation very clearly on the South African map.” ALEXANDER, Nadja. Global Trends in Mediation. *ADR Bulletin*. Vol. 6, n. 3, 2003.

¹⁸ Cf. PRESS, Sharon. Court-Connected Mediation and Minorities: A Report Card. *Capital University Review*. vol. 39, 2011, p. 819.

¹⁹ Cf. ALFINI, James J., et.al. What Happens When Mediation is Institutionalized? *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 9, no. 307, 1994. No mesmo sentido: PRESS, Sharon. Mortgage Foreclosure Mediation in Florida - Implementation Challenges for an Institutionalized Program. *Nevada Law Review*. vol. 11, Spring 2011, p. 306.

contrário, “to free themselves from the encumbrance of rules” para atingir “a relationship of mutual respect, trust, and understanding that will able them to meet shared contingencies without the aid of formal prescriptions laid down in advance.”²⁰

A institucionalização da mediação e a sua realização nas dependências dos Tribunais, é evidente. A integração da mediação aos códigos de processo civil caminha em direção a uma fusão entre a normatização e a mediação, tornando-a uma “importante parte de uma nova era do processo civil”.²¹ A primeira vista, a institucionalização pode até significar um avanço, mas acaba por enfraquecer as escolhas das partes envolvidas no conflitos.

A mediação é uma das formas de resolução de conflitos que via de regra acontece no ambiente extrajudicial, quando as partes optam por mediar por sua própria iniciativa através de serviços privados, mas também não há impedimento que aconteça num ambiente intrajudicial²². Nada obsta, que a mediação realizada na esfera privada tenha repercussão no processo judicial, possibilitada por uma suspensão do processo, por exemplo.

No entanto, a realização da mediação na esfera intrajudicial vem deixando de ser uma mera opção oferecida às partes. A onipresença da mediação nos Tribunais²³ e nos códigos de processo é um paradoxo, pois a mediação perde cada vez mais a sua identidade²⁴, passa a adquirir semelhança com a adjudicação, com normas de aplicação; os juízes passam a evitar o julgamento de casos e se tornam cada vez mais mediadores,

²⁰ Além disso, como bem nota Brian Ray: “In Fuller’s conception, mediation has no role to play in the interpretation and enforcement of laws; that is the role of courts and the function of adjudication: [O]nce a law has been duly enacted its interpretation and enforcement is for the courts; courts have been instituted, not to mediate disputes, but to decide them”. RAY, Brian. Extending the shadow of the law: using hybrid mechanisms to develop constitutional norms in socioeconomic rights. *Utah Law Review*. n. 3, pp. 797-842.

²¹ NOLAN-HALEY, Jacqueline M. The Merger of Law and Mediation: Lessons from Equity Jurisprudence and Roscoe Pound. *Cardozo Journal of Dispute Resolution*. vol. 6, 2004, p. 57.

²² “Sería más correcto hacer referencia a la mediación conectada con el Tribunal, tal como se denomina a esta clase de mediación en el sistema estadounidense (court-connected mediation), aunque en otros países de Europa en general se denomina mediación judicial, como en Bélgica distinguen, de la voluntaria, o en Francia de la convencional. El término más adecuado puede ser el de mediación conectada con el Tribunal o mediación intrajudicial, pues el término mediación judicial puede llevar a la errónea conclusión de que es el Juez el que lleva a cabo la labor de mediación”. MUÑOZ, Helena S., op. cit.

²³ Interessante a expressão utilizada por John Lande para descrever o ambiente legal contemporâneo: “liti-mediation” no qual passa a haver a seguinte prática reiterada: “mediation is the normal way to end litigation.” LANDE, John. How Will Lawyering and Mediation Practices Transform Each Other? *Fla. St. U. L. Rev.*, 1997, pp. 839, 841.

²⁴ NOLAN-HALEY, Jacqueline M. Mediation: The ‘New Arbitration’. *Harvard Negotiation Law Review*, 2010, p. 3-54.

cenário que se afasta do conceito tradicional da mediação como um processo primordialmente relacional. Um processo privado se instalando num ambiente público, sendo consumido por regras e por uma concepção instrumentalista que vem a servir apenas à administração da justiça.²⁵

3. O caminho da obrigatoriedade. Um fraco remédio à crise do acesso à justiça.

A preocupação com o acesso à justiça surgiu em meados da década de 1970, a partir do estudo realizado por Cappelletti e Garth provocando uma série de iniciativas que se desenvolveram com o intuito de garantir esse direito que é básico e inerente a todo Estado Democrático. Embora parte desse ímpeto inicial para a garantia do acesso à justiça tenha diminuído no decurso desses trinta anos em algumas sociedades, o tempo atual é marcado por este propósito.

A inflacionada demanda por justiça é um fenômeno complexo, que parte sobretudo de uma dependência social dos Tribunais, seja por uma cultura²⁶ demandista especialmente notada em países do sistema civil law, seja pelo incentivo estatal, que temendo a perda do monopólio²⁷, faz o Poder Judiciário propagar a ideia de que somente ele é capaz de proporcionar uma solução eficaz dos conflitos, percebido quando se promove por exemplo, a incorporação das ADRs aos Tribunais²⁸.

Some-se a isto os reflexos causados pela globalização internacional de conflitos²⁹ e ao fato de que as normas ou mesmo o direito consuetudinário não está apto

²⁵ *Id.* Is Europe Headed Down the Primrose Path with Mandatory Mediation? *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*. vol. 37, 2012, p. 1-31.

²⁶ Cf. CHASE, Oscar G., American "Exceptionalism" and Comparative Procedure. *American Journal of Comparative Law*. Nov., 2001. Apesar do texto se referir a cultura norte-americana de solução de conflitos, a leitura é válida para entendermos o uso do termo *cultura*, e seus conceitos se adequam a outras sociedades. Recomenda-se também CHASE, Oscar G. *Law, Culture, and Ritual: Disputing Systems in Cultural Context*. *New York University Press*, 2005. Examinando a questão pelo ângulo do direito europeu: TARUFFO, Michele. *Cultura e processo*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè Editore, 2009. p. 63-92.

²⁷ Cf. NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e Utopia*. Tradução Ruy Jungman. Rio de Janeiro: Zahar Editor, 1994.

²⁸ "Sembra infatti che la tendenza dominante nelle società asiatiche sia una sorta di litigation aversion che ha come naturale consanguenza di ADR, principalmente facendo ricorso alla mediazione e alla conciliazione. Questa preferenza viene solitamente spiegata con il riferimento alla persistenza – nello stato profondo della cultura asiatica – dell'ideale confuciano dell'armonia sociale che non dovrebbe essere turbata e messa in crisi dal ricorso ai tribunali". TARUFFO, Michele. *Dimensioni transculturale della giustizia civile*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, dez, 2007, p. 1067.

²⁹ Cf.: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6 ed, Coimbra: Almedina Editora, 1993. p. 18. E ainda, Eduardo Cambi ressalta que os reflexos desta globalização também são sentidos em

a trabalhar com o conceito de conflitos insolúveis, ou seja, que jamais poderão ser resolvidos.

O máximo que se pode fazer é monitorar e empreender um trabalho de acompanhamento, com o objetivo de manter a disputa em níveis aceitáveis de convivência e civilidade. Mas a pretensa solução se resume a resolver apenas a crise jurídica, deixando em aberto as pressupostas crises de outra natureza, que por não terem sido conjuntamente dirimidas, a tendência é que retornem num momento futuro, talvez até recrudescidas.

É notório como as estruturas jurídico-políticas foram sempre muito atentas aos remédios (portanto reformas perenes das normas), quase nunca às causas, deixando de lado análises atentas sobre a litigiosidade que cresce, constantemente traduzida na linguagem jurídica, e que se dirige à jurisdição sob a forma irrefreável de procedimentos judiciários.

Essa capacidade limitada da solução adjudicada tem se mostrado ineficaz, protraí o fechamento da demanda a um futuro incerto, e muitas vezes não resolve o problema, pois apenas agrega estabilidade – indiscutibilidade da decisão, ratificando a inaptidão do Judiciário para receptionar e resolver eficazmente as lides.

A mediação vem notadamente se destacando nesse cenário como a cura para as ineficiências dos sistemas de justiça, e ainda que seja definida como um processo voluntário, o rótulo de *boa alternativa* para a adjudicação, fez com que muitos políticos e estudiosos concluíssem que além da prática ser incorporada ao ambiente jurisdicional, ela deveria ser obrigatória.³⁰

Mas será que na verdade não serão repetidos os mesmos erros das últimas décadas em que se promoveu a busca ao Poder Judiciário sem dar importância aos seus

países como o Brasil apesar da inexistência de um direito comunitário efetivo. “A arbitragem, por exemplo, há algum tempo permite que decisões tomadas por árbitros, em âmbito internacional, imponham-se sobre as decisões de juízes nacionais, fragmentando o direito nacional, como forma de responder às exigências da globalização dos mercados, uma vez que os custos, a morosidade e o surgimento de litígios altamente complexos tornaram a via judicial menos atrativa.” CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo*. 2 ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 63.

³⁰ “Citizens of all counties accept regulations if they believe that as a result of that regulation “Society” will be better off. For instance in some countries bans on tobacco advertising are accepted because research has “proved” that smoking is bad for health. We pay for seatbelts in our cars (even though the government tells us we must) because research proves that seatbelts save lives.” Mandatory Mediation. LC Paper N. CB (2)1574/01-02(01). Available at: <<http://www.legco.gov.hk>>. Acesso em: 10/02/2012.

limites? É racional forçar³¹ as partes a se submeterem à mediação? Supervalorizar a mediação não poderá a longo prazo transformá-la em mais um método ineficaz à solução de conflitos, tal como a jurisdição é hoje vista pela sociedade? Obrigar as partes a se submeterem ao processo de mediação as tornam menos propensas a cumprir o acordo celebrado? Enfim, a mediação pode valer a pena quando obrigada?

Via de regra, a mediação é um procedimento extrajudicial. Ocorre antes da procura pela adjudicação. Contudo, nada impede que as partes, já tendo iniciado a etapa jurisdicional, resolvam retroceder em suas posições e tentar, uma vez mais, a via conciliatória, seja por vontade própria ou por indicação do órgão jurisdicional.

Entretanto, transformá-la numa etapa obrigatória seja no momento pré-processual ou incidental tem a finalidade de servir a propósitos meramente estatísticos, e que estão longe de atender às necessidades do cidadão. Mediar não se resume a silenciar o outro interessado no acordo ou fazer com que o conflito “vá embora”. Isso não permite o retorno ao *status quo* anterior à origem do conflito. A razão da mediação passa a ser o fim da controvérsia, a pacificação ao invés da paz, colocando-se de lado a lógica relacional que lhe é basilar.

Chegamos num extremo dialético, aonde a mediação desponta numa perspectiva paradoxal: a institucionalização traz regras para serem seguidas por mediadores, juízes e demais interessados, além disso, impõe prazo para terminar, pré-determina os casos em que deverá ser utilizada e obriga os litigantes a se submeterem à prática mediativa. Tudo sob o pretexto de remediar a ineficiência estatal na gestão dos conflitos e inevitável abalo à garantia do acesso à justiça.

Um remédio fraco, quase um placebo, pois num primeiro momento, o sentimento de alívio no Judiciário é óbvio, já que a mediação obrigatória exprime uma verdadeira barreira a evitar a chegada dos litigantes ao Judiciário.

Contudo, a mediação não é um processo que se presta a todos os casos e independente da circunstância. Na mediação procura-se fortalecer aqueles que são menos poderosos através de um balanceamento de poder, escuta mais ativa, gerando opções, criação de consciência sobre a disputa, negociação de soluções, retirando-se a máscara de demônio ou vítima criada pelo outro, permitindo que cada lado escolha a melhor alternativa para uma solução negociada, chegando enfim, a um consenso.

³¹ MONTELEONE, Girolamo. La mediazione “forzata”. *In* *Judicium*, p. 01-02. 2010. Disponível no endereço eletrônico: < <http://www.judicium.it>.> Acesso em: 20/10/11.

Todo esse processo tem como essência ser voluntário, repetindo a autonomia da vontade das partes, admitindo-se até que seja incentivada a prática mediativa por um juiz, mas é descabida qualquer pretensão de torná-la obrigatória, prévia ou incidental à demanda judicial.

Os defensores da obrigatoriedade perguntam: como alguém não gostaria de celebrar um acordo mutuamente benéfico? Ocorre que nem todo mundo pode estar interessado; ou pode ser que a mediação não seja realmente o melhor método a se aplicar na tentativa de resolução daquele conflito.

A campanha que trata a mediação como uma poção mágica³² e que torná-la obrigatória solucionará a crise do acesso à justiça, reflete uma visão distorcida desta garantia e totalmente equivocada do instituto, que repita-se, é essencialmente voluntário: o princípio da autonomia da vontade, fundamento primeiro da mediação, cuja razão está na liberdade de poder decidir se e quando será estabelecida a mediação, segundo seus interesses e acordo de vontades.

Desperta interesse as objeções que Owen Fiss lançou às ADRs em “Against Settlement”³³. Seus argumentos centravam-se na qualidade do consentimento para a celebração de um acordo pautado especialmente num desequilíbrio de forças (econômica, habilidade negocial) entre os participantes do processo.

Para Fiss o consentimento ao acordo desta parte, em desvantagem, seria produto de coação. Tornando mais atual a preocupação do grande jurista com o consentimento das partes que se submetem a uma ADR qualquer, suas premissas podem ser perfeitamente usadas como alerta sobre a fragilidade não do resultado que pode ser obtido numa mediação, mas em obrigar as partes a participarem deste processo. A obrigatoriedade sim, traduz um desequilíbrio de forças e pode contaminar o resultado obtido na mediação.

Pode parecer que exista algum benefício em obrigar as partes a se reunir e discutir a sua contenda. O melhor resultado poderia ser uma solução mutuamente satisfatória e voluntariamente acordada; o pior resultado seria, por outro lado, as partes não alcançarem êxito num acordo e o problema seguir para um Tribunal, traduzindo-se

³² PINHO, Humberto Dalla Bernadina de; PAUMGARTTEN, Michele. L'esperienza italo-brasiliana nell'uso della mediazione in risposta alla crisi del monopolio statale di soluzione di conflitti e la garanzia di accesso alla giustizia. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais FDV*, n. 11, ago 2012, pp. 171-201.

³³ FISS, O.M. *Against Settlement*, 93 *Yale Law Journal* 1073-90, may 1984.

em descontentamento, custos adicionais e atrasos desnecessários; ou ainda, celebrar um acordo qualquer, produto do desconhecimento do processo e do seu próprio conflito.

Bret Walker e Andrews S. Bell³⁴ reforçam os argumentos negativos à mediação obrigatória³⁵.

A busca pela justiça, uma justiça pensada, não ao modo cristão pelo qual fazer o bem ou mal ao outro é fazer o bem ou mal à si mesmo, mas sim uma justiça que considere a contraposição de forças mais ou menos iguais é o objetivo da ADR.

O que se espera não é mais uma justiça marcada pelo apagamento das distâncias e das diferenças como se nunca tivessem existido, mas a nova justiça deve ter em seu núcleo celular, o equilíbrio. Ser capaz de equilíbrio, de fato, já é uma manifestação de força. O fraco, o oprimido, é incapaz de alçar-se à altura daquele que se contrapõe a si. O reconhecimento do outro se mostra como uma virtude nobre e potente, mantendo-se assim cada qual em sua esfera de poder.³⁶

Uma justiça baseada na percepção das pretensões dos outros, renunciando ao julgamento, colocando o indivíduo conscientemente no jogo e comprometido naquela negociação, desmantelando a percepção tradicional de justiça que visa mais se defender antecipadamente contra um possível voltar-se do vencedor da contenda contra si do que uma desinteressada preocupação com o terceiro. Oculta-se a preguiça daqueles que se satisfazem com a decisão imposta, compreendida numa tradição de segurança, e não se dispõem às consequências da pactuação³⁷.

É dessa segurança e resignação que devemos nos desviar, na busca no real equilíbrio de forças, pois será no acordo, uma vez firmado, que florescerá a expressão

³⁴ “Such a forced process of mediation also has the potential to erode respect for the rule of law, especially if the power to order compulsory mediation is exercised frequently. It is not difficult to suppose that the power will be exercised frequently in times of pressure on courts institutionally to ‘up their productivity’, whatever this is meant to mean, and on judges individually, to deliver judgments expeditiously”. WALKER, Bret; BELL, Andrews S.. Justice according to compulsory mediation. Bar News – The journal of NSW Bar Association. spring. 2000, p. 7-8.

³⁵ “The current regime recognizes the desirability of mediation as a means of dispute resolution without forcing parties down that route. There are, moreover, institutional mechanisms in place which encourage progress down that route. For example, it is now part of a barrister’s duty to advise his or her clients at an early stage about the scope for means of dispute resolution in the alternative to litigation. Further, it is well known that many judges informally encourage litigants of the desirability of exploring dispute resolution by way of mediation. All of this is salutary and to be supported. The changes to be introduced by the Bill, however, are significant not just in practical terms but are radical and, in our opinion, most undesirable as a matter of principle.” WALKER, Bret; BELL, Bell, *op.cit.*

³⁶ PAUMGARTTEN, Michele. O processo interativo de construção de soluções como via de reabilitação do sistema vindicativo. *Revista Eletrônica de Direito Processual Civil*. vol IX. 2012. <http://www.redp.com.br>.

³⁷ *Ibidem*.

da verdade, da paz, em contraposição à cólera, ao desejo de vingança e ao castigo inerentes ao homem.

Nessa senda e na esteira do Livro Verde da Mediação³⁸, o Parlamento Europeu desenvolveu em 2004 um projeto para uma Diretiva relativa à mediação culminando com sua publicação em 2008³⁹. Ao ensejo da Diretiva, os estados-membros europeus seriam livres, quando da transposição aos seus ordenamentos internos, para disporem sobre os métodos que seriam adotados na instalação de programas de mediação.

A seção seguinte analisará as leis francesa, espanhola e alemã, publicadas ao esgotamento do prazo para a transposição da Diretiva; o decreto legislativo italiano, primeira lei publicada ao abrigo da Diretiva, que além de optar pela mediação obrigatória, criou artifícios processuais cuja constitucionalidade é questionada; examinará a institucionalização da mediação pelo Brasil, e por fim, uma reflexão sobre a opção pela mediação obrigatória feita por alguns estados norte-americanos para solucionar a os conflitos advindos da crise hipotecária.

4. O cenário atual da mediação na Europa, Brasil e EUA.

³⁸ “In 2002, the European Commission issued a Green Paper on ADR [“Green Paper”] in civil and commercial law that specifically identified cross-border commercial disputes as an area in need of regulation. The purpose of the paper was to encourage the use of out-of-court dispute resolution as more appropriate in many cases than dispute resolution by judges or arbitrators. The Green Paper described ADR as a “political priority” for all EU institutions and launched a broad consultation process on how this goal could be achieved, although, it acknowledged that many member states had already passed legislation encouraging the use of ADR. As part of its consultation process, the Green Paper raised twenty-one questions about critical ADR issues including: confidentiality, consent, enforcement, mediator training, mediator accreditation and liability and the problem of prescription periods” NOLAN-HALEY. Jacqueline M. Evolving Paths to Justice: Assessing the EU Directive on Mediation. Proceedings of the sixth annual conference on international arbitration and mediation. *Martinus Nijhof Publishers*. 2011, p. 1-17

³⁹ “The Directive’s foundations can be traced to a series of projects beginning with the Vienna Action Plan of 1998 which established mediation as a priority “particularly for family conflicts.” Its foundations were further advanced at the Tampere European Council in 1999 that called for better access to justice, and for the creation of “alternative extrajudicial procedures” to be created by Member States. From 1998 through 2002 the Committee of Ministers of the Council of Europe adopted recommendations to promote mediation in family disputes, penal matters, and disputes with administrative authorities, and a Working Group was established to monitor the progress of these recommendations. A significant aspect of the Working Group’s guidelines was its concern with the role of lawyers, judges, and legal educators in promoting ADR awareness. Several ADR programs were established to promote consumer access to justice, and the European Commission recommended that institutions involved in the consensual resolution of consumer disputes be influenced by the principles of impartiality, transparency, effectiveness and fairness”. NOLAN-HALEY. Jacqueline M. *Idem*.

Uma forte onda de reformas vem sendo promovida por vários países para aderir o conceito de ADR ao movimento de acesso à justiça, ou como definido pelo Parlamento Europeu, para o acesso à processos adequados de resolução de conflitos individuais e empresariais.

4.1.A palavra de ordem da Diretiva Europeia: encorajar

O movimento pela mediação na Europa teve início no fim da década de 90, seguindo a nova era que emergia nos EUA a partir da Pound Conference de 1976, aonde nasceram conceitos como o “multi-door courthouse”. Essas ideias se expandiram para Austrália, Canadá e Nova Zelândia ainda na década de 80⁴⁰. O apelo para a mediação era forte, já que se tratava de um processo que trazia mais vantagens do que desvantagens, como custos menores do que num processo judicial ou arbitral, informalidade, flexibilidade e autonomia para se chegar ao consenso.

Diferentes modelos se desenvolveram na Europa, alguns países regulamentaram a mediação⁴¹ e tornou-se comum a existência de programas de mediação para resolver conflitos envolvendo direitos dos consumidores⁴². Até que em 21 de maio de 2008 foi publicada a Diretiva 52 pelo Parlamento Europeu, oriunda da recomendação fundamental lançada em 1998 (98/257/CE) e em 2001 (2001/310/CE), desencadeando uma política de valorização da solução consensual de conflitos que entrou definitivamente na ordem do dia na *European Judicial Area*, obrigando cada Estado-membro a refletir, inserir ou criar textos legais que contemplassem mecanismos de solução amigável dos conflitos, o que gerou uma série de alterações significativas nos ordenamentos nacionais de muitos países-membros.

⁴⁰ ALEXANDER, Nadja. *Op. cit.*

⁴¹ Poland, for example, was the first country in Eastern Europe to enact legislation on mediation in civil and commercial cases. Poland’s law was much broader than the Directive which is limited to cross-border commercial disputes. Cf.: PIECKOWSKI, Sylwester. How the New Polish Civil Mediation Law Compares with the Proposed EU Directive on Mediation, 61 *DISP. RES. J.* 67, 2006.

⁴² In the private sector, several provider organizations in continental Europe have encouraged mediation since the 1990s, while traditional arbitration providers added mediation to their list of services. In 1996 the U.S. based CPR Institute for Dispute Resolution published the Model European Mediation Procedures, and in 2001 the International Chamber of Commerce, a leading provider of arbitration services, issued ADR Rules making mediation the default choice of a dispute resolution process. NOLAN-HALEY, Jacqueline. *op.cit.*, 2012. Ver também: “French experience: Les Médiateurs de la Paix” MARTINS, Nadial Beviláqua. *ADR in the age of contemporaneity*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 271; Int’l Chamber of Commerce. *ADR Rules of the Int’l Chamber of Commerce*. Preamble and Article 5, available at <http://www.iccwbo.org/court/adr/id4452/index.html>.

Apesar da Diretiva ter um âmbito mais restrito do que o recomendado no Livro Verde da Mediação e no próprio Projeto da Diretiva de 2004, é inegável que o objetivo desta intervenção foi encorajar especialmente aqueles países sem tradição no uso das ADRs, consagrando a mediação nos casos civis e comerciais⁴³ como um importante passo para promoção do acesso à justiça, mais simples e mais rápido e consequentemente, tentar resolver a grave crise jurídica institucional que pairava sobre grande parte de seus países-membros.

Apesar da norma, por ser comunitária, ter como foco imediato a regulação de conflitos transnacionais, o Parlamento Europeu e o Conselho da União Européia entendem que a adoção da mediação mesmo no cenário interno dos países significaria: maior rapidez na solução das controvérsias; baixo custo a ser dispendido; a previsão de uma maior disposição das partes envolvidas no cumprimento espontâneo e a preservação da relação amigável entre os interessados.

A mediação é definida na Diretiva como um processo voluntário no qual um terceiro auxilia duas ou mais partes em disputa para chegar a uma resolução do seu litígio. Uma definição funcional que foca no acordo como o fim buscado pela mediação.

Optou por uma regulamentação geral, tais como definições, confidencialidade e outras disposições, especialmente para responder à complexidade de diferentes línguas e culturas na UE, mas ao que parece, não teria sido suficiente para promover um consenso entre os Estados-membros na transposição da regra da Diretiva aos seus ordenamentos internos, já que a existência de diferentes visões sobre o assunto é algo inevitável.

4.1.1.O direito francês

Na França, o Código de Processo Civil já previa antes da Diretiva, a possibilidade de realização – no ambiente judicial - da mediação total ou parcial de um litígio e traçava alguns procedimentos integrados à norma processual através do Decreto 96-652 de 1996.

⁴³ O objetivo da Diretiva é claro: “*The objective of this Directive is to facilitate access to alternative dispute resolution and to promote the amicable settlement of disputes by encouraging the use of mediation and by ensuring a balanced relationship between mediation and judicial proceedings*”. UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2008/52/CE, de 21 de maio de 2008. Jornal Oficial da União Européia, Parlamento Europeu e do Conselho, Bruxelas, 24 maio 2008. p. 3-8.

Todavia, a Diretiva Europeia exige uma abordagem mais ampla acerca dos mecanismos de solução amigável dos conflitos, o que tem provocado significativas alterações nos ordenamentos jurídicos dos países membros, como já noticiado.

Em cumprimento à Diretiva, é publicado na França o Decreto 66 de 2012⁴⁴, que apesar de ainda representar um avanço tímido no tratamento das ADRs no país, consagra a busca por uma solução amigável do conflito através da mediação (que pode ser feita por pessoa física ou jurídica), conciliação ou do processo participativo. Não os impõe às partes em qualquer fase processual ou pré-processual.

A novidade trazida pelo Decreto é o processo participativo. Inspirado no *Collaborative Law* comum em países como EUA, Canadá, Austrália, Reino Unido, no qual as partes se lançam em busca de um acordo para por fim ao litígio conforme os termos e condições estabelecidos em um contrato assinado com a participação de seus advogados, conjuntamente. A comunicação não é feita com o auxílio de um terceiro neutro, mas através dos advogados, na forma convencionada, podendo contar ainda com o auxílio de um perito.

Espera-se que a mediação ou a conciliação convencionais, como legalmente consagradas, e a nova ferramenta revelada pelo processo participativo, possam impulsionar ainda mais as partes e os profissionais franceses a recorrer a estes mecanismos como meios alternativos à jurisdição como propõe a Diretiva comunitária.

4.1.2. O direito espanhol

Na Espanha, ainda que a mediação mostrasse certo grau de desenvolvimento no âmbito das Comunidades Autônomas, reclamava-se uma insuficiência normativa estampada na própria Lei 15/2005 (que regulamentava a mediação antes da Diretiva), eis que recomendava ao Governo a elaboração de um projeto de lei sobre mediação com base nas diretrizes estabelecidas pela União Europeia.

O Código de Processo Civil Espanhol integrou a prática mediativa em matéria de família por força da Lei 15/2005, permitindo que as partes solicitassem a suspensão do processo em comum acordo, o que por sua vez, era permitido pela lei processual por um prazo máximo de sessenta dias, um tempo bastante exíguo para mediar.

⁴⁴ Texto disponível em <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte>> Acesso em: 25/02/12.

Sofrendo severas críticas pela demora em transpor a Diretiva ao seu ordenamento interno, o governo espanhol faz publicar em 05 de março de 2012, o Decreto Lei 5/2012⁴⁵ que finalmente regulamenta a mediação em assuntos civis e mercantis, excluindo do seu campo de abrangência a mediação com a administração pública, penal, em matéria laboral e nas relações de consumo. Preocupada em destacar o potencial da prática mediativa, fomenta a mediação como alternativa à jurisdição ou à via arbitral, provendo-a como um eficaz instrumento de autocomposição de conflitos e respeitando a autonomia da vontade das partes como bem indicado nos títulos II e IV do Decreto, consagrando a livre decisão das partes em aderir ao procedimento e na escolha do mediador. Destaca objetiva e claramente que a mediação é voluntária, e mesmo após iniciada, ninguém é obrigado a manter-se no procedimento nem a concluir um acordo.

A lei processual civil espanhola também foi alterada para permitir a suspensão processual se as partes desejarem mediar no curso de uma ação judicial (ressaltando que neste caso a suspensão terá a duração do tempo do mediação) e ainda, dependendo do objeto do litígio, permite ao Tribunal convidar as partes a participarem de um procedimento mediativo, com uma sessão informativa prévia.

Além de ressaltar a igualdade entre as partes, a imparcialidade dos mediadores, a neutralidade e a confidencialidade, o legislador espanhol também não impôs qualquer prazo limite para a realização da mediação, limitando-se a dizer que o procedimento será o mais breve possível. Acerta ao não impor prazo para o término do procedimento, que sabemos ser impossível prever, pois depende do envolvimento emocional das partes com o caso, do objeto do litígio, dentre outros fatores. Deixa em aberto, e por mais que exija a brevidade, é certo que a mediação terá a duração que for necessária para resolver o conflito.

O acordo celebrado pelas partes poderá versar sobre o todo ou parte das matérias submetidas à mediação, podendo ser formalizada por uma escritura pública para ter força executiva, ou se realizada no curso de um processo judicial, ser apresentada à homologação judicial, com a consequente desistência do processo.

A institucionalização da mediação na Espanha se opera dentro de um razoável nível de transição legal, protegendo a autonomia da vontade das partes envolvidas num litígio, sem afastar contudo, a possibilidade do Tribunal sugerir a mediação às partes se

⁴⁵ Texto disponível no *Boletín Oficial del Estado*: < <http://www.boe.es/boe/dias/2012/03/06/pdfs/BOE-A-2012-3152.pdf> > Acesso em 07/03/2012.

assim entender cabível ao caso. Consagra coerentemente a técnica mediativa, respeitando a natureza do instituto, sem a adoção de medidas processuais autoritárias⁴⁶.

4.1.3. O direito inglês

A experiência britânica é interessante, e também merece registro.

Com efeito, as *Civil Procedure Rules* tratam do uso dos meios alternativos, dispendo a Rule 1.4⁴⁷ que a Corte tem o dever de gerenciar (manage) ativamente os casos, o que inclui, dentre outras providências: “(e) *encouraging the parties to use an alternative dispute resolution*”.

Nessa perspectiva, a efetividade da prestação jurisdicional significa intervir (por meio de uma sentença impositiva) quando necessário, como *ultima ratio*⁴⁸.

⁴⁶ Como bem ressalta o item II da exposição de motivos da Lei 5/2012: “La mediación, como fórmula de autocomposición, es un instrumento eficaz para la resolución de controversias cuando el conflicto jurídico afecta a derechos subjetivos de carácter disponible. Como institución ordenada a la paz jurídica, contribuye concebir a los tribunales de justicia en este sector del ordenamiento jurídico como un último remedio, en caso de que no sea posible componer la situación por la mera voluntad de las partes y puede ser un hábil coadyuvante para la reducción de la carga de trabajo de aquéllos, reduciendo su intervención a aquellos casos en que las partes enfrentadas no hayan sido capaces de poner fin, desde el acuerdo, a la situación de controversia.”.

⁴⁷ “*Civil Procedure Rules. Part One. Overriding Objective.*

(...) *1.4 Court’s duty to manage cases*

(1) *The court must further the overriding objective by actively managing cases.*

(2) *Active case management includes –*

(a) *encouraging the parties to co-operate with each other in the conduct of the proceedings;*

(b) *identifying the issues at an early stage;*

(c) *deciding promptly which issues need full investigation and trial and accordingly disposing summarily of the others;*

(d) *deciding the order in which issues are to be resolved;*

(e) *encouraging the parties to use an alternative dispute resolution (GL) procedure if the court considers that appropriate and facilitating the use of such procedure;*

(f) *helping the parties to settle the whole or part of the case;*

(g) *fixing timetables or otherwise controlling the progress of the case;*

(h) *considering whether the likely benefits of taking a particular step justify the cost of taking it;*

(i) *dealing with as many aspects of the case as it can on the same occasion;*

(j) *dealing with the case without the parties needing to attend at court;*

(k) *making use of technology; and*

(l) *giving directions to ensure that the trial of a case proceeds quickly and efficiently”* Texto disponível para consulta no endereço: <http://www.justice.gov.uk/guidance/courts-and-tribunals/courts/procedure-rules/civil/menus/rules.htm>, acesso em 28 de dezembro de 2012.

⁴⁸ “As CPR estabelecem que os tribunais têm cada vez mais observado que os processos judiciais devem ser a última opção, e ações não deve ser movidas de maneira prematura, quando um acordo ainda é possível. Portanto, as partes devem considerar se as formas alternativas de resolução de conflitos são mais adequadas do que o litígio, e, se for o caso, devem se esforçar para entrar em acordo sobre qual das formas há de ser adotada”. ANDREWS, Neil. (trad. Teresa Alvim Arruda Wambier). *O Moderno Processo Civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 271.

Até mesmo porque, não considerar o uso dos “meios alternativos” pode significar um desperdício, na medida em que, se bem empregados, não só facilitam o acesso à justiça, como complementam e auxiliam enormemente o sistema processual⁴⁹.

Nesse passo, como noticia Fernanda Pantoja⁵⁰, apesar de existirem precedentes da *High Court*, no sentido de restringir 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 alternativa⁵¹, em decisão de maio de 2004, a *English Court of Appeal* limitou o poder da *High Court* de impor a tentativa de mediação aos litigantes, ao argumento de que obrigar partes que não desejam mediar constitui verdadeira obstrução ao direito de acesso à justiça.

Na referida decisão, a corte consignou que um sistema compulsório de mediação ofende o artigo 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que protege o direito universal a um julgamento justo, em tempo razoável, por um tribunal independente e imparcial.⁵²

E, dessa forma, mesmo sem impor a mediação, houve significativa redução do número de demandas, como nos dá notícia Chiara Besso⁵³, e um considerável aumento no número de mediações⁵⁴.

⁴⁹ “To express this interaction between the public and private forms of civil justice, the author has elsewhere suggested (...) that a helpful metaphor might be ‘Civil Justice’s strand—consisting of ADR, including arbitration and mediation—and the other strand—the court process—are complementary and entwined. Together the two strands of the public court process and the alternative forms of private dispute resolution have considerable strength”. ANDREWS, Neil. *Mediation in England: organic growth and stately progress*. Texto ainda não publicado e gentilmente cedido pelo autor quando de sua visita à Faculdade de Direito da UERJ, em dezembro de 2011, p. 19/20.

⁵⁰ PANTOJA, Fernanda Medina. *Mediação Judicial*, in PINHO, Humberto Dalla Bernardina de (organizador). *Teoria Geral da Mediação à luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 192.

⁵¹ “For example, in *Hurst v. Leeming* [2002] EWHC 1051 (Ch), the High Court stated that mediation should be refused only in exceptional circumstances. In *Shirayama Shokusan Co. Ltd. v. Danova Ltd.* [2003] EWHC 3006 (Ch), the High Court went so far as to order mediation over the objection of one of the parties” KIRMAYER, Kathryn e WESSEL, Jane. An offer one can’t refuse: mediate. In *The National Law Journal*, out/2004, p. 1.

⁵² *Halsey v. Milton Keynes General NHS Trust Steel v. (1) Joy & (2) Halliday* [2004] EWCA (Civ) 576. KIRMAYER, Kathryn e WESSEL, Jane. An offer one can’t refuse: mediate. In *The National Law Journal*, out/2004, p. 1.

⁵³ BESSO, Chiara (org). *La Mediazione Civile e Commerciale*, Torino: Giappichelli, 2010, p. 14.

⁵⁴ “1.9. Na opinião do autor, a mudança mais significativa é o reconhecimento do potencial da mediação como um meio de se alcançar um acordo. Três novas tendências são perceptíveis aqui. 1.10. Primeiro, o mercado privado de resolução de conflitos na Inglaterra tem recorrido a mediações em casos civis e comerciais. O elevado custo de um processo judicial, causado principalmente pelos altos honorários dos advogados tem sido um dos fatores significativos. (...) 1.11. A segunda grande mudança é que os tribunais ingleses têm demonstrado grande interesse em realizar mediações. (...) 1.12. Em terceiro lugar, reconheceu-se que os acordos podem ocorrer em diferentes ocasiões, resultantes de diferentes fatores ou

4.1.4. O direito alemão

Já na Alemanha, ao publicar a *Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung* em 25 de julho de 2012⁵⁵, a mediação não se tornou claramente obrigatória, mas por outro lado, exige-se que ao ingressar com a ação, a parte informe se houve alguma tentativa conciliatória prévia.

Após o início da demanda, o juiz poderá propor formas alternativas de solução daquele conflito de acordo com o caso: poderá encaminhar as partes a um mediador privado ou a um juiz conciliador (*Güterichter*), isto é, um juiz do próprio Tribunal, que receberá treinamento especial para realizar a mediação e que não poderá obviamente estar envolvido com o julgamento da causa.

Em caso de acordo, as custas judiciais são reduzidas. A prescrição é suspensa ao se iniciar um processo de mediação e a novidade diz respeito à formação do mediador.

Antes da lei, os mediadores não precisavam ter uma formação específica e qualquer um poderia intitular-se mediador. Esta situação foi parcialmente modificada, e embora qualquer pessoa continue podendo se intitular mediador, para dizer que é um “mediador certificado”, deverá ter participado de um curso intensivo de 120 horas. O objetivo é garantir um nível mínimo de qualidade, já que existiam muitos problemas com serviços prestados pelos mediadores alemães.

4.2.A palavra de ordem do Decreto Legislativo Italiano n° 28: obrigar

A institucionalização da mediação por vários países da UE segue uma fórmula muito semelhante. Traçam-se linhas gerais e busca-se atrair a mediação para o ambiente do Tribunal.

estímulos processuais”. ANDREWS, Neil. (trad. Teresa Alvim Arruda Wambier). *O Moderno Processo Civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 30.

⁵⁵ Bundesgesetzblatt Jahrgang 2012 Teil I nr. 35, aausgegeben zu bonn am 25. Juli 2012. Disponível em: <<http://www.bundesgesetzblatt.de>>. Acesso em 26/07/2012.

Outros Estados-membros⁵⁶, a exemplo de Bulgária⁵⁷ e Romênia⁵⁸, e mesmo a Alemanha recentemente, procuraram adotar, dentre outras medidas estimuladoras, a concessão de incentivos financeiros caso as partes consigam resolver um litígio que se transformaria numa demanda, através da mediação.

No entanto, a Itália merece uma análise especial, já que ao transpor a Diretiva, lançou mão de artifícios processuais que extrapolam a ideia de *encorajamento* ao uso das ADRs contido na norma base comunitária.

O Parlamento Italiano editou a Lei nº. 69 de 18 de junho de 2009, seguindo o comando do artigo 12 da Diretiva 2008/52/CE, que além de dispor sobre matérias relacionadas a desenvolvimento econômico e alterações do Código de Processo Civil, trouxe no artigo 60 previsão sobre a mediação, delegando ao Governo e dentro do prazo máximo de seis meses a partir da entrada em vigor da referida lei, a edição de um decreto legislativo destinado a normatizá-la no âmbito civil e comercial.

Regulamentando a Lei, em 4 de março de 2010 foi editado o Decreto Legislativo nº 28, que disciplina três tipos de mediação: *mediazione facoltativa*, *mediazione concordata e mediazione obbligatoria*.⁵⁹

O regime de mediação adotado pela Itália se estendeu muito além do que prevê a Diretiva e como se pode imaginar, o núcleo mais significativo e que vem causando maior impacto é a modalidade *obbligatoria*, alçada ao status de condição de admissibilidade do processo judicial de uma extensa gama de questões civis e comerciais.

Se as partes ingressarem em juízo sem atender ao procedimento mandatório, o juiz poderá remeter as partes à mediação, suspendendo o processo por quatro meses, ao final do qual, as partes deverão ter chegado a um acordo. Se um acordo não for alcançado e se o mediador considerar apropriado, poderá desenhar uma proposta de acordo. Embora as partes sejam teoricamente livres para celebrar o acordo, neste caso, a liberdade torna-se mitigada, pois se a ação proposta for julgada de acordo com os

⁵⁶ Greek law does not require consent for enforcement of the agreement . Northern Ireland Access to Justice Review Report recommends that it be a condition of receiving legal aid in particular categories of cases that ADR options be considered and reasons given when they are rejected. NOLAN-HALEY, Jacqueline. *op.cit.*, 2012.

⁵⁷ Cf. Bulgarian Mediation Act/2004.

⁵⁸ Cf. Romanian Mediation Act, 192/2006

⁵⁹ DITTRICH, Lotario. Il procedimento di mediazione nel d. lgs. n. 28, del 4 marzo 2010 *in* <<http://www.judicium.it>>. Acesso em 20 de outubro de 2011.

termos do acordo que não foi aceito, o Tribunal poderá impor sanções que recairão sobre aquele que se recusou a aceitar o acordo, obrigando indiretamente a celebração de um acordo entre as partes para evitar o sofrimento de sanções. Além do sigilo ser quebrado, estipular um prazo de duração para a mediação, encapar o mediador nas vestes de um conciliador, penalizar aquele que se recusa a celebrar um acordo se o conteúdo se revelar no fundamento da sentença judicial, parece-nos um autoritarismo desmedido inculcado na lei italiana que institucionalizou a mediação.

Diante disso, algumas associações profissionais ingressaram com ação em face do Ministério da Justiça e do Ministério do Desenvolvimento Econômico perante o TAR Lazio que decidiu em 2011⁶⁰, não serem infundadas as dúvidas suscitadas acerca de alguns dispositivos do D. Leg. n° 28/2010, tais como a excessiva delegação constante no artigo 5º, e que a mediação enquanto fase de pré-julgamento, traduzindo condição de admissibilidade da ação, impede efetivamente o acesso à justiça.⁶¹

Além do TAR Lazio, outros tribunais como o Tribunal de Gênova⁶², a Justiça de Paz de Parma e a de Cantazaro⁶³ reforçam ainda mais, em decisões recentes, o perfil inconstitucional da lei perante a Corte Constitucional Italiana⁶⁴.

A espera de ouvir o pronunciamento da Corte Constitucional acerca da validade de alguns dispositivos do decreto, associações de advogados italianos vem solicitando a não aplicação do instituto pelos tribunais⁶⁵, argumentando que o juiz, a pedido de qualquer uma das partes pode admitir o pedido, recusando-se a aplicar o artigo 5º do decreto por ser incompatível com a Carta Européia dos Direitos do Homem⁶⁶.

⁶⁰ A íntegra da Decisão está disponível em <http://www.ilcaso.it>. Consulta em 15 de setembro de 2011.

⁶¹ VIGORITI, Vincenzo. Europa e mediazione. Problemi e soluzioni. *Revista de Processo*. n. 197. 2011, p. 248.

⁶² Tribunale di Genova. Sezione III Civile. N 4574/2011. Disponível em <<http://tribunale.genova.it>>. Acesso em 01/03/2012.

⁶³ N. 2 Ordinanza del del 1 settembre 2011 emessa dal Giudice di Pace di Catanzaro. Disponível em: <<http://www.gazzetaufficiale.it>> Acesso em 01/03/2012.

⁶⁴ Está previsto para 23 de outubro de 2012 a audiência que será realizada na Corte Constitucional para analisar a obrigatoriedade da mediação obrigatória, conforme notícia o n. 54 da Gazzetta Ufficiale de 28/12/2011.

⁶⁵ Também tornou-se muito comum o pedido e o deferimento de afastamento da mediação obrigatória em casos de direitos reais, especialmente usucapião. Notícia disponível em: < <http://www.liderlab.sssup.it/lider/it/mediazione/news>>.

⁶⁶ Conferir texto publicado pelo Organismo Unitario dell' Avvocatura Italiana, intitulado: "Disappicazione dell'obbligatorietà della media conciliazione per contrasto della Corte dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea". Disponível em: < <http://www.oua.it/Dottrina/Civile/Civile.asp>> Acesso em: 20/01/12.

É importante ainda salientar o parecer emitido pela Comissão Européia em resposta à Corte de Justiça da UE⁶⁷. As observações da Comissão são centralizadas especialmente sobre os mecanismos de sanções⁶⁸ previstos nos artigos 11 e 13 do D.Lgs. 28/2010.

Quer a Itália a adoção desmesurada da mediação para aliviar o pesado volume de processos que tramitam em seus Tribunais⁶⁹ e ao que parece é esse o principal

⁶⁷ Quanto a penalização daquele que se recusa a celebrar o acordo nos moldes propostos pelo conciliador: *“non osta ad una normativa nazionale come quella oggetto della presente causa che prevede che la parte che ingiustificatamente non partecipa al procedimento di mediazione sia sanzionata con la possibilità per il giudice successivamente investito della controversia di desumere argomenti di prova dalla mancata partecipazione e con la condanna al pagamento di una somma corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio. Tali sanzioni, non risultano tali da ostacolare o rendere particolarmente difficile l’accesso al giudice”*. Contudo, pondera que em se tratando de mediação obrigatória: *“osta ad una normativa nazionale quale quella oggetto della presente causa che assortisce il procedimento di mediazione di tipo obbligatorio di sanzioni economiche in grado di incidere sulla libertà delle parti di porre fine al procedimento di mediazione in qualsiasi momento e pertanto di limitare, in maniera sproporzionata, l’esercizio del diritto d’accesso al giudice”*. E reconhece que tal medida extrapola o fundamento da Diretiva: *“un sistema di mediazione quale quello istituito dal D.Lgs. 28/2010, il quale prevede che il mediatore possa e a volte debba, senza che le parti possano opporvisi, formulare una proposta di conciliazione che le parti sono indotte ad accettare per evitare di incorrere in determinate sanzioni economiche, non é in grado di consentire alle parti di esercitare il diritto di decidere liberamente quando chiudere il procedimento di mediazione e pertanto non appare in linea con la ricerca consensuale dell’accordo di mediazione. Effettivamente tale meccanismo appare in grado di produrre un forte condizionamento delle scelte delle parti che sono spinte ad acconsentire alla mediazione (mettersi d’accordo amichevolmente o accettare la proposta del mediatore) e di conseguenza sono scoraggiate dall’introduzione del processo in sede giudiziaria. Tuttavia, nel caso in cui tale meccanismo opera nell’ambito della mediazione di tipo facoltativo, il condizionamento da esso prodotto non appare tale da incidere sull’esercizio del diritto d’accesso al giudice. Nelle ipotesi di mediazione facoltativa, infatti, sussiste sempre la possibilità per le parti di adire direttamente il giudice”*. Parere quello formulato dalla Commissione europea nella memoria consegnata alla Corte di Giustizia sul caso di media-conciliação obrigatória rinviato dal giudice de pace de Mercato San Severino alla Corte di Giustizia europea in vista della pronuncia prejudicial circa a compatibilidade del D.Lgs. 28/2010 con a normativa europea. Full decision available at: <http://www.mondoadr.it/cms/wp-content/uploads/commissione-Ue-sanzioni-conciliazione.pdf>.

⁶⁸ Flexibiliza a limitação de quatro meses imposta como prazo de duração da mediação: *“non osta, in linea di principio, ad una normativa nazionale come quella oggetto della presente causa che prevede per l’esperimento della mediazione obbligatoria un termine di quattro mesi che in determinate circostanze sia destinato ad aumentare. Questa misura non appare tale da comportare un ritardo nell’introduzione e nella definizione di un successivo giudizio che possa essere tale da risultare manifestamente sproporzionato rispetto all’obiettivo di garantire una composizione più rapida delle controversie. Spetta, tuttavia, al giudice nazionale stabilire caso per caso se il ritardo che l’esperimento della mediazione obbligatoria comporta rispetto al diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva non sia tale da comportare una compressione di questo diritto suscettibile di ledere la sostanza stessa del diritto”*. Quanto aos custos da mediação, último questionamento formulado à Comissão Europeia, conclui que: *“osta, in linea di principio, ad una normativa nazionale come quella oggetto della presente causa che prevede una mediazione obbligatoria onerosa. Tuttavia, spetta al giudice nazionale stabilire caso per caso se i costi di una mediazione obbligatoria sono tali da rendere la misura sproporzionata rispetto all’obiettivo di una composizione più economica delle controversie”*. *Idem*.

⁶⁹ Algo em torno de 9 milhões de processos em 2007, cerca de 5,4 milhões de casos tramitando perante a justiça civil e outros 3,3 milhões tramitando perante a justiça criminal. Destes 3,3 milhões, 1/3 são ações iniciais e o resto é recurso em tramitação. Comparando com outros países europeus, o número de processos que tramita perante o tribunal civil italiano significa três vezes mais do que a quantidade de

objetivo da reforma: ab(usar) da mediação para resolver uma grave crise na justiça civil, tornando-se um instrumento de diminuição da carga de trabalho dos juízes e redução do número de processos.

Sem contar as inúmeras condenações que o país sofreu em razão da não observância da garantia da duração razoável do processos, prevista no art. 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos⁷⁰.

4.3.A mediação no Projeto do novo Código de Processo Civil Brasileiro

No Brasil a mediação começou a ganhar forma legislativa em 1998, mas foi em novembro de 2010, quando o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 125⁷¹, que as atividades de conciliação e mediação judiciais foram regulamentadas⁷². O art. 1º da Resolução institui a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, com o objetivo de assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados, deixando claro que incumbe ao Poder Judiciário, além da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de

processos que tramitam no tribunal francês, seis vezes mais da quantidade que tramita no tribunal alemão e cinco vezes mais do que tramita no tribunal espanhol. O número de ações que aguardavam o primeiro julgamento (1,2 milhão) correspondia a duas vezes mais o número de processos que aguardavam julgamento na Alemanha, Espanha e Inglaterra juntos. O'CONNEL, Vanessa. Mandatory Mediation in Italy? Mamma Mia! *The Wall Street Journal*, March, 14, 2011. Disponível em: <http://wsj.com/law/2011/03/14/mandatory-mediation-in-italy-not-if-the-lawyers-have-any-say/>

⁷⁰ SCHENK, Leonardo. Breve relato histórico das reformas processuais na Itália. Um problema constante: a lentidão dos processos cíveis. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 2, p. 181-202, 2008. Disponível em: http://www.redp.com.br/edicao_02.htm. Acesso em: 12 set. 2010.

⁷¹ Disponível em <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010>

⁷² “a) o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa; b) nesse passo, cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação; c) a necessidade de se consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios; d) a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados no país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças; e) é imprescindível estimular, apoiar e difundir a sistematização e o aprimoramento das práticas já adotadas pelos tribunais; f) a relevância e a necessidade de organizar e uniformizar os serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos, para lhes evitar disparidades de orientação e práticas, bem como para assegurar a boa execução da política pública, respeitadas as especificidades de cada segmento da Justiça.” PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Mediação e o CPC Projetado. *Revista de Processo*. v. 207, p. 219, 2012.

controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão.

Para cumprir tais metas, os Tribunais deverão criar os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, e instalar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania.

Já com a Resolução 125 do CNJ em vigor, diante das perspectivas do regramento da mediação judicial pelo Novo Código de Processo Civil que se descortina, e ainda, face a necessidade de tratar de questões concernentes à integração entre a adjudicação e as formas autocompositivas, foi redigido um Anteprojeto de Lei de Mediação Civil. Após examinado na Consultoria do Senado Federal foi apresentado em agosto de 2011, o Projeto de Lei do Senado que recebeu o número 517⁷³, e que trabalha com conceitos mais atuais e adaptados à realidade brasileira.⁷⁴

No entanto, a questão mais relevante, a nosso sentir, está na clara opção da Comissão de Juristas pela forma facultativa, e não obrigatória de utilização da mediação. Importante enfatizar esta questão, eis que no passado houve grande controvérsia acerca deste ponto por conta de um dos aspectos mais polêmicos daquela

⁷³ O texto pode ser consultado no sítio do Senado Federal, em <http://www.senado.gov.br>.

⁷⁴ “Assim, por exemplo, no art. 2º dispõe que “*mediação é um processo decisório conduzido por terceiro imparcial, com o objetivo de auxiliar as partes a identificar ou desenvolver soluções consensuais*”. Quanto às modalidades, o art. 5º admite a mediação prévia e a judicial, sendo que em ambos os casos pode, cronologicamente, ser prévia, incidental ou ainda posterior à relação processual. É comum encontrarmos referências à mediação prévia e incidental, mas raramente vemos a normatização da mediação posterior, embora esteja se tornando cada vez mais comum (obviamente, há necessidade de se avaliar os eventuais impactos sobre a coisa julgada, o que não será analisado neste trabalho). Outra inovação pode ser vista no critério utilizado para conceituar a mediação judicial e a extrajudicial. Optou-se por desvincular a classificação do local da realização do ato, adotando-se como parâmetro a iniciativa da escolha. Assim, pelo art. 6º, “*a mediação será judicial quando os mediadores forem designados pelo Poder Judiciário e extrajudicial quando as partes escolherem mediador ou instituição de mediação privada*”. Não foram estabelecidas restrições objetivas ao cabimento da mediação. Basta que as partes desejem, de comum acordo, e que o pleito seja considerado razoável pelo magistrado (art. 7º). A mediação não pode ser imposta jamais, bem como a recusa em participar do procedimento não deve acarretar qualquer sanção a nenhuma das partes (§ 2º), cabendo ao magistrado, caso o procedimento seja aceito por todos, decidir sobre eventual suspensão do processo (§ 4º) por prazo não superior a 90 dias (§ 5º), salvo convenção das partes e expressa autorização judicial. Ainda segundo o texto do Projeto, o magistrado deve “*recomendar a mediação judicial, preferencialmente, em conflitos nos quais haja necessidade de preservação ou recomposição de vínculo interpessoal ou social, ou quando as decisões das partes operem consequências relevantes sobre terceiros*” (art. 8º). Por outro lado, caso se verifique a inadequação da mediação para a resolução daquele conflito, pode o ato ser convalidado em audiência de conciliação, se todos estiverem de acordo (art. 13). Enfim, sem ingressar nas questões específicas do Projeto, importante ressaltar a intenção de uniformizar e compatibilizar os dispositivos do Novo CPC e da Resolução nº 125 do CNJ, regulando os pontos que ainda estavam sem tratamento legal” PINHO, Humberto Dalla Bernadina de, *op.cit.* 2012, p. 220.

proposta legislativa em 1998: a obrigatoriedade de realização desse procedimento em todos os processos de conhecimento, salvo algumas exceções ditadas pelo projeto.

Muito embora a ideia de se impor a mediação incidental em determinadas hipóteses seja bastante sedutora, pensamos que esta não é a melhor solução, e bem andou o projeto do novo Código de Processo Civil ao resistir aos falsos encantos de tal prática. Na redação atualmente disponível do Projeto do novo CPC, podemos identificar a preocupação da Comissão com os institutos da conciliação e da mediação, especificamente nos artigos 144 a 153. O Projeto enfoca, especificamente, a mediação feita dentro da estrutura do Poder Judiciário. Isso não exclui, contudo, a mediação prévia ou mesmo a possibilidade de utilização de outros meios de solução de conflitos (art. 153).

Contudo, a institucionalização da mediação que aterrissa no direito processual brasileiro merece algumas breves considerações devido a algumas peculiaridades.

A experiência brasileira na área da resolução dos conflitos vem sendo gradualmente transformada, mas a cultura demandista é uma característica que faz com que o serviço judiciário seja muito procurado, deixando-o cada vez mais disfuncional, lento, inacessível aos excluídos, burocratizado, ineficiente e imprevisível.⁷⁵

Além disso, sob o pretexto de *apresentar* outros meios de composição de conflitos para além da solução adjudicada, o Poder Judiciário se avoca a realização da mediação impregnado-a com o peso da intervenção estatal aprofundando o anacronismo ao conceito contemporâneo de ADR.

A difusão do uso da mediação desta forma realmente é a mais fácil e cômoda, quando o ideal, seria que os métodos de solução de disputas além da jurisdição fossem apresentados nas universidades, aos operadores do Direito e divulgados de forma geral na sociedade especialmente através das escolas de formação básica.

Educar a sociedade a resolver seus próprios conflitos ou a escolher o melhor método para resolvê-los é uma tarefa árdua, principalmente quando, por mais que seja frustrante a inoperância dos serviços judiciais, é difícil quebrar um sistema que apesar de opressivo, é confortável porque é conhecido, familiar. Só a educação orienta quanto as regras de conduta e os valores que orientarão a opção escolhida; dota e treina os indivíduos a distinguir entre razões corretas e incorretas de preferência e da inclinação

⁷⁵ NALINI, José Renato. Os três eixos da Reforma do Judiciário. *Revista do Advogado (AASP)*, n. 75, abr. 2004, p. 67.

em seguir aquelas e evitar estas; induz os indivíduos a internalizar normas que dali em diante guiarão a sua prática⁷⁶.

4.5. Mediação obrigatória e a crise hipotecária norte-americana

A popularidade das ADRs em países common law é notória. O advento dos Court-connected programs e o nascimento do conceito multi-door courthouse cunhado por Frank Sander na Pound Conference em 1976 seria um divisor de águas na história das ADRs⁷⁷ nos Estados Unidos e o prenúncio de uma nova era na área da resolução dos conflitos.

Como consequência, Court-Connected Programs e leis foram implementadas em âmbito federal e local com o objetivo de estimular o uso das ADRs⁷⁸, ao mesmo tempo em que se desencadeava a preocupação com uma *privatização* da resolução dos conflitos, já que a publicidade do julgamento e das decisões judiciais é garantia da proteção dos direitos individuais⁷⁹.

No campo da obrigatoriedade⁸⁰, o assunto é debatido há vários anos por estudiosos norte-americanos e a tese defendida é que a exigência se limita à submissão das partes a um processo de mediação e não a celebração de um acordo; além disso, coagir ao uso da mediação serviria para *apresentar* o método àqueles que desconhecem o procedimento, mas que seriam usuários em potencial da prática. Os argumentos são sempre muito semelhantes.

⁷⁶ BAUMAN, Zygmunt. *Em busca da política*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar editor, 2000.

⁷⁷ Cf.: STONE, Katherine V.W., *Alternative Dispute Resolution*. Encyclopedia of Legal History, Stan Katz, ed., Oxford University Press., 2004.

⁷⁸ In 1983, Rule 16 of the Federal Rules of Civil Procedure was amended to exhort courts to consider the “possibility of settlement” or “the use of extrajudicial procedures to resolve the dispute” at pre-trial conferences. The Civil Justice Reform Act of 1990 also required every federal district court to consider court-sponsored ADR. In addition, the ADR Act of 1998 gave district courts the mandate to establish ADR programs and listed mediation as an appropriate ADR process. QUEK, Dorcas. Mandatory Mediation: An oxymoron? Examining the feasibility of implementing a court-mandated mediation program. *Cardozo Journal of conflict resolution*. vol. 11:479. 2010, p. 479-509

⁷⁹ “Similarly, some critics urge that treating disputes as matters of individual, rather than public, concern eliminates important public accountability. Others argue that dispute resolution fails to serve an important educational function when it is privatized. Another common criticism is that the establishment of dispute resolution processes weakens the position of less powerful members of society”. STERNILIGHT, Jean R., Is Alternative Dispute Resolution Consistent With the Rule of Law? *De Paul Law Review*, Vol. 56, , 2006, p. 569

⁸⁰ Cf.: SANDER, Frank E. A. Another View of Mandatory Mediation. *DISP. RESOL. MAG.*, Winter 2007.

O Law and Public Policy Committee of the Society of Professionals in Dispute Resolution divulgou um relatório em 1990 afirmando que a participação obrigatória num procedimento de resolução de disputas em algumas situações seria apropriado; a legislação federal⁸¹ seguiu o mesmo entendimento; em consequência, o Civil Justice Reform Act inseriu a mediação obrigatória como parte do cenário das ADRs e as Cortes confirmaram a sua legitimidade.⁸²

O aferro a razões como eficiência e economicidade que também embalam os programas de mediação obrigatória norte-americanos vem sendo alvo de críticas contundentes. Estudos mostram que a quantidade de processos que são levados aos Tribunais para questionar a validade e a qualidade dos acordos obtidos em mediação⁸³, derrubam a lógica da eficiência⁸⁴, e a cura para a ineficiência do acesso à justiça, tornou-se na verdade, uma barreira, além de ser antidemocrático.⁸⁵

⁸¹ On this point it is worth taking a look at the “Alternative Dispute Resolution” Act, of 1988, in force in the United States. The main excerpts of the Act follow: “(...) (2) *certain forms of alternative dispute resolution, including mediation, early neutral evaluation, mini-trials, and voluntary arbitration, may have potential to reduce the large backlog of cases now pending in some Federal courts throughout the United States, thereby allowing the courts to process their remaining cases more efficiently;* (...) (b) *AUTHORITY- Each United States district court shall authorize, by local rule adopted under section 2071(a), the use of alternative dispute resolution processes in all civil actions, including adversary proceedings in bankruptcy, in accordance with this chapter, except that the use of arbitration may be authorized only as provided in section 654. Each United States district court shall devise and implement its own alternative dispute resolution program, by local rule adopted under section 2071(a), to encourage and promote the use of alternative dispute resolution in its district. (...) SEC. 4. JURISDICTION. Section 652 of title 28, United States Code, is amended to read as follows: Sec. 652. Jurisdiction (a) CONSIDERATION OF ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION IN APPROPRIATE CASES- Notwithstanding any provision of law to the contrary and except as provided in subsections (b) and (c), each district court shall, by local rule adopted under section 2071(a), require that litigants in all civil cases consider the use of an alternative dispute resolution process at an appropriate stage in the litigation. Each district court shall provide litigants in all civil cases with at least one alternative dispute resolution process, including, but not limited to, mediation, early neutral evaluation, minitrial, and arbitration as authorized in sections 654 through 658. Any district court that elects to require the use of alternative dispute resolution in certain cases may do so only with respect to mediation, early neutral evaluation, and, if the parties consent, arbitration. (...)”.*

Source: <http://www.pubklaw.com/hi/105-315.html>.

⁸² “After mediation was implemented as a cure for the inefficiencies of the justice system, mandatory mediation programs were adopted in numerous contexts, particularly for custody and divorce disputes”. NOLAN-HALEY, Jacqueline M. *op.cit.*, 2012.

⁸³ THOMPSON, N. Peter; COBEN, James R. Disputing Irony: A systematic look at litigation about mediation. 11 *Harvard Negotiation Law Review*. 43. 2006, pp. 73-89.

⁸⁴ “Confidentiality may also be compromised, particularly when rules requiring good faith bargaining allow the mediator to report on what happened during mediation. Good faith bargaining requirements also can pressure parties to settle. Some parties who are referred to mediation may fear that if they do not settle, there will not be a favorable outcome from the judge”. *Ibidem*

⁸⁵ WELSH, Nancy A. The place of Court-Connected Mediation in a Democratic Justice System, 5 *Cardozo Journal of Conflict Resolution* 117, 2004.

É importante salientar que em nenhum momento se coloca em dúvida os benefícios da mediação, mas sim, o fato de ser imposta como um pseudo facilitador do acesso à justiça.

A ideologia central da mediação norte-americana é a sua voluntariedade⁸⁶, fundamentada na autodeterminação⁸⁷. Mas os programas de mediação obrigatória⁸⁸ difundiram-se sob diversos modelos, desde a coerção sob vestes de sugestão judicial para a submissão às sessões de mediação, à obrigatoriedade institucionalizada como uma condição precedente ao julgamento da demanda.

A explicação norte-americana é que existe uma diferença entre *coercion into* e *coercion within mediation*⁸⁹: os Tribunais podem exigir a participação às sessões de mediação (*front-end*), mas não poderiam exigir a celebração do acordo ou o aceite de uma proposta em particular (*back-end*). Por isso a mediação obrigatória passa a ser uma figura aceitável na cena jurídica norte-americana.

Nos últimos anos, o tema da mediação tem ocupado espaço para o enfrentamento dos conflitos advindos da grave crise hipotecária que assolou os Estados Unidos a partir de 2008⁹⁰. Apesar das leis de fomento à mediação normalmente serem implementadas em nível local, neste caso, diante da magnitude do problema, o Governo Federal assumiu papel mais ativo disponibilizando fundos aos Estados para a instalação de programas que promovam a negociação entre bancos e mutuários evitando que estes cheguem aos Tribunais.

Os governos e tribunais locais realmente são os mais apropriados para administrar tais programas de mediação, já que melhor conhecem as nuances sociais e econômicas do seu entorno.

⁸⁶ NOLAN-HALEY, Jacqueline M. Mediation Exceptionality. *Fordham Law Review*, vol. 78, n. 101, nov. 2009.

⁸⁷ “*The Model Standards of Conduct for Mediators emphasize the importance of informed consent—‘each party makes free and informed choices as to process and outcome.’*” *Ibidem*.

⁸⁸ No entanto, algumas jurisdições norte-americanas teriam agido de *boa fé* ao inserir programas de mediação obrigatória, devido aos baixos índices de adesão à mediação voluntária: “*U.S. courts and legislatures have had little problem in requiring parties to participate in the “voluntary” process of mediation, and in some jurisdictions they must do so in good faith*” *Ibidem*

⁸⁹ QUEK, Dorcas. *op.cit.*

⁹⁰ “*More than 25 foreclosure mediation programs have been created in at least 14 states. Although many programs are still finding their footing, outcomes from several established programs are impressive, with some boasting 70-75 percent settlement rates with approximately 60 percent of homeowners reaching settlements that allow them to remain in their homes*” Disponível em: <<http://www.http://portal.hud.gov>>

Mais de quinze Estados norte-americanos oferecem algum tipo de mediação, sendo que alguns deles⁹¹ decidiram *forçar* os mutuários que enfrentam a execução hipotecária, a participarem de sessões de mediação previamente a ação judicial. Mutuários e credores são comunicados sobre a necessidade de participação de uma sessão de mediação. Caso o mutuário não compareça, não sofre penalização, já os credores podem enfrentar sanções.

Ainda em 2008, no início da crise, Connecticut⁹² se tornou um dos primeiros Estados a aprovar uma lei exigindo a mediação entre mutuários em dificuldades e credores, sendo seguido pela Philadelphia (2008), New York (2008), Florida (2009), California (2009), Rhode Island (2009) e Pennsylvania (2010).

Os mutuários sempre reclamavam das dificuldades em negociar uma modificação dos valores devidos nos empréstimos, uma experiência quase sempre frustrante, pois era comum receberem informações contraditórias dos representantes dos bancos. O trabalho do mediador nestes casos é equilibrar as forças em conflito, humanizando um processo já tão doloroso; muitos proprietários em risco de perderem suas casas estão conseguindo através da mediação construir soluções para o problema, impedindo arrestos, reduzindo os custos da execução hipotecária. Os resultados ainda estão sobrevindo, mas alguns números precisam de atenção⁹³.

⁹¹ Os Estados de Connecticut, California, New York, Florida, Pennsylvania, Philadelphia e Rhode Island adotaram a mediação obrigatória. Estados e cidades como Delaware, Hawaii, Illinois, Indiana, Kentucky, Maryland, Maine, Michigan, Nevada, New Jersey, New Hampshire, New Mexico, Ohio, Oregon, Minnesota, Wisconsin adotaram programas voluntários. *The Wall Street Journal*. Dec 2010.

⁹² “*Mediation in Connecticut is available for any qualifying mortgage, which includes both first and second liens on any one-to-four family owner-occupied property. Eligible defaulted mortgages are not limited to mortgages taken out for the purchase of the property and can be loans for “personal, family or household purposes”, such as refinancing, second mortgages, and home equity lines of credit. Connecticut is a judicial foreclosure state, so homeowners receive notice with service of the complaint on a form titled, ‘Notice to Homeowner: Availability of Foreclosure Mediation.’ The form lists the eligibility criteria and explains that “Mediation is a process by which a neutral mediator assists parties in trying to reach a voluntary negotiated settlement to resolve their dispute.” The form also notes that a homeowner must fill out to participate. The notice ends with a statement in bold that there is no fee for applying to the program. The court must schedule mediation within 10 business days of the homeowner’s response. Mediation must conclude within 60 days, though parties or the mediator can apply for a 10-day extension upon a showing of good cause. Bill number 619 would give the court 15 days to schedule mediation and provide for an extension of 30 days. The homeowner and servicer’s counsel must appear in person; servicer’s counsel must have authority to enter into a settlement, and the servicer’s representative must be available by telephone or electronic means. Within two days after the first mediation, the mediator must decide whether a further mediation would be fruitful and send the court and parties a report to that effect; otherwise the mediator may cancel any subsequent sessions and permit foreclosure to proceed. The foreclosure proceedings are not stayed during mediation, so a homeowner must file an answer and participate in the litigation as needed. However, no judgment can be entered until the mediation period has ended.*” <<http://www.americanprogress.org>>

⁹³ Cf. <http://www.mediate.com>

Os programas de mediação em New York e Connecticut são indicados como referências de sucesso. Em Connecticut cerca de 70% dos devedores entraram no programa de mediação e cerca de 60% conseguiram reduzir o valor mensal de suas hipotecas; já em Nevada e New Jersey, aonde a participação em sessões de mediação é voluntária, 11% e 20% respectivamente dos devedores procuraram o programa. No entanto, o que surpreende é que em Nevada os devedores conseguiram celebrar acordos para a redução das parcelas em 74% dos casos e em New Jersey, 65%.

Notamos que o índice de resultados favoráveis aos devedores é maior quando a participação na mediação é voluntária. E porque a escolha do programa tem um índice baixo? A falta de conhecimento dos devedores sobre a existência dos programas e a crença na ineficácia do método são motivos contundentes.

A complexibilidade e a sensibilidade que os conflitos que exurgem da crise hipotecária exige foi determinante para o destaque dado neste artigo.

Muitos norte-americanos viveram a agonia da possibilidade de perderem suas casas, e além disso o custo que as execuções hipotecárias representavam não só para os executados, mas também para o Governo era expressivo. Incentivar a instalação de programas de mediação e a sua participação pelos devedores e credores é um avanço; uma propaganda extensiva sobre os benefícios da mediação evitaria a imposição e o tempo que as partes tem levado para celebrar o acordo nos locais aonde ela é mandatária.

Em que pese o plano ter como maior objetivo chamar ao acordo mais os bancos do que os devedores, que teriam muito mais condições de arcar com longas demandas judiciais, mesmo assim, espera-se que ao menos, a imposição de mediação seja feita em caráter temporário e não se instale definitivamente em detrimento do esclarecimento e da educação para a celebração do acordo com segurança e qualidade.

5. Considerações finais.

A mediação, imbuída da função social que se exige dos institutos jurídicos, impregnou o movimento contemporâneo de acesso à justiça, e vem ocupando um lugar de destaque nos ordenamentos jurídicos. Um processo que tem como indiscutível característica a voluntariedade, a consensualidade, a autodeterminação da parte, mas

que vem sendo promovido e entregue de forma desigual seja em jurisdições civil law ou common law.

É bem verdade que não se pode permitir que o Judiciário seja utilizado, abusado ou manipulado pelos caprichos de litigantes que, simplesmente, querem brigar⁹⁴ ou levar o conflito a novas fronteiras. Acredito que todos os operadores do direito já se depararam com algum processo em que isto ficou claro e, não raras vezes, o juiz fica refém do capricho de uma ou ambas as partes por força do Princípio do *non liquet*.

Interessante observar que Neil Andrews refere em sua obra o dever das partes de explicar o motivo da recusa em se submeter aos meios alternativo⁹⁵.

Contudo, a institucionalização e a participação obrigatória em sessões de mediação, embora pareçam soluções rápidas e eficazes, são, na verdade, esquemas que comprometem a essência do instituto, mesmo que sob o argumento de que se trata de uma forma de educar o povo e implementar uma nova forma de política pública.

Ao deixar a mediação à sombra de um Tribunal ou punir as partes que resistem ao convite para mediar, fere-se a sua identidade, ora aproximando-a da adjudicação (processualização), ora confundindo-a com uma conciliação (patrimonialização). Em ambos os casos o resultado final fica aquém das expectativas.

Não é racional transformar a mediação num remédio para curar a ineficiência da administração pública, tornando-a uma medida restritiva de acesso ao tribunal sob o fundamento legitimador de garantia de uma composição dos litígios com mais agilidade. Essa ideia, paradoxal, tem sido prioritária para muitos países.

⁹⁴ “what people bring to court is the refuse of our national and community life. Mendacity, greed, brutality, sloth, and neglect are the materials with which we work”. Paul D Carrington, ‘Teaching Civil Procedure: A Retrospective View’ (1999) 49 Jo of Leg Educ 311, at 328, *apud* ANDREWS, Neil. *Mediation in England: organic growth and stately progress*. Texto ainda não publicado e gentilmente cedido pelo autor quando de sua visita à Faculdade de Direito da UERJ, em dezembro de 2011, p. 17.

⁹⁵ “Potential litigants have become aware that mediation can secure various economic gains, social benefits, and even psychological advantages, when compared to the other two main ‘paths of justice’, namely court proceedings and arbitration.5 The following points will be uppermost in the minds of disputants when they peer down the barrel of court proceedings: (1) the perception (and nearly always the reality) that court litigation is unpredictable; (2) the judicial process (including extensive preparation for the final hearing) involves a heavy-handed fight for justice, which is a source of expense, delay, and anxiety; (3) court litigation offers little scope for direct participation by the parties, as distinct from legal representatives; (4) final judgment normally awards victory to only one winner; (5) trial is open-air justice, visible to mankind in general; (6) litigation is private war—even if judges pretend that it is governed by elaborate rules and conciliatory conventions designed to take the sting out of the contest”. ANDREWS, Neil. *Mediation in England: organic growth and stately progress*. Texto ainda não publicado e gentilmente cedido pelo autor quando de sua visita à Faculdade de Direito da UERJ, em dezembro de 2011, p. 1. ANDREWS, Neil. (trad. Teresa Alvim Arruda Wambier). *O Moderno Processo Civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 273.

A UE avança com a aplicação da Diretiva e os Estados-membros se deparam com os desafios de estabelecer programas de mediação, tal como a preocupação com a ética que se torna mais rigorosa especialmente em países que resolvem adotar a mediação obrigatória; o Brasil, sem qualquer tradição no uso das ADRs reconhece sua importância na cena contemporânea, e a institucionaliza no projeto do seu novo Código de Processo Civil e os integra na paisagem judiciária; nos EUA, aonde as ADRs tem maior popularidade, não conseguiu escapar da tendência que segue em direção à institucionalização e obrigatoriedade.

Entretanto, a cautela nas expectativas que tratam a mediação como uma *panacea* para os males dos sistemas de justiça é mandatória. O Poder Judiciário, por sua vez, deve ser aliado dos programas de mediação e não absorvê-los. Se o acesso à justiça inclui o acesso à sistemas de ADR, é fundamental ter em mente os valores que fizeram a mediação, em particular, ser tão atraente.