Rêmolo Letteriello: Equívocos em Projeto da Mediação podem ser sanados

O Diário do Senado Federal, de 23 de outubro passado, publicou o Projeto de Lei do Senado 434, de 2013, que dispõe sobre a mediação. O Projeto deriva da conclusão dos trabalhos da Comissão de Especialistas instituída pela Portaria 2.148, de 29 de maio de 2013, do Ministério da Justiça, para discutir o marco legal da mediação e conciliação no Brasil, com o objetivo de avaliar, debater e elaborar propostas para subsidiar os devidos ministérios e órgãos do governo federal, visando o aprimoramento e modernização da legislação sobre as formas adequadas de solução de conflitos.

Ao examinar o texto integral, constatamos a existência de alguns equívocos e outras impropriedades e incorreções, que podem ser sanados quando da tramitação da proposição. Pensando em tornar melhor as disposições do Projeto, a título de colaboração, encaminhamos ao seu autor, senador José Pimentel (PT-CE), um tanto de sugestões que reputamos pertinentes e oportunas sobre a matéria. As propostas de alterações das regras constantes do Projeto foram todas acompanhadas de justificativas que, seguramente, serão sopesadas e bem examinadas pelo autor e demais eminentes senadores.

As sugestões apresentadas são as seguintes:

No Capítulo I das Disposições Gerais, o parágrafo único do artigo 1°, ao definir a função do mediador, estabelece que ele "promove a comunicação" entre as partes, para prevenir o conflito e buscar o consenso. Sugerimos a substituição da palavra "promove" por "restaura", porque, na verdade, na mediação, não se promove, não se provoca, não se dá início a uma comunicação entre os mediandos, mas se restaura, se restabelece a comunicabilidade perdida, perda que deu causa ao conflito.

O artigo 2° aponta, entre os princípios fundamentais da mediação, o "consensualismo", expressão que, no nosso entender, deve ser substituída por "consensualidade". É que "consensualismo" significa uma *posição* que seria adotada, no caso, pelos conflitantes, ao passo que a expressão "consensualidade" representa uma característica da mediação, sendo, portanto, o termo apropriado.

No Capítulo II — Dos Mediadores, o artigo 6° prescreve que o mediador "conduz o processo de comunicação". É de se anotar que o mediador conduz o *processo* de mediação e não de comunicação; o facilitar da comunicação entre as partes é um dos atos de desenvolvimento da mediação que integra o seu *procedimento* e não o *processo*. Registra-se, também, que entre as atividades do mediador está a de eliminar a causa primordial do conflito, que se assenta, recorrentemente, na ausência de comunicação entre as partes, cumprindo-lhe, portanto, torná-la acessível para permitir, a partir daí, o desenrolar eficiente do procedimento com o estabelecimento de uma relação confortável entre os mediandos. Em vista disso, sugerimos que se estabeleça que o mediador "conduz o processo de mediação, abrindo os canais de comunicação entre as partes".

O artigo 14 do Capítulo que cuida dos Mediadores (III) estabelece os "critérios" a serem preenchidos por aquele que pretende se cadastrar como mediador judicial. Propomos a substituição do vocábulo "critérios" por "requisitos", justificando que critério admite apenas três sentidos: com relação a método

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

pode significar modo, norma, preceito, regra, sistema, etc.; referentemente a parâmetro pode representar base, medida, padrão, fundamento, etc., e relativamente a discernimento pode exprimir bom senso, discrição, equilíbrio, juízo, ponderação, razão, etc. Nenhum deles tem aplicação na hipótese, de sorte que a denominação dos pressupostos para que uma pessoa seja apta a exercer a função de mediador judicial não há de referir-se a critério e sim a requisito que tem o significado de condição — condição para ser mediador.

Na regulamentação do Procedimento da Mediação (Capítulo IV), na Seção I — Disposições Gerais, o parágrafo 3° do artigo 18 do Projeto estatui que o dever de confidencialidade aplica-se às partes, seus advogados ou defensores públicos, bem como aos assessores técnicos e outras pessoas de confiança do mediador, não constando a exigibilidade daquele dever ao mediador. Por isso, oferecemos sugestão de se incluir a figura do agente mediador no rol daqueles que devem guardar confidencialidade do processo e de todo o sucedido no seu transcorrer, ajuntando que a confidencialidade é uma das normas éticas mais importantes na atuação do mediador, não fazendo sentido a omissão da sua pessoa na redação do aludido parágrafo.

O artigo 19 impõe às partes interessadas na mediação a obrigatoriedade de assinarem um "termo inicial de mediação". A experiência tem demonstrado que a hipótese mais frequente é a do comparecimento de apenas uma das partes ao serviço de mediação, haja vista que as pessoas em conflito dificilmente se colocam em acordo para acorrerem a tal serviço. Lembramos, então, a necessidade de se acrescentar dois parágrafos ao artigo: o primeiro, prevendo a pressuposição da existência de um (a) único (a) interessado (a), caso em que a outra parte seria convidada ao comparecimento e, acedendo ao convite, receberia informações sobre o processo de mediação; e o segundo, anunciando as providências a serem tomadas no caso de aceitação da parte convidada.

O artigo 20, que relaciona o que deve conter o termo inicial da mediação, estatui, no inciso I, a obrigatoriedade de se registrar o nome, a profissão, o estado civil e o domicílio das partes e, se houver, de seu advogado ou defensor público. Ante a omissão da hipótese de as partes renunciarem à assistência daqueles profissionais, apresentamos proposta no sentido de também constar tal ocorrência no termo, justificando que, se a renúncia das partes à assistência de advogados ou defensores públicos, no processo da mediação, *deve ser expressa*, como inscrito no artigo 23, tal ato só pode ser registrado no termo da mediação.

Os incisos do artigo 24 anotam o conteúdo do termo final da mediação, assentando o IV, "a descrição dos direitos e das obrigações das partes, a declaração de tentativa infrutífe ra ou a descrição do consenso obtido pelas partes". Ao propor mudança no texto, sugerimos a supressão da obrigatoriedade de se descrever os "direitos" das partes, justificando que o termo de acordo não deve fazer referência a direitos que os conflitantes possam ter, uma vez essa questão não é de ser agitada no procedimento da mediação. Como se sabe, o reconhecimento e a declaração de direitos são obtidos na esfera judicial. Na instância da mediação, o que se pondera são os interesses e posições dos mediandos, questões que não importam ao termo. Durante o procedimento da mediação, em nenhum momento se perquire sobre a existência de direitos das partes. Ainda com relação ao inciso IV, recomendamos acrescentar, no seu final, a descrição "das obrigações individuais contraídas", posto ser necessário que se explicite as obrigações de cada mediado, particularizando os respectivos encargos, o que seria de vital importância e evidência palpável do que as partes convencionaram fazer. Finalmente, mostramos a conveniência de se remeter a

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

expressão “declaração de tentativa infrutífera” da mediação para inciso autônomo a ser criado, nomeadamente, o VII, porquanto o registro de eventual mediação frustrada deve constar em dispositivo apartado daquele que trata da mediação bem sucedida, não fazendo sentido a previsão de dois resultados distintos num único inciso, como está no Projeto.

O artigo 25 diz que “O termo final de mediação tem natureza de título executivo extrajudicial e, quando homologado judicialmente, de título executivo judicial”. Propusemos a troca do vocábulo “*natureza*”, pela palavra “*eficácia*”, ponderando o seguinte: a *natureza* de um título executivo diz respeito a um *documento* com função de provar um direito subjetivo, ou a um *ato jurídico*, cuja validade depende do preenchimento de determinados requisitos. Essa simples sustentação justifica a objeção que se faz ao texto do artigo 21, uma vez que este pretende exprimir o *efeito* do acordo e não definir a sua *natureza*. Por isso, a expressão correta e adequada, do ponto de vista jurídico, é *eficácia*, que dá o sentido de aptidão, a permitir a instauração de uma execução extrajudicial ou de uma execução de sentença.

Na Seção II, que disciplina o Procedimento da Mediação Judicial, estabeleceu-se no artigo 26 a solicitação de mediação através de petição inicial que seria distribuída ao juízo e ao mediador. Fizemos objeção aos dois procedimentos, argumentando que a exigência de petição inicial atenta contra uma das características fundamentais da Mediação — a informalidade, que é uma das grandes vantagens desse método alternativo de resolução de conflitos. Lembramos que na mediação judicial existem duas modalidades, quais sejam, a pré-processual e a processual, sendo que a primeira, invariavelmente, é provocada pelas partes, em grande maioria, não assistidas por advogados ou defensores públicos e que têm a natural dificuldade de formular um pedido, especialmente quando dirigido a um órgão do Poder Judiciário. A outra modalidade, a processual, se inaugura ou por triagem das causas em tramitação e passíveis de mediação, ou quando remetidas pelo magistrado aos centros, núcleos ou unidades organizados para a realização de conciliação e mediação, sendo despicienda qualquer tipo de petição. Não haveria, então, distribuição ao juízo, mas encaminhamento do termo inicial (artigo 19) ao mediador que figurasse no quadro de mediadores judiciais.

Sugerimos, ainda, incluir-se no aludido artigo 26 dois parágrafos: o primeiro, para que se observassem as disposições do artigo 19 e seus parágrafos, uma vez que na mediação judicial também se faz necessário firmar o termo que consolida o início do Processo, e o segundo, para dar outra redação ao parágrafo único do Projeto, que prescreve: “Competem (sic) aos Tribunais a organização e a disciplina de funcionamento do órgão que agregará os mediadores”. Pensamos em ampliar e melhor definir a competência dos Tribunais, ponderando que as suas atribuições não devem alcançar apenas a regulamentação da organização e funcionamento do órgão que reúne os mediadores, mas também e principalmente o regramento do procedimento que, embora informal, deve ser minimamente estruturado.

O Projeto determina que, na hipótese de inexistência de consenso, o mediador lavre certidão a respeito, encaminhando-a, juntamente com a petição inicial, ao juízo (artigo 27, parágrafo 2°). A sugestão apresentada foi no sentido de se inscrever que nas duas modalidades de mediação (processual e pré-processual), o mediador determine a expedição do termo de mediação negativa, não lavrando, ele próprio, qualquer certidão ou termo. É que a tarefa de lavrar termos ou certidões compete aos servidores que atuam nos cartórios ou secretarias, e não ao mediador, que tem outras atividades e funções mais importantes a desempenhar no procedimento da mediação.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

De outra sorte, ordena o parágrafo 3° do artigo 27 que, no caso de acordo, o termo respectivo "será encaminhado pelo mediador ao juízo que o homologará, desde que requerida a homologação por ambas as partes". Apresentamos proposta para, alterando o texto, permitir que o requerimento de homologação seja feito por uma ou ambas as partes. A justificativa se assenta em que o pedido de homologação do termo de acordo é uma faculdade a ser exercida por qualquer das partes ou por ambas. É possível que um dos mediados não se interesse pela homologação, se conformando com a posse de um título executivo extrajudicial; isso, contudo, não será causa impediente para que a outra busque a homologação, a fim de possuir um título executivo com eficácia judicial e melhor se garantir em futura e eventual execução.

O artigo 28 prevê a possibilidade de isenção de custas processuais no caso de obtenção de consenso na mediação. Sugerimos o acréscimo da palavra "processual" após a expressão "mediação". O dispositivo tem aplicação apenas na mediação processual, porquanto na pré-processual, não havendo processo, não há despesas.

O Projeto se dispõe a regular a Mediação Extrajudicial, na Seção III, do Capítulo IV, estatuindo o artigo 29 que "O convite para iniciar procedimento de mediação extrajudicial poderá ser feito por qualquer meio de comunicação". Essa redação não condiz com o sentido daquilo que se busca normatizar, daí porque indicamos a substituição do texto por outro, invocando as disposições constantes do artigo 19, que cuidam do início da mediação, e dos parágrafos 1° e 2° (se aceitas as propostas que oferecemos a respeito), que tratam do convite, da aceitação da mediação e da firmação do termo inicial pela parte que, de início, não se interessou por ela.

Não pode prevalecer, também, a redação do parágrafo único do artigo 29 que estabelece que "será considerado rejeitado o convite para participar da mediação" se não houver resposta ao pedido, no prazo de trinta dias. Ora, o não comparecimento da parte convidada não resulta em se rejeitar o convite, mas em tornar prejudicada a tentativa de mediação. A rejeição do convite, como previsto no texto original, implica considerar em desenvolvimento um procedimento que, na verdade, sequer foi instaurado e que, se fosse, não poderia prosseguir, simplesmente, por falta da parte contrária. Entendemos que o dispositivo se torna mais lógico com a seguinte redação: "Se a parte convidada não atender à convocação, no prazo de trinta dias da data de recebimento, restará prejudicada a tentativa de mediação, consignando-se o não comparecimento no termo inicial a que se refere o art. 19".

Sobre a conclusão do procedimento da mediação, fixou o Projeto, no artigo 31, a regra que sustenta que a mediação conclui-se com a obtenção do consenso por vontade de qualquer das partes manifestada a qualquer momento, ou pelo mediador, quando este reputar inviável o consenso. Apresentamos três sugestões para a necessária correção do artigo: a primeira, visando à substituição da expressão "por vontade de qualquer das partes manifestada a qualquer momento", por "a que tiverem chegado as partes", com a justificativa de que o acordo que finaliza a mediação concretiza-se quando há consenso de ambas as partes. Se um dos conflitantes resiste ou não adere às propostas apresentadas, por não satisfazer aos seus interesses, é evidente que não há consenso e, consequentemente, não há acordo, que é o principal objetivo da mediação. Por outro lado, não faz sentido a proposição de se concluir a mediação pela "vontade de qualquer das partes manifestada a qualquer momento". É que existe um momento certo para a manifestação do consenso que leva ao acordo, momento esse que ocorre na fase final do

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

procedimento; a segunda proposta foi a de acrescentar a conjetura da tentativa infrutífera de mediação como causa de conclusão do procedimento, ponderando que a malograda tentativa, que muito se verifica na prática, também deve constar ao lado das outras causas de encerramento do procedimento, caso contrário este permanece em aberto; e a terceira, no sentido de se eliminar a hipótese de conclusão da mediação quando o mediador reputar inviável o consenso. Sobre isso, justificamos que não é só a falta de consenso que motiva a conclusão do procedimento; outras causas como, por exemplo, o abandono ou a desistência do procedimento por uma das partes, antes mesmo da formulação das propostas, a concordância de todos os mediados no sentido de encerrar o processo, a tentativa mal sucedida de resolução do conflito etc., são também razões que justificam a finalização da mediação. Oferecemos, então, a seguinte redação para o artigo 31: “O procedimento de mediação conclui-se com a obtenção do consenso a que tiverem chegado as partes, quando frustrada a tentativa de mediação, ou pelo mediador, quando este entender que, por qualquer razão, a mediação restou prejudicada”.

São essas as propostas que apresentamos, de alterações de algumas disposições do Projeto de Lei do Senado 434, de 2013, todas elas fundadas nos conhecimentos retirados dos estudos sobre mediação e da experiência adquirida na prática da resolução de conflitos através do notável instituto. Esperamos que elas possam contribuir para o aperfeiçoamento do texto dirigido à formação de uma legislação que realmente garanta aos cidadãos o efetivo acesso ao extraordinário método alternativo de solução de disputas e de pacificação social, que é a mediação.

Date Created
16/12/2013

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.