

**MEDIAÇÃO OBRIGATÓRIA: UM OXÍMORO JURÍDICO E MERO PLACEBO PARA
A CRISE DO ACESSO À JUSTIÇA**

**MANDATORY MEDIATION: AN OXYMORON AND A MERE PLACEBO FOR THE
CRISIS OF ACCESS TO JUSTICE**

Humberto Dalla Bernadina de Pinho
Professor da UERJ
Promotor de Justiça no RJ

Michele Pedrosa Paumgarten
Mestranda em Direito UNESA
Advogada no RJ

RESUMO: Este é um momento especial para os mecanismos alternativos de solução de conflitos, particularmente para a mediação. Vivenciamos uma produção em larga escala de normas que incentivam a sua prática. Uma medida bastante salutar diante dos benefícios e a transformação que exerce no tratamento de um conflito e nas partes envolvidas. No entanto, com o pretexto de facilitar o uso deste mecanismo amigável de solução de conflitos, uma metamorfose vem se desenrolando na paisagem judicial: é a mediação obrigatória. A imposição da mediação às partes vem sob o pretexto da redução de custos, tempo e alívio para as Cortes obstruídas por processos, ou seja, a suposta cura para todos os males que afetam o acesso à justiça nos tempos modernos. Nossa proposta é tecer uma análise crítica à mediação obrigatória, usada para fins meramente estatísticos e sob o pretexto de garantia do acesso à justiça, levando em conta sistemas jurídicos que enfrentam essa nova realidade.

Palavras chaves: Acesso à justiça; Mediação obrigatória; Processo; Conflitos.

ABSTRACT: This is a special moment for the alternative mechanisms for conflict resolution, particularly for mediation. We experience a large-scale production of standards that encourage mediation practice. A healthy measure, considering the benefits and the transformation that mediation exerts on the treatment of a conflict and on the parties involved. However, under the pretext of facilitating the use of this kind of ADR, a metamorphosis has been unfolding in the judicial scenario: it's the mandatory mediation. The imposition of mediation comes under the pretext of reducing costs, time and relief for clogged courts by judicial proceedings, that is, supposedly the cure for all problems that affect the access to justice in modern times. Our proposal is to make a critical analysis of mandatory mediation- which has been used for statistical purposes and under the pretext of ensuring access to justice- taking into account legal systems that face this new reality.

Key words: Access to justice; Mandatory mediation; Process; Conflicts.

Sumário: I *Acesso à justiça: realidade ou fantasia?* II *No caminho da mediação.* III *Mediação obrigatória: a metamorfose.* IV *Perspectivas na Europa e nas Américas.* V *Considerações finais.* VI *Referências bibliográficas.*

I Acesso à justiça: realidade ou fantasia?

Assim que embarcamos no século XXI, o tema do acesso à justiça se tornou questão preeminente nos países de todos os continentes. Mas o assunto não é novo. A preocupação com o acesso à justiça surgiu em meados da década de 1970, quando uma série de iniciativas se seguiram com o intuito de garantir tal direito básico inerente a todo Estado Democrático.

Embora parte desse ímpeto inicial para a garantia do acesso à justiça tenha diminuído no decurso destes trinta anos em algumas sociedades, o propósito de prover uma justiça eficaz à população tem se tornando um problema, piorando a cada ano.

O tempo atual é marcado por este propósito, pois o cidadão tornou-se dependente dos Tribunais.

Um templo, que exerce um magnetismo colossal, como se fosse o único local apto a promover um encontro com a Justiça.

Com discrição e discricionariamente, o Estado Juiz lança seus tentáculos sobre todos os atos da nossa vida e delimita nossas opções individuais; ao mesmo tempo que somos invadidos por este Estado Juiz com sua ambição reguladora, com livre acesso sobre nossas vidas, a certeza do acesso não vigora na relação inversa.

Mas a inflacionada demanda por justiça não pode ser encarada apenas sob o vértice do magnetismo que vem tornando o homem tão propenso a ir aos Tribunais. O fenômeno é complexo, seja por uma cultura demandista ou por orientação do próprio Poder Judiciário que não admite a perda do controle e poder sobre a sociedade, acabando por sobrecarregar a já exaurida capacidade produtiva jurisdicional¹.

Some-se a isto o fato de que nosso ordenamento jurídico não está apto a trabalhar com o conceito de conflitos insolúveis, ou seja, que jamais poderão ser resolvidos. Nestes, 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.

¹ “*Sembra infatti che la tendenza dominante nelle società asiatiche sia una sorta de 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, 2007, p. 1067).

Nesta senda, 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.

O incitado acesso à justiça para a solução de conflitos de interesse em áreas socialmente impactantes evidencia por outro lado, que o termo jurisdição não pode mais se restringir ao clássico *dizer o Direito*, ou seja, não basta a garantia do acesso à justiça, mas à essa liberdade pública deve-se agregar o direito a um provimento jurisdicional idôneo a produzir os efeitos práticos a que ele se preordena.

É notório como a nossa estrutura jurídico-política foi sempre muito atenta 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 recepcionar e resolver eficazmente as lides.

Sendo assim, não restam dúvidas que a direção da política do Direito deve ser no sentido de uma jurisdição mínima (RESTA, 2011, p. 66), contra uma jurisdição tão onívora e constataadamente ineficaz.

Nesse contexto, a adoção de métodos alternativos endo ou paraprocessuais para a solução das demandas surge com expectativa, como antídoto contra a crise jurisdicional, que não deve cingir-se apenas a descongestionar os Tribunais ou promover a cura para um litígio, mas deve sim encontrar a sua solução plena, duradoura e de forma pacífica, não violenta, buscando a solução de conflito em conjunto, amenizando-se a dependência social da jurisdição.

A mediação se destaca nesse cenário com vivacidade. E torná-la obrigatória tem sido defendida como a solução para que o acesso a justiça não se torne definitivamente uma quimera.

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 limites? 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? Mediar obrigatoriamente compromete os princípios fundamentais da mediação?

II No caminho da mediação

A percepção de que os benefícios da mediação podem ser de grande utilidade para atenuar a gravidade do problema do acesso à justiça é a visão predominante de hoje.

As regras que incentivam a mediação provocam os advogados a aconselhar seus clientes acerca da disponibilidade da prática mediativa; em alguns países, os currículos das universidades de Direito incluem o curso de mediação e vem reunindo um grande número de alunos.

O movimento em direção à mediação é hoje tão forte que até mesmo grupos mais céticos à prática ou aqueles que olhavam-na com desdém em algum momento, permitem-se considerá-la como um possível mecanismo para a solução de conflito de interesses.

As vantagens da mediação tem sido laboriosamente propagadas e sabemos que não se resume a economia de custos pelas partes. Por meio dela, o risco e a incerteza de uma decisão judicial proferida por um juiz selecionado aleatoriamente para resolver o conflito, são substituídos por uma solução elaborada pelas próprias partes e com a ajuda de um mediador escolhido por elas.

A solução mediada é ainda mais valiosa e significativa em disputas aonde a relação entre as partes é de longa duração e permanente; pode abranger todo o litígio entre as partes e não apenas a estreita questão que se submete ao Judiciário; 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, falhando o processo de mediação, as partes não estariam impedidas de levar a um juiz o caso que ainda encontra-se em litígio para que seja julgado.

Mas o significado da mediação não é o mesmo para todos. Para alguns, mediar transmite a noção da existência de um papel facilitador por um especialista na matéria sob litígio; para outros, na mediação é feita uma avaliação por um terceiro neutro para que os litigantes possam avaliar suas respectivas posições com mais precisão para chegarem a uma solução por si próprios. Na maioria dos casos, no entanto, a mediação denota uma combinação desses atributos.²

² 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, 2007, p. 9-12)

Chiara Besso (2010, p.33), 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 Muñoz (2009, p.66-88), comentando o ordenamento espanhol, ensina que:

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.

Temos sustentado, numa definição simples e direta, que 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). Ele apenas auxilia as partes na obtenção da solução consensual.

Quer nos parecer que a mediação é muito mais um conjunto de técnicas, experiências e hábitos culturais, que vão se estabelecendo na comunidade, do que uma definição teórica.

É uma busca para a solução dos conflitos, pautado numa prática discursiva, criando através do diálogo e não da força coercitiva, uma resolução para o conflito, cuja legitimidade deste resultado encontra suas bases no próprio processo comunicativo que lhe originou.

Esse artifício comunicativo³ sobre o qual se constrói uma razão comunicativa nos moldes propostos por Habermas (1987) fornece as ferramentas necessárias para a análise do mecanismo da ADR (alternative dispute resolution). Esclarece ainda como a linguagem pode influenciar neste processo interindividual, dentro de um amplo processo de argumentação entre as partes, reconhecendo a figura do outro, enquanto diferente (CITTADINO, 2004, p. 111) e rompendo-se a figura do amigo-inimigo, convenção arraigada no processo judicial tradicional.

Gostamos muito da ideia do saudoso e inesquecível Luis Alberto Warat (2001, p. 31), para quem o objetivo da mediação não seria o acordo, mas a mudança das pessoas e seus sentimentos. Somente desta forma seria possível transformar e redimensionar o conflito.

Esta ideia parte da 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.

³ Cf. GESTA LEAL. Rogerio. A difícil relação entre o direito fundamental à informação e o acesso aos documentos produzidos pelos regime militar brasileiro. **Revista de Direito Brasileira**. n 1, p. 145, jul/dez.2011.

Muitas vezes, esse controle significa, na prática, garantir que o canal de comunicação fique sempre aberto, e conscientizar as partes sobre a importância da preservação do vínculo que as une.

De qualquer forma, deve ficar desde logo afastada qualquer ideia de que os meios alternativos conduzem à privatização do processo. Nesse sentido, não custa lembrar o ensinamento de Barbosa Moreira (2001, p.11): “falar em privatização do processo é uma expressão, nalguns casos, inadequada; noutros, falsa; em todos, perigosa”.

Obviamente chegar a um acordo por meio do processo de mediação não é tarefa fácil. Exige tempo, dedicação e preparação adequada do mediador.

Seria um erro grave pensar em executar mediações em série, de forma mecanizada, como hoje, infelizmente, se faz com as audiências prévias.

A mediação é um trabalho artesanal. Não é uma ciência. Embora possa ser ensinada, não pode ser inteiramente apreendida. A habilidade do mediador é pessoal e intuitiva.

Cada caso é único. Demanda tempo, estudo, análise aprofundada das questões sob os mais diversos ângulos. O mediador deve se inserir no contexto emocional-psicológico do conflito. Deve buscar os interesses, por trás das posições externas assumidas, para que possa indicar às partes o possível caminho que elas tanto procuravam.

E é fundamental que as partes sejam verdadeiramente envolvidas neste processo, pois a responsabilidade de “decidir” é delas. (HESPANHA, 2009, p. 390)

Na mediação evita-se a polarização entre o vitorioso e o derrotado da demanda (*substituição do winner-takes-all pelo win-win*), além de garantir-se maior criatividade no processo decisório, com a chance de pensar “*outside the box*” e construir consensualmente a decisão (*tailored decision*). (GABBAY, 2011, p. 47)

Num paralelo ao processo judicial, no qual o conflito amedronta e ameaça as partes que por isso desejam suprimi-lo, ao seguir pelo caminho da mediação as partes experimentam uma oportunidade de transformação através do diálogo e o desejo de promover a resolução plena da disputa; no primeiro caso, o objetivo é acalmar o adversário (inimigo) sem se importar em descobrir ou corrigir as causas subjacentes à disputa, buscando-se sempre a liquidação do conflito; no segundo caso, dirige-se a um nível mais profundo de compreensão e de empoderamento das partes através de uma comunicação honesta sobre as causas do litígio, permitindo assim, que as partes decidam como acabar com o conflito.

No processo judicial cria-se uma solução que leva a aceitação mal-humorada do “perdedor”. O conflito é visto pela parte como algo que ela apenas deseja encerrar ou dar uma

resposta negativa a um pedido, sendo de todo modo, um procedimento estressante, violento, temível, ameaçador e irracional.

Na mediação, as partes são guiadas à resolução do conflito, à reconciliação, ao perdão.

Para aqueles que desejam resolver as causas subjacentes da disputa em que estão envolvidos, o conflito é examinado desde a sua origem, buscando-se elementos essenciais para toda a mudança, crescimento, aprendizagem, tornando-o a voz de um novo paradigma e um pronto indicador de mudança, uma direção para o que não está funcionando, um grito de socorro, certamente um antídoto à estagnação e apatia. (JACOBS, 2005, p. 1-3)

A dificuldade não é só com o conflito em si, mas em como reagimos à ele (CLOKE, 2005, p.1-5). A mudança é provocada através da interação entre o conflito e a resolução, divergência e convergência, antagonismo e unidade e a mediação certamente está revestida deste escopo transformador.

III Mediação obrigatória: a metamorfose

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.

Entretanto, a forma como a mediação vem sendo introduzida em alguns ordenamentos desfigura o instituto e tem a finalidade de servir a propósitos meramente estatísticos, e que estão longe de atender às necessidades do cidadão.

Muitos dos que estão interessados na resolução de disputas através da mediação, parecem não entender que esta prática 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.

Corremos o risco de simplesmente por termo à uma controvérsia que precisaria ser mais ventilada; a indução à passividade ao invés de promover o diálogo; teríamos uma pacificação ao invés de paz.

Nesse contexto, será que o uso da mediação, em particular, na forma como vem sendo proposta, com prazo para terminar, obrigatória e em casos pré-determinados, seria o arranjo ideal para a solução efetiva dos conflitos da sociedade e o remédio para a crise do acesso à justiça? Ou o efeito seria meramente psicológico, diante de uma barreira imposta previamente ao processo judicial?

A mediação não deve ser perseguida em todos os casos 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.

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 incidentalmente à demanda judicial.

A mediação preventiva obrigatória não tem despertado muita popularidade. Obviamente a crítica não recai sobre a utilidade de mediação, mas em sua transformação numa etapa obrigatória, como se fosse a poção mágica capaz de solucionar os problemas enfrentados pelos mais diversos sistemas judiciais no mundo.

Os defensores da prática 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 desenvolvida por algumas autoridades voltada para empurrar literalmente as partes para uma mediação reflete uma visão distorcida do princípio do acesso à justiça e totalmente equivocada do instituto, que sem dúvidas, repita-se, é essencialmente voluntário.

A mediação é uma das formas de resolução de conflitos que pode ocorrer no âmbito privado, quando as partes optam por mediar por sua própria iniciativa através de serviços privados, mas também intrajudicial⁴, podendo ser realizada no início, durante o processo ou na fase de execução, por indicação do órgão jurisdicional ou ainda pela vontade das partes. Nada obsta por sua vez, que a mediação realizada na esfera privada tenha repercussão no processo judicial, possibilitada por uma suspensão do processo, por exemplo.

⁴ “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”. (MUNÓZ, 2009, p. 66-88)

Mas o ponto de tensão atualmente enfrentando pela mediação é quanto ao seu início. Parece-nos que, sem dúvidas, as partes devem concordar ou não em iniciar um procedimento de mediação.

É o princípio da autonomia da vontade, onipresente na prática mediativa, que se funda na liberdade de poder decidir se e quando será estabelecida a mediação, segundo seus interesses e acordo de vontades.

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 em descontentamento, custos adicionais e atrasos desnecessários.

Os comentários de Bret Walker e Andrews S. Bell (2000, p. 7-8) reforçam os argumentos negativos à mediação obrigatória:

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.⁵

Mas a realidade é que tem sido elaboradas propostas em muitos países (incluindo países asiáticos) nos quais os Tribunais e o Governo devem “forçar” (MONTELEONE, 2010, p.1-2) os litigantes a se submeterem à mediação⁶. Isso seria racional? A mediação pode valer a pena quando obrigada?

IV Perspectivas na Europa e nas Américas

No sistema europeu, a política de valorização da solução consensual de conflitos entrou na ordem do dia na *European Judicial Area*, desencadeada a partir da edição da

⁵ “The current regime recognises 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; BELL, 2000. p. 7-8.)

⁶ “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 No. CB(2)1574/01-02(01). Disponível em: <<http://www.legco.gov.hk/yr01-02/english/panels/ajls/papers/aj0422-1574-1e-scan.pdf>>. Consulta realizada em 10/02/2012.

Diretiva 52, de 21 de maio de 2008 pelo Parlamento Europeu, oriunda da recomendação fundamental lançada em 1998 (98/257/CE) e em 2001 (2001/310/CE), obrigando cada Estado-membro a refletir, inserir ou criar textos legais que contemplem mecanismos de solução amigável dos conflitos, o que gerou uma série de alterações significativas nos ordenamentos nacionais de muitos países-membros.

A Diretiva é a primeira intervenção geral com o intuito de promover a resolução alternativa de conflitos e conseqüentemente um melhor acesso à justiça, mais simples e mais rápido, consagrando a mediação nos casos civis e comerciais como o passo necessário no sentido de permitir o desenvolvimento e o funcionamento adequado dos procedimentos extrajudiciais de resolução de litígios.

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.

Mas ao que parece, apesar de definir a mediação, a Diretiva não teceu maiores limites à prática mediativa, o que teria impedido o acordo dos países europeus com visões muito diferentes sobre a questão (MUÑOZ, 2009, p. 71).

Vejamos o que acontece hoje em alguns países europeus.

O Parlamento Italiano editou a Lei n.º. 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 o instituto da 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 regulamentá-la no âmbito civil e comercial no ordenamento italiano.

Regulamentando esta Lei, em 4 de março de 2010 foi editado o Decreto Legislativo n.º 28, que disciplina três tipos de mediação: *mediazione facoltativa*, *mediazione concordata e mediazione obbligatoria*. (DITTRICH, 2011, p. 2)

Como se pode imaginar, o núcleo mais significativo e que vem causando maior impacto é esta última modalidade, alçada ao status de condição de admissibilidade do processo judicial.

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 2011⁷, não serem infundadas as dúvidas suscitadas acerca de alguns dispositivos do D. Leg. n.º 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 (VIGORITI, 2011, p. 248).

Além do TAR Lazio, outros tribunais como o Tribunal de Gênova⁸, a Justiça de Paz de Parma e a de Cantazaro⁹ reforçam ainda mais, em decisões recentes, o perfil inconstitucional da lei perante a Corte Constitucional Italiana¹⁰.

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 tribunais¹¹, argumentando que o juiz, a pedido de qualquer uma

⁷ A íntegra da Decisão está disponível em <http://www.ilcaso.it>. Consulta em 15 de setembro de 2011.

⁸ Tribunale di Genova. Sezione III Civile. N 4574/2011. Il dispositivo: “ 1)-dichiara rilevante e non manifestamente infondata In relazione agli art. 3 e 24 della Costituzione, la questione di legittimità costituzionale dell’art. 5 Dlgs n. 28/2010 nella parte in cui prevede l’esperienza del procedimento di mediazione quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale solo per materie espressamente elencate nel comma primo; 2)- dichiara rilevante e non manifestamente infondata, in relazione agli art. 3 e 24, la questione della legittimità Costituzionale dell’art. 5 Dlgs n. 28/2010 e dell’art. 2653 c. 1 n.1 c.c. nella parte in cui non prevedono, per le domande dirette all’accertamento di diritti reali, la possibilità di trascrivere la domanda di mediazione e direttamente il verbale di mediazione, con efficacia prenotativa della prima anche rispetto al provvedimento giurisdizionale conclusivo del procedimento giudiziario; 3)- dichiara rilevante e non manifestamente infondata, in relazione agli art. 3 e 24, la questione della legittimità Costituzionale dell’art. 5 Dlgs n. 28/2010 e dell’art. 16 d.m. 180/2010 nella parte in cui prevedono l’esperienza del provvedimento di mediazione quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale, prevenendone altresì il carattere oneroso; 4)- dichiara rilevante e non manifestamente infondata, in relazione agli art. 3 e 24, la questione della legittimità Costituzionale dell’art. 5 Dlgs n. 28/2010 e dell’art. 16 d.m. 180/2010 nella parte in cui prevedono che solo il convenuto possa non aderire al procedimento di mediazione; 5)- dispone la sospensione del presente giudizio ed ordina l’immediata trasmissione degli atti alla corte Costituzionale”. Disponível em <<http://tribunale.genova.it>>. Acesso em 01/03/2012.

⁹ N.2 Ordinanza del del 1 settembre 2011 emessa dal Giudice di Pace di Catanzaro. Il dispositivo: “1) dichiara rilevante e non manifestamente infondata, in relazione agli artt. 24 e 77 della Costituzione, la questione di legittimità costituzionale dell’art. 5 del d.lgs. n. 28 del 2010; 2) dichiara rilevante e non manifestamente infondata, in relazione agli artt. 3 e 24 della Costituzione, la questione di legittimità costituzionale dell’art. 16, comma 4º, del D.M.180/2010; 3) dispone la sospensione del presente giudizio e ordina l’immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale; 4) ordina che, a cura della Cancelleria, la presente ordinanza sia notificata alle parti costituite e al Presidente del Consiglio dei ministri, nonche’ comunicata ai Presidenti della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica.” In Gazzetta Ufficiale n. 5 del 01/02/2012; N 19 Ordinanza del 3 novembre 2011 emessa dal Giudice di Pace di Catanzaro. Il dispositivo: “1. dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 5 decreto legislativo n. 28/2000 in relazione agli articoli 24 e 77 Cost.; 2. dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 16/4 del decreto ministeriale n. 180/2010 in relazione agli articoli 3 e 24 Cost.; 3. sospende il presente giudizio ed ordina l’immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale; 4. ordina che, a cura della cancelleria, la presente ordinanza sia notificata alle parti costituite ed al Presidente del Consiglio dei ministri, nonche’ comunicata ai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica”. In Gazzetta Ufficiale n. 8 del 22/02/2012. Disponível em: <<http://www.gazzettaufficiale.it>> Acesso em 01/03/2012.

¹⁰ Está previsto para março 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.

¹¹ Também tornou-se muito comum o pedido e o deferimento de afastamento da mediação obrigatória em casos de direitos reais, especialmente usucapião: “Il Tribunale di Roma, sez. V, 8 febbraio 2012 è recentemente tornato sulla questione dell’obbligatorietà della mediazione in materia di usucapione e, precisando l’intendimento già espresso (Tribunale di Roma, sez. V, 22 luglio 2011), ha affermato che si dovrà, attesa l’obbligatorietà della

das partes pode admitir o pedido, recusando-se a aplicar o artigo 5º do decreto por ser incompatível com a Carta Europeia dos Direitos do Homem¹².

Ao que parece, o principal objetivo da reforma é 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.

Distante da polémica italiana, o legislador francês e o espanhol não tornaram a mediação imperativa àqueles que estão em conflito.

O Código de Processo Civil Francês já previa a possibilidade de realização da mediação total ou parcial do litígio, enfatizando a prática no âmbito judicial e traçando alguns procedimentos integrados à norma processual através do Decreto 96-652 de 1996; 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 uma mediação.

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 noticiamos.

E nestes países não foi diferente.

Em cumprimento à Diretiva, é publicado na França o Decreto 66 de 2012¹³, mas que ainda representa um avanço tímido no tratamento das ADRs no país.

mediazione, ricorrere alla via conciliativa solo quando sussiste una controversia in fatto, con la conseguenza che se il fatto è pacifico tra le parti l'usucapiente potrà direttamente instaurare il processo innanzi all'autorità giudiziaria, la quale, preso atto della mancanza della lite da conciliare, non potrà rilevare l'improcedibilità della domanda. Se, invece, la controversia sussiste, l'usucapiente sarà obbligato a seguire la via conciliativa, ma, ove raggiunga l'accordo conciliativo, questo non sarà ostativo per l'instaurazione o la prosecuzione del successivo giudizio innanzi all'autorità giudiziaria al fine di ottenere l'accertamento erga omnes, quindi, di soddisfare il diverso e ulteriore interesse rispetto a quello soddisfatto dalla conciliazione, posto che con l'accordo conciliativo la controversia in fatto fra le parti (unica per l'appunto mediabile) è venuta meno. In senso parzialmente difforme, il Tribunale di Varese, 20 dicembre 2011 ha puntualizzato che l'art. 5, c. 1, d.lgs. 28/2010 deve essere interpretato secundum constitutionem e deve, dunque, essere esclusa in ogni caso la mediazione obbligatoria là dove essa verrebbe imposta nella consapevolezza che i litiganti non potrebbero comunque pervenire ad un accordo conciliativo. L'incostituzionalità - afferma il giudice varesino - sarebbe evidente, in casi del genere, poiché verrebbe frustrata la stessa ratio dell'istituto: operare come un filtro per evitare il processo; ma se il processo non è evitabile, l'istituto diverrebbe un'appendice formale imposta alle parti con irragionevolezza (e, quindi, violazione dell'art. 3 Cost.). Nel caso delle azioni di usucapione, non potendo la sentenza essere surrogata dall'accordo, la mediazione non è, pertanto, da intendersi come obbligatoria". Notícia disponível em: < <http://www.lider-lab.sssup.it/leader/it/mediazione/news>>.

¹² Conferir texto publicado pelo Organismo Unitario dell' Avvocatura Italiana, intitulado: "Disappiacazione 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.

¹³ Texto disponível em <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte>> Acesso em: 25/02/12.

O Decreto 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, 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.

O Decreto é recente, mas o que se espera é 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.

A Espanha que já vinha sofrendo severas críticas pela demora em transpor a Diretiva ao seu ordenamento interno, publica em 05 de março de 2012, o Decreto Lei 5/2012¹⁴ e 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.

Apesar de transcorrido o prazo para a incorporação da Diretiva, inegavelmente a Espanha mostra um considerável avanço no que diz respeito ao regulamento da mediação, e acerta ao se preocupar em destacar o potencial da prática mediativa, fomentando-a como alternativa à jurisdição ou à via arbitral, consagrando a livre decisão das partes em aderir ao procedimento e na escolha do mediador.

Ainda que a mediação mostrasse certo grau de desenvolvimento no âmbito das Comunidades Autônomas, era clara a insuficiência legal espanhola, tanto é que a própria Lei 15/2005 recomendava ao Governo a elaboração de um projeto de lei sobre mediação com base nas diretrizes estabelecidas pela União Europeia.

E o Decreto 5/2012 cumpre esse papel.

Promove a mediação no ordenamento Espanhol como um eficaz instrumento de autocomposição de conflitos, respeitando a autonomia da vontade das partes como bem indicado nos títulos II e IV do Decreto. Destaca objetiva e claramente que a mediação é

¹⁴ 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.

voluntária, e mesmo após iniciada, ninguém é obrigado a manter-se no procedimento nem a concluir um acordo.

A lei processual civil 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 da 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.

O novo Decreto Espanhol merece ser festejado. A Espanha promoveu um importante avanço em seu ordenamento processual, dentro de um respeitável 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 assim entender cabível ao caso. Consagra coerentemente a técnica mediativa, respeitando a natureza do instituto, sem a adoção de medidas processuais autoritárias, 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 a 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.

Para este mesmo horizonte já apontava o legislador Britânico. Com efeito, as *Civil Procedure Rules* tratam do uso dos meios alternativos perante a Corte de forma amena.

Dispõe a Rule 1.4 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”.

Nesse passo, a *English Court of Appeal*, em decisão de maio de 2004, 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, por entender 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. (KIRMAYER; WESSEL, 2004, p.1)

Todavia, mesmo sem impor a mediação, houve significativa redução do número de demandas, como nos dá notícia Chiara Besso (2010, p.14), e um considerável aumento no número de mediações¹⁵, de acordo com Neil Andrews. (2009, p.30)

Sentido inverso ao inglês, seguiu o legislador canadense. Nos anos noventa foi iniciada a instalação de um sistema de *case management* e de mediação obrigatória em algumas áreas selecionadas na província de Ontário, como parte da reforma da Justiça que se pretendia implementar.

No entanto, problemas começaram a ser notados (JACOBS, 2005, p. 1-3) e a crítica à medida que tornava a mediação obrigatória passou a ser inevitável. A regra seria aplicada por um período de dois anos e somente a Corte poderia dispensar as partes de participar na mediação.

Partindo de vários estudos comparativos entre o uso da mediação obrigatória e da voluntária (JACOBS, 2005, p 1-3), e considerando que os Tribunais continuavam sobrecarregados de casos pendentes de julgamento, decidiu-se que algumas mudanças eram necessárias. A partir de 2005, num trabalho que contou com a participação de diversas associações de *Alternative Dispute Resolutions* de Ontário, estabeleceu-se uma nova *Practice Direction* a fim de fazer algumas alterações ao *Case Management Rule*. Mas a regra relativa à mediação obrigatória, mesmo que intensamente criticada, acabou por se impor.

¹⁵ “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 estímulos processuais”. (ANDREWS 2009, p. 30)

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 125, que as atividades de conciliação e mediação judiciais foram regulamentadas.

Já com a Resolução 125 do CNJ em vigor, diante das perspectivas de 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, em agosto de 2011, foi apresentado o Projeto de Lei do Senado que tomou o número 517, que trabalha com conceitos mais atuais e adaptados à realidade brasileira.

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 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.

Ainda na América do Sul, a Argentina foi um dos países que promulgou um ordenamento estabelecendo claramente o caráter obrigatório da mediação prévia a processos judiciais, como requisito de admissibilidade da demanda.

O que a nosso ver torna esse sistema diferenciado dos demais, é que durante cerca de dez anos previamente à publicação da lei, o tema da mediação esteve na pauta de discussão de toda sociedade; foi inserido no contexto da educação jurídica, teve propagação nas escolas, universidades e na mídia, atingindo não só a formação do profissional da área jurídica, mas também, estruturou a formação social do cidadão argentino.

Provocou uma adesão social à prática antes mesmo de qualquer ordem imposta, confirmando a premissa de que a informação e a educação são as reais propulsoras da prática mediativa.

V Considerações finais

Para que a meta de efetivação do acesso à justiça seja atendida, ultrapassando-se o mero acesso às vias processuais, a articulação de inúmeros mecanismos toma conta do Direito

e assume importância capital nesse contexto em que as vias do Poder Judiciário encontram-se obstruídas.

O direito humano fundamental e imprescindível a um sistema jurídico de vanguarda que pretenda efetivar “e não apenas proclamar o direito de todos” (CAPPELLETTI, 1994, P.12) deve ser o enfoque atual do processo civil contemporâneo¹⁶.

A mediação, por sua vez, impregnada pela função social que se exige dos institutos jurídicos, respalda o intento de acesso à justiça, e vem ocupando um lugar de destaque nos ordenamentos jurídicos.

A par dessa evolução, não podemos concordar com a ideia de uma mediação obrigatória. É da essência desse procedimento a voluntariedade. Essa característica não pode ser jamais comprometida, mesmo que sob o argumento de que se trata de uma forma de educar o povo e implementar uma nova forma de política pública.

Apesar de neste trabalho, termos nos concentrado nas questões processuais afetas a mediação, somos de opinião que o melhor modelo é aquele que admoesta as partes a procurar a solução consensual, com todas as suas forças, antes de ingressar com a demanda judicial. Não parece ser ideal a solução que preconiza apenas um sistema de mediação incidental muito bem aparelhado, eis que já terá havido a movimentação da máquina judiciária, quando, em muitos dos casos, isto poderia ter sido evitado.

Por outro lado, é preciso cautela para que não sejamos vítimas de um bem arquitetado “golpe de marketing”. A forma como a mediação vem sendo introduzida em alguns ordenamentos distorce o instituto com a finalidade de servir a propósitos meramente estatísticos, e que estão longe de atender às necessidades do cidadão.

Pensar em uma instância prévia e obrigatória de conciliação, nas hipóteses em que se discute apenas uma questão patrimonial, ou impor sanções pela não aceitação de um acordo razoável (como o pagamento das custas do processo ou dos honorários advocatícios, mesmo em caso de vitória, quando aquele valor é exatamente o que foi decidido pelo magistrado na sentença), podem ser soluções válidas¹⁷. São exemplos do direito inglês¹⁸ e do direito norteamericano¹⁹ que merecem ser estudados.

¹⁶ Cf. BALEOTTI, Francisco Emilio; LEAL JÚNIOR, João Carlos. *O duplo grau de jurisdição revisitado. Considerações críticas sob a ótica do acesso à justiça*. Revista de Direito Brasileira. n. 1, p. 53, jul/dez. 2011.

¹⁷ Como majoritariamente aceito pela doutrina especializada, o uso dos mecanismos alternativos de conflitos pode se dar por três formas: (1) pela vontade das partes; (2) por força de lei; e (3) por determinação judicial. (REUBEN, 2007, p. 971)

¹⁸ “ (...) O direito inglês não tem um sistema de mediação obrigatória: não requer que as partes envolvidas recorram primeiramente a mediações antes de permitir o exame judicial da controvérsia. Os juízes não se envolvem diretamente nas sessões de mediações, e tampouco podem ordenar uma sanção direta para que as partes se submetam à mediação. Contudo, os tribunais estão preparados para induzir isso indiretamente:

Mas nunca numa mediação, onde há questões emocionais profundas, muitas vezes inconscientes, que demandam tempo, amadurecimento e mútua confiança para serem expostas e resolvidas.

Sujeitar a admissibilidade da ação a uma tentativa prévia e obrigatória de mediação, num caso de grande complexidade, acarretará uma das seguintes situações:

a) as partes farão uma mediação simulada e, após duas ou três sessões dirão que o acordo é impossível, preenchendo, dessa forma, a condição legal que lhe foi imposta;

b) as partes se submeterão a um procedimento superficial, e a verdadeira questão subjacente aquele conflito, que funciona como motor propulsor oculto de toda aquela litigiosidade, não será sequer examinada;

c) as partes se recusarão a participar do ato, por saberem que não há condições de viabilidade no acordo, e o juiz rejeitará a petição inicial, por ausência de condição de procedibilidade, o que provavelmente, vai acirrar ainda mais os ânimos.

Nenhuma dessas hipóteses parece estar de acordo com a índole pacificadora da moderna concepção da jurisdição.

Por isso a importância de um reexame desta expressão a fim de que, sob o pretexto de garantir o acesso à justiça, a mediação não seja reduzida a mera oferta generalizada e incondicionada de um serviço, assim como tem ocorrido com a jurisdição.

Corre-se o risco de criar um mercado de verdadeiros “resolvedores de conflitos” e não mediadores, para atender a demanda que irá se formar. E como formar tão rapidamente e

suspendendo o processo judicial para que a oportunidade de mediação seja criada; e ordenando altas custas, se uma das partes rejeita sugestões para uma tentativa de mediação, sem motivo plausível (a suspensão é uma ordem do juiz que proíbe diligências na ação, suspensão essa que permanece válida até ser revogada pelo tribunal). A outra parte poderá fazer a sugestão, tanto antes, quanto depois da instauração do processo formal; ou o tribunal pode sugerir uma pausa para uma mediação fora dos tribunais, por vezes sem que uma das partes o requeira”. (ANDREWS, 2009, p. 30)

¹⁹ Como exemplo, podemos citar a Regra 68 das F.R.C.P.: “*Federal Rules of Civil Procedure. Rule 68. OFFER OF JUDGMENT. (a) MAKING AN OFFER; JUDGMENT ON AN ACCEPTED OFFER. At least 14 days before the date set for trial, a party defending against a claim may serve on an opposing party an offer to allow judgment on specified terms, with the costs then accrued. If, within 14 days after being served, the opposing party serves written notice accepting the offer, either party may then file the offer and notice of acceptance, plus proof of service. The clerk must then enter judgment. (b) UNACCEPTED OFFER. An unaccepted offer is considered withdrawn, but it does not preclude a later offer. Evidence of an unaccepted offer is not admissible except in a proceeding to determine costs. (c) OFFER AFTER LIABILITY IS DETERMINED. When one party’s liability to another has been determined but the extent of liability 85 FEDERAL RULES OF CIVIL PROCEDURE Rule 70 remains to be determined by further proceedings, the party held liable may make an offer of judgment. It must be served within a reasonable time—but at least 14 days—before the date set for a hearing to determine the extent of liability. (d) PAYING COSTS AFTER AN UNACCEPTED OFFER. If the judgment that the offeree finally obtains is not more favorable than the unaccepted offer, the offeree must pay the costs incurred after the offer was made”*. Texto disponível no sítio <http://www.uscourts.gov>. Acesso em 12 de janeiro de 2012.

em larga escala profissionais para atuar nos casos que serão apresentados e que geralmente exigem experiência e competência?

Não nos parece razoável a premissa de que a mediação obrigatória é o único meio viável à expansão do uso da mediação.

A difusão do uso da mediação desta forma realmente é a mais fácil e cômoda. Mas o ideal é que não só a mediação, mas os demais 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 em seguir aquelas e evitar estas; induz os indivíduos a internalizar normas que dali em diante guiarão a sua prática. (BAUMAN, 2000, P. 79)

Contudo, é forçoso reconhecer que é necessário buscar uma solução para a hipótese nas quais a mediação é a solução mais indicada, mas as partes a recusam sem uma razão plausível.

Não se pode permitir que o Judiciário seja utilizado, abusado ou manipulado pelos caprichos de litigantes que, simplesmente, querem brigar ou levar o conflito a novas fronteiras.

Acreditamos 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*.

Somos de opinião que as partes deveriam ter a obrigação de demonstrar ao Juízo que tentaram, de alguma forma, buscar uma solução consensual para o conflito.

Sustentamos a ampliação no conceito processual do interesse em agir, acolhendo a ideia da adequação, dentro do binômio necessidade-utilidade, como forma de racionalizar a prestação jurisdicional e evitar a procura desnecessária pelo Poder Judiciário, ou mesmo o abuso do direito de ação.

Poderíamos até dizer que se trata de uma interpretação neoconstitucional do interesse em agir, que adequa essa condição para o regular exercício do direito de ação às novas concepções do Estado Democrático de Direito.

Interessante observar que Neil Andrews (2009, p.273) pontua em sua obra o dever das partes de explicar o motivo da recusa em se submeter aos meios alternativo; mas esta é apenas uma das facetas desta visão.

A outra, e talvez a mais importante, seja a consciência do próprio Poder Judiciário de que o cumprimento de seu papel constitucional não conduz, obrigatoriamente, à intervenção em todo e qualquer conflito.

Tal visão pode levar a uma dificuldade de sintonia com o Princípio da Indelegabilidade da Jurisdição, na esteira de que o juiz não pode se eximir de sua função de julgar, ou seja, se um cidadão bate as portas do Poder Judiciário, seu acesso não pode ser negado ou dificultado, como garantido constitucionalmente.

O que deve ser esclarecido é que o fato do jurisdicionado solicitar a prestação estatal não significa que o Poder Judiciário deva, sempre e necessariamente, ofertar uma resposta de índole impositiva, limitando-se a aplicar a lei ao caso concreto. Pode ser que o Juiz entenda que aquelas partes precisem ser submetidas a uma instância conciliatória, pacificadora, antes de uma decisão técnica.

Nesse passo, é evidente que a maior preocupação do juiz será com a efetiva pacificação daquele litígio, e não apenas, com a prolação de uma sentença, como forma de resposta técnico-jurídica à provocação do jurisdicionado.

Um juiz garantista e pacificador. Eis o desafio do magistrado em tempos de neoprocessualismo.

Tarefa digna de Hércules (OST, 1993, p. 169-194), que só será possível com o adequado uso da mediação.

VI Referências bibliográficas

1. ANDREWS, Neil. **O moderno Processo Civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra**. Tradução Tereza Alvim Arrura Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
2. ANDREWS, Neil. **Mediation in England: organic growth and stately progress**. Texto ainda não publicado e gentilmente cedido ao autor quando de sua visita à Faculdade de Direito da UERJ, em dezembro de 2011.
3. ARGENTINA. Ley 26589, 03 mayo 2012. Establécese con carácter obligatorio la mediación previa a procesos judiciales. Buenos Aires, 2010. Disponível em: <<http://www.consiliarius.com.ar/publicacion.php?p=5>> Acesso em: 20/03/2011.
4. BALEOTI, Franciso Emilio; LEAL JÚNIOR, João Carlos. O duplo grau de jurisdição revisitado. Considerações críticas sob a ótica do acesso à justiça. **Revista de Direito Brasileira**. vol. 1, p. 53, jul-dez.2011.

5. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Privatização do Processo?** in Temas de Direito Processual, 7ª série, Rio de Janeiro: Saraiva, 2001, pp. 7/18.
6. BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar editor, 2000.
7. BESSO, Chiara. La Mediazione Italiana: Definizioni e Tipologie. **Revista Eletrônica de Direito Processual.** vol. VI, p. 248/269, jul-dez. 2010.
8. BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei n.º 8046/10, Brasília, DF, 2010. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>.
9. CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça.** Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
10. CAPPELLETTI, Mauro [s/ indicação de tradutor], Os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Quadro do Movimento Universal de Acesso à Justiça. **Revista de Processo.** vol. 74, p. 82/97, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
11. CHASE, Oscar. Law, Culture and Ritual. **New York University Press**, p. 94/137. New York, 2005.
12. CHIARLONI, Sergio. **Prime riflessioni sullo schema di decreto legislativo di attuazione della delega in materia di mediazione** in <<http://www.ilcaso.it>> Acesso em: 20/10/11.
13. CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva.** 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
14. CLOKE, Kenneth. The culture of mediation: Settlement vs resolution. **University of Colorado.** Guy Burgess and Heidi Burgess Editors. Dec. 2005. Disponível em: <http://www.beyondintractability.org/bi-essay/culture_of_mediation/> Acesso em: 13/11/2011
15. COMOGLIO, Luigi Paolo. Mezzi Alternativi de Tutela e Garanzie Costituzionali. **Revista de Processo**, vol 99, p. 249/293. 2000.
16. DEUTSCH, Morton. A Resolução do Conflito: processos construtivos e destrutivos. Tradução Arthur Coimbra de Oliveira. In: AZEVEDO, Andre Gomma de. **Estudos em arbitragem, mediação e negociação.** Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004.
17. 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.
18. ESPANHA. Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya. Ley 15/2005. Exposición de motivos. Modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. Madrid, 2005. Disponível em: <<http://civil.udg.es/normacivil/estatal/familia/115-05.htm>> Acesso em 15/02/12.
19. ESPANHA. Ley 5/2012. Regulamenta a mediação em matéria civil e comercial. **Boletín Oficial Del Estado.** Madrid, 6 de março 2012. P. 18783.
20. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Os conflitos como processo de mudança social. **Revista de Direito Administrativo.** n.219, p. 219-227, jan./mar. 2000.
21. FRANÇA. Décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012. Relatif à la résolution amiable des différends. **Journal officiel de la République Française**, Paris, 22 janeiro 2012, n°0019, p. 1280.

22. 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.
23. GESTA LEAL, Rogério. A difícil relação entre o direito fundamental à informação e o acesso aos documentos produzidos pelo regime militar brasileiro. **Revista de Direito Brasileira**. vol. 1, p. 145, jul-dez. 2011.
24. HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la Acción Comunicativa: racionalidad de la acción y racionalización social**. Madri: Taurus. 1987.
25. HESPANHA, Antonio Manuel. **O Caleidoscópio do Direito**, 2ª edição, Coimbra: Almedina, 2009.
26. HILL, FLAVIA PEREIRA. A nova lei de mediação italiana. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. vol. VI. p. 294-321. jul-dez. 2011.
27. ITÁLIA. Decreto Legislativo, 4 marzo 2010. Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali. **Gazzetta Ufficiale**, Roma, 4 marzo 2010.
28. JACOBS, Paul. A recent comparative history of mandatory mediation vs voluntary mediation in Ontario, Canada. **International Bar Association Mediation Newsletter**. Abril. 2005.
29. JIMÉNEZ, Daniel; FRANCO, Oscar. La mediación en España: retrato en la transposición de la directiva de mediación. In: Derecho y Noticias Jurídicas. 2011. Disponível em: <<http://www.diariojuridico.com>>. Acesso em : 15/02/12.
30. KIRMAYER, Kathryn; WESSEL, Jane. An offer one can't refuse: mediate. **The national law journal**. Outubro, p. 1. 2004.
31. LINDBLOM, Per Henrik. La Privatizzazione della giustizia: osservazioni circa alcuni recenti sviluppi nel diritto processuale americano e svedese. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**. n. 4, p. 1399, dez. 1995.
32. MONTELEONE, Girolamo. **La mediazione "forzata"**. In *Judicium*, p. 01-02. 2010. Disponível no endereço eletrônico: < <http://www.judicium.it>.> Acesso em: 20/10/11.
33. MOORE, W. Christopher. **O processo de mediação**. Tradução Magda França. Porto Alegre: Artmed, 1988.
34. MORAIS, José Luis; MARION SPENLGER, Fabiana. **Mediação e Arbitragem: Alternativas à Jurisdição!**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
35. 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.
36. OST, François. Júpter, Hércules, Hermes: Tres modelos de Juez. **DOXA**, nº 14, pp. 169-194. 1993. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com>. Acesso em 14/11/09.
37. PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. Uma leitura processual dos direitos humanos. O direito fundamental à tutela adequada e à opção pela mediação como via legítima para a resolução de conflitos. In: KLEVENHUSEN, Renata Braga [org.]. **Temas sobre Direitos Humanos em Homenagem ao Professor Vicente Barreto**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009, pp. 63-80.

38. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo**, 3ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, capítulo 25.
39. _____. A Mediação e a necessidade de sua sistematização no processo civil brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Processual Civil**. vol 5, jan-jun.2010.
40. 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.
41. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele. A experiência ítalo-brasileira no uso da mediação em resposta à crise do monopólio estatal de resolução de conflitos e a garantia do acesso à justiça. **Revista Eletrônica de Direito Processual Civil**. vol VIII, p. 443-471, jul-dez. 2011.
42. RESTA, Elígio. **Il Diritto Fraternalo**. Roma: Laterza. 2009.
43. REUBEN, Richard. Constitutional Gravity: a Unitary Theory of Alternative Dispute Resolution and Public Justice. **UCLA L. Rev.** vol. 47, p. 971. 2007.
44. SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade**. 10 ed. São Paulo: Cortez, 2005.
45. _____. **O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica**. Porto Alegre: Fabris. 1988.
46. SANTOS, Boaventura de Souza; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João Os tribunais nas sociedades contemporâneas. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, n. 30, fev.1996.
47. SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação enquanto política pública: a teoria, a prática e o projeto de lei**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010. Disponível em: <<http://www.unisc.br/edinisc>>. Acesso em: 13/09/2011.
48. UNIÃO EUROPÉIA. Diretiva 2008/52/CE, de 21 de maio de 2008. Regulamenta certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial. **Jornal Oficial da União Européia**, Parlamento Europeu e do Conselho, Bruxelas, 24 maio 2008. p. 3-8.
49. VIGORITI, Vincenzo. Europa e mediazione. Problemi e soluzioni. **Revista de Processo**. n. 197, p. 339-355. 2011.
50. WALKER, Bret; BELL, Andrews S.. Justice according to compulsory mediation. **Bar News – The journal of NSW Bar Association**. p. 7-8 , spring. 2000.
51. WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**, v. 1. Florianópolis: Habitus, 2001.
52. WINKLER, K. Warren. Accès à la Justice: la mediation judiciaire. **Canadian Arbitration and Mediation Journal**. n. 16, p. 9-12. 2007.