

A MEDIAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO: EVOLUÇÃO, ATUALIDADES E POSSIBILIDADES NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Humberto Dalla Bernardina de Pinho

Professor Adjunto da UERJ

Promotor de Justiça Titular - RJ

Resumo: O texto trata da mediação enquanto forma de solução alternativa de conflitos. É vista a mediação e suas características como instrumento de pacificação, ao mesmo tempo em que são apresentadas as diferenças quanto aos demais instrumentos, notadamente a conciliação e a arbitragem. São examinados os conceitos advindos do direito estrangeiro e as perspectivas para o processo civil brasileiro, notadamente diante das regras adotadas pelo PL n° 8046/10, que pretende instituir o novo Código de Processo Civil.

Palavras-chave: MEDIAÇÃO. PROCESSO CIVIL. BRASILEIRO

Sumário: 1. Considerações iniciais. 2. Evolução legislativa. 3. O uso da mediação: filtragem dos conflitos. 4. Dispositivos inseridos no Projeto do novo Código de Processo Civil. 5. Perspectivas para o Direito Brasileiro.

1. Considerações iniciais.

Já se vão algumas décadas, desde que Mauro Cappelletti¹ sistematizou as suas *Ondas Renovatórias do Direito Processual*.

Mesmo assim, a idéia de um pleno acesso à justiça continua sendo uma obsessão para os processualistas.

O mesmo Cappelletti já reconheceu que os esforços organizados sob a égide da “Terceira Onda” devem ser levados a efeito fora do circuito jurisdicional², e que há diversas formas para a concretização dos processos de heterocomposição, notadamente, a mediação.

¹ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective—a General Report. Access to Justice: A World Survey*. Milan: Dott. A. Giuffrè Editore, 1978.

² CAPPELLETTI, Mauro. *Problemas de Reforma do Processo nas Sociedades Contemporâneas*, Revista Forense n° 318 pp. 123/124.

Seguindo essa fórmula, fica mais fácil chegar ao que se denomina de quarta onda renovatória, a saber, a efetividade dos direitos processuais³.

Partindo-se da premissa segundo a qual a jurisdição, embora seja a fórmula primeira para a composição dos litígios, por vezes não é capaz de dar solução adequada a certos tipos de conflito e, sem ingressar aqui na controvérsia acerca dos limites da adjudicação⁴ e das alegadas inconveniências dos equivalentes jurisdicionais⁵ num sistema processual constitucionalizado, passaremos a tecer algumas considerações sobre a mediação enquanto processo para a busca de uma solução de pacificação do litígio e que desonere a jurisdição daqueles casos que são mais bem resolvidos pelos meios alternativos.

Entende-se a mediação como o processo por meio do qual os litigantes buscam o auxílio de um terceiro imparcial que irá contribuir na busca pela solução do conflito⁶.

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.

2. *Evolução legislativa.*

No Brasil, a mediação começa a ganhar forma legislativa com o Projeto de Lei nº 4.827/98, oriundo de proposta da Deputada Zulaiê Cobra, tendo o texto inicial levado à Câmara uma regulamentação concisa, estabelecendo a definição de mediação e elencando algumas disposições a respeito⁷.

Na Câmara dos Deputados, já em 2002, o projeto foi aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça e enviado ao Senado Federal, onde recebeu o número PLC 94, de 2002.

Ocorre que em 1999 o Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) já havia constituído comissão para elaborar um Anteprojeto de Lei sobre a mediação no processo civil, que culminou com diversos debates públicos e a elaboração de um texto final. O texto foi apresentado ao governo federal. Diante da existência do projeto de lei da Dep.

³ CAPPELLETTI, Mauro (org.). *Accès a la justice et état-providence*. Economica, Paris, 1984, p. 29.

⁴ FULLER, Lon. *The forms and limits of adjudication*, 92 *Harvard Law Review*, 353, 1978.

⁵ FISS, O.M. *Against Settlement*, 93 *Yale Law Journal* 1073-90, may 1984.

⁶ 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.

⁷ Para maiores informações acerca do histórico e da tramitação do Projeto, remetemos o leitor a nossa obra específica sobre o tema: 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.

Zulaiê Cobra, já aprovado na Câmara, o Ministério da Justiça realizou audiência pública, convidando a Deputada, as pessoas que com ela colaboravam, o IBDP e demais organizações sociais envolvidas com o tema da mediação.

Após essas diligências, foi elaborado um texto de consenso com a Deputada e estabelecida a estratégia de encaminhamento ao Relator do Projeto no Senado Federal, Senador Pedro Simon, solicitando-lhe que o apresentasse como substitutivo. O Senador Pedro Simon, todavia, apresentou substitutivo inspirado no texto elaborado pelo IBDP, mas alterado em seus aspectos principais.

O Governo Federal, no entanto, como parte do Pacote Republicano, que se seguiu à Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004 (conhecida como “Reforma do Judiciário”), apresentou diversos Projetos de Lei modificando o Código de Processo Civil, o que levou à um novo relatório do P.L. 94.

O Governo resolveu, então, encaminhar um Projeto de Lei autônomo, cujo texto foi elaborado pelo I.B.D.P.. Em 14 de março de 2006, o relatório reformulado foi recebido e aprovado, na forma de seu substitutivo, pela Comissão de Constituição e Justiça (CCJ). Foi aprovado o Substitutivo (Emenda nº 1-CCJ), ficando prejudicado o projeto inicial, tendo sido o substitutivo enviado à Câmara dos Deputados no dia 11 de julho. Em 1º de agosto, o projeto foi encaminhado à CCJC, que o recebeu em 7 de agosto. Desde então não se teve mais notícia do referido Projeto. Uma consulta recente ao sítio da Câmara, mostra que o Projeto está paralisado desde abril de 2007.

Quando já se perdiam as esperanças de uma positivação da mediação em nosso Direito, eis que, em 2009, foi convocada uma Comissão de Juristas, presidida pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça Luiz Fux, com o objetivo de apresentar um novo Código de Processo Civil.

Em tempo recorde, foi apresentado um Anteprojeto, logo convertido em Projeto de Lei no Senado (nº 166/10). O texto foi submetido reiteradas consultas e audiências públicas, recebeu um Substitutivo, sob a Relatoria do Sen. Valter Pereira, foi votado e enviado à Câmara, onde tomou o número 8046, e está em exame.

Neste Projeto, podemos identificar a preocupação da Comissão com os institutos da conciliação e da mediação, especificamente nos artigos 144 a 153, o que será objeto de análise adiante.

Não obstante ainda não ter se convertido formalmente em Lei, é preciso que se diga que a mediação está largamente difundida no Brasil e já é exercida inclusive dentro dos órgãos do Poder Judiciário, na medida em que se funda na livre manifestação de

vontade das partes, e conta com o expresso apoio do Supremo Tribunal Federal, do Conselho Nacional de Justiça⁸ e, ainda, do Ministério da Justiça, por intermédio da Secretaria de Reforma do Poder Judiciário⁹.

3. O uso da mediação: filtragem dos conflitos.

Veremos, a partir de agora, algumas questões relativas ao uso adequado da mediação no panorama dos instrumentos voltados à solução de conflitos.

O *Uniform Mediation Act*¹⁰ dispõe em seu item (1): “*Mediation means a process in which a mediator facilitates communication and negotiation between parties to assist them in reaching a voluntary agreement regarding their dispute*”.

Apresentando uma visão mais pragmática, Goldberg¹¹ afirma que “*mediation is negotiation carried out with the assistance of a third party*”.

O papel do interventor é ajudar na comunicação através da neutralização de emoções, formação de opções e negociação de acordos.

Como agente fora do contexto conflituoso, funciona como um catalisador de disputas, ao conduzir as partes às suas soluções, sem propriamente interferir na substância destas.

Helena Soletto Muñoz¹², numa visão bastante amadurecida, afirma 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*”.

O Projeto de Lei nº 94¹³, em sua versão final, apresentada em julho de 2006 pelo Senado Federal Brasileiro, trazia o seguinte conceito em seu artigo 2º:

“Art. 2º Para fins desta Lei, mediação é a atividade técnica exercida por terceiro imparcial que, escolhido ou aceito pelas partes interessadas, as escuta,

⁸ Em dezembro de 2010 o CNJ editou a Resolução nº 125 que implementa a política pública para a solução de conflitos, trazendo diversas regras aplicáveis à mediação.

⁹ Projeto “Movimento pela Conciliação” liderado pelo Conselho Nacional de Justiça e coordenado por Lorenzo Lorenzoni e Germana Moraes, disponível no sítio <http://www.cnj.gov.br>, acesso em 15 de abril de 2008.

¹⁰ Aplicável nos EUA e disponível em <http://www.adr.org>, consultado em 25 de outubro de 2008.

¹¹ GOLDBERG, Stephen B., SANDER, Frank E.A., ROGERS, Nancy H., COLE, Sarah R. *Dispute Resolution – Negotiation, Mediation, and Other Processes*, 4th edition, New York: Aspen Publishers, Inc, 2003, p. 111.

¹² MUÑOZ, Helena Soletto. La Mediación: Método de Resolución Alternativa de Conflictos en el Proceso Civil Español, in Revista Eletrônica de Direito Processual, ano 3, vol. 3, janeiro a junho de 2009, disponível no site <http://www.redp.com.br>.

¹³ Consultar o texto final, bem como as versões anteriores, no sítio do IBDP, em <http://www.direitoprocessual.org.br>, acesso em fevereiro de 2010.

orienta e estimula, sem apresentar soluções, com o propósito de lhes permitir a prevenção ou solução de conflitos de modo consensual."

Por seu turno, o Art. 3º da Diretiva nº 52, de 21 de maio de 2008¹⁴, emitida pelo Conselho da União Européia, define mediação como um processo estruturado no qual duas ou mais partes em litígio tentam, voluntariamente, alcançar por si mesmas um acordo sobre a resolução de seu litígio, com a ajuda de um mediador.

Observa-se, portanto, que são elementos da mediação, de acordo com tal Diretiva: a estrutura do processo, a existência de duas ou mais partes, a voluntariedade do processo, o acordo das partes e, por fim, a ajuda do mediador.

No Direito Italiano, como decorrência da Diretiva, foi editada a Lei nº 69, de 18 de junho de 2009, que, em seu artigo 60¹⁵, autoriza o Governo emitir Decreto Legislativo sobre mediação e conciliação em matéria civil e comercial, de acordo com o Direito Comunitário.

¹⁴ DIRETTIVA 2008/52/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO del 21 maggio 2008, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale. Texto disponível em <http://www.mondoadr.it/cms/?p=1466>. " *Articolo 3. Definizioni. Ai fini della presente direttiva si applicano le seguenti definizioni: a) per «mediazione» si intende un procedimento strutturato, indipendentemente dalla denominazione, dove due o più parti di una controversia tentano esse stesse, su base volontaria, di raggiungere un accordo sulla risoluzione della medesima con l'assistenza di un mediatore. Tale procedimento può essere avviato dalle parti, suggerito od ordinato da un organo giurisdizionale o prescritto dal diritto di uno Stato membro. Esso include la mediazione condotta da un giudice che non è responsabile di alcun procedimento giudiziario concernente la controversia in questione. Esso esclude i tentativi messi in atto dall'organo giurisdizionale o dal giudice aditi al fine di giungere ad una composizione della controversia in questione nell'ambito del procedimento giudiziario oggetto della medesima*".

¹⁵ Legge 18 giugno 2009, n. 69. (Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile). Art. 60. (*Delega al Governo in materia di mediazione e di conciliazione delle controversie civili e commerciali*). 1. Il Governo è delegato ad adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi in materia di mediazione e di conciliazione in ambito civile e commerciale. 2. La riforma adottata ai sensi del comma 1, nel rispetto e in coerenza con la normativa comunitaria e in conformità ai principi e criteri direttivi di cui al comma 3, realizza il necessario coordinamento con le altre disposizioni vigenti. I decreti legislativi previsti dal comma 1 sono adottati su proposta del Ministro della giustizia e successivamente trasmessi alle Camere, ai fini dell'espressione dei pareri da parte delle Commissioni parlamentari competenti per materia e per le conseguenze di carattere finanziario, che sono resi entro il termine di trenta giorni dalla data di trasmissione, decorso il quale i decreti sono emanati anche in mancanza dei pareri. Qualora detto termine venga a scadere nei trenta giorni antecedenti allo spirare del termine previsto dal comma 1 o successivamente, la scadenza di quest'ultimo è prorogata di sessanta giorni. 3. Nell'esercizio della delega di cui al comma 1, il Governo si attiene ai seguenti principi e criteri direttivi: a) prevedere che la mediazione, finalizzata alla conciliazione, abbia per oggetto controversie su diritti disponibili, senza precludere l'accesso alla giustizia; b) prevedere che la mediazione sia svolta da organismi professionali e indipendenti, stabilmente destinati all'erogazione del servizio di conciliazione; c) disciplinare la mediazione, nel rispetto della normativa comunitaria, anche attraverso l'estensione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, e in ogni caso attraverso l'istituzione, presso il Ministero della giustizia, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, di un Registro degli organismi di conciliazione, di seguito denominato «Registro», vigilati dal medesimo Ministero, fermo restando il diritto delle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura che hanno costituito organismi di conciliazione ai sensi dell'articolo 2 della legge 29 dicembre 1993, n. 580, ad ottenere l'iscrizione di tali organismi nel medesimo Registro; (...) Fonte: <http://www.parlamento.it/parlam/leggi/090691.htm>.

Regulamentando esta Lei, em 4 de março de 2010 foi editado o Decreto Legislativo nº 28¹⁶, que traz os seguintes conceitos:

"Art. 1 Definizioni. 1. Ai fini del presente decreto legislativo, si intende per:

a) mediazione: l'attivit , comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o pi  soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa;

b) mediatore: la persona o le persone fisiche che, individualmente o collegialmente, svolgono la mediazione rimanendo prive, in ogni caso, del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i destinatari del servizio medesimo;

c) conciliazione: la composizione di una controversia a seguito dello svolgimento della mediazione;"

Pelos conceitos que foram apresentados, podemos afirmar que a media o se difere da negocia o justamente pela presença do terceiro mediador, que terá como fun o primordial auxiliar as partes a resolver seu conflito.

Normalmente essas partes, após um fracassado processo de negocia o, chegam   conclusão de que não são capazes, por elas próprias, de remover os obstáculos que impedem a celebra o do acordo. Buscam, num terceiro, uma forma de viabilizar a via consensual, que sabem existir, embora não sejam capazes de encontr -la.

Mas   possível também, e   preciso que se advirta dessa possibilidade, que a via consensual esteja irremediavelmente obstruída, por conta um relacionamento já desgastado pelo tempo, pelas intempéries de uma ou ambas as partes e ainda pela falta de habilidade em lidar com o conflito.

Nesse caso, deve se recorrer   adjudica o ou decisão forçada, hipótese em que um terceiro deverá, após se certificar que não há mais possibilidade de acordo, emitir um juízo de valor acerca da situa o concreta na qual os interesses das partes estão contrapostos.

A adjudica o vai assumir, basicamente, a forma ou de arbitragem ou de jurisdi o.

¹⁶ DECRETO LEGISLATIVO 4 marzo 2010, n. 28. Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali. <http://www.mondoadr.it/cms/?p=2244>.

Na arbitragem, as partes maiores e capazes, divergindo sobre direito de cunho patrimonial, submetem o litígio ao terceiro (árbitro) que deverá, após regular procedimento, decidir o conflito, sendo tal decisão impositiva.

Há aqui a figura da substitutividade, eis que há a transferência do poder de decidir para o árbitro, que por sua vez é um juiz de fato e de direito.

A arbitragem pode ser convencionada antes (cláusula compromissória) ou depois (compromisso arbitral) do litígio, sendo certo ainda que o procedimento arbitral pode se dar pelas regras ordinárias de direito ou por equidade, conforme a expressa vontade das partes.

A segunda forma de adjudicação é a jurisdição, monopólio do Estado, que hoje é ainda o instrumento mais utilizado na solução dos conflitos no Brasil.

Nela não há limites subjetivos (de pessoas) ou objetivos (de matéria). Ademais, ostenta a característica da coercibilidade e auto-executoriedade das suas decisões, o que não ocorre na arbitragem.

Mas, não custa lembrar, apenas a jurisdição é monopólio do Estado e não a solução dos conflitos.

Três são os elementos básicos para que possamos ter um processo de mediação: a existência de partes em conflito, uma clara contraposição de interesses e um terceiro neutro capacitado a facilitar a busca pelo acordo.

Via de regra, a mediação é um procedimento extrajudicial. Ocorre, como visto acima, 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 conciliatória¹⁷.

É o que se chama de mediação incidental ou judicial. Em nosso ordenamento pode ser feita em duas hipóteses: ou o juiz, ele próprio, conduz o processo, funcionando como um conciliador ou designando um auxiliar para tal finalidade (artigos 331 e 447 do C.P.C.); ou as partes solicitam ao juiz a suspensão do processo, pelo prazo máximo de seis meses, para a efetivação das tratativas de conciliação fora do juízo (artigo 265, inciso II, c/c § 3º, também do C.P.C.).

De acordo com a postura do mediador, podemos classificar o procedimento em ativo ou passivo.

¹⁷ PINHO. Humberto Dalla Bernardina de Pinho. *A Mediação e as perspectivas para o processo civil contemporâneo*, artigo disponível em nosso sítio, no endereço <http://www.humbertodalla.pro.br>.

Na mediação passiva o terceiro apenas ouve as partes, agindo como um facilitador¹⁸ do processo de obtenção de uma solução consensual para o conflito, sem apresentar o seu ponto de vista, possíveis soluções ou propostas concretas às partes.

No caso da mediação ativa, o mediador funcionará como uma espécie de conciliador; ele não se limita a facilitar; terá ele também a função de apresentar propostas, soluções alternativas e criativas para o problema, alertar as partes litigantes sobre a razoabilidade ou não de determinada proposta, influenciando assim o acordo a ser obtido. Aqui o mediador assume posição avaliadora.

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 ou de conciliação, nos juizados especiais e na justiça do trabalho.

A mediação é um trabalho artesanal. 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 assumidas¹⁹, para que possa indicar às partes o possível caminho que elas tanto procuravam.

É um processo que pode se alongar por semanas, com inúmeras sessões, inclusive com a participação de co-mediadores, estando as partes, se assim for de seu desejo, assistidas a todo o tempo por seus advogados, devendo todos os presentes acordar quanto ao procedimento utilizado e a maneira como as questões são postas na mesa para exame.

Fixadas essas premissas, é hora de examinar a adequação da mediação a certos tipos de conflitos.

Como já tive a oportunidade de ressaltar²⁰, as vias alternativas vêm para somar e não para disputar com a adjudicação.

A mediação não deve ser utilizada para todo e qualquer caso²¹. Cada tipo de conflito tem uma forma adequada de solução, razão pela qual se deve, sempre que possível, tentar a combinação de métodos.

¹⁸ O termo facilitação vem sendo largamente utilizado na literatura especializada em mediação. Confira-se, por todos, SINGER, Linda R. *Settling Disputes*, 2nd edition, Colorado: Westview, 1994, p. 24.

¹⁹ FISCHER, Roger and William Ury, *Getting to Yes: Negotiating Agreement without Giving In*, Boston: Houghton Mifflin Co., 1981.

²⁰ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*, 3ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, capítulo 25.

Temos insistido na tese de que a mediação deve ser utilizada, prioritariamente para os relacionamentos interpessoais continuados.

Em outras palavras; havendo um conflito, este pode se dar entre duas empresas (business to business – B2B); entre uma pessoa física e uma pessoa jurídica (business to person – B2P); ou ainda entre duas pessoas físicas (person to person – P2P).

Sendo um conflito entre duas pessoas físicas, é preciso investigar a natureza do relacionamento entre elas. Poder ser uma relação descartável (numa ação indenizatória oriunda de ato ilícito qualquer, como, por exemplo, num acidente de automóvel) ou numa relação continuada (aquela que vai subsistir, quer as partes queiram, quer não queiram, após a solução daquele conflito, como é o caso da convivência entre cônjuges, familiares, afins, vizinhos e associados).

É exatamente aqui que, a meu juízo, reside a grande contribuição da mediação. De nada adianta a sentença de um juiz ou a decisão de um árbitro numa relação continuativa sem que o conflito tenha sido adequadamente trabalhado. Ele continuará a existir, independentemente do teor da decisão e, normalmente, é apenas uma questão de tempo para que volte a se manifestar concretamente.

Por óbvio, dependendo das peculiaridades do caso concreto, a mediação também pode ser indicada para conflitos “B2B” e “B2P”. Cabe às partes e ao mediador avaliar as possibilidades caso a caso.

Nesse sentido, recebemos com certa preocupação o Projeto de Lei nº 94/2002 (antigo Projeto nº 4.287/98) que tramitou no Congresso Brasileiro, pois havia o risco de se incentivar o uso indiscriminado da mediação, quer prévia, quer incidentalmente, em todos os processos. Isso, de nada adiantaria ou contribuiria para o acesso à justiça.

É imprescindível que exista uma forma de triagem e filtragem no início do processo conflituoso. Essa triagem deve ser feita de forma conjunta por todos os operadores do direito, dos advogados aos juízes.

Um confronto de cunho eminentemente emocional é passível de solução mais adequada se for submetido inicialmente à mediação. É necessário decompor os elementos psicológicos e jurídicos e examinar qual deles prepondera naquele caso específico, a fim de que se possa utilizar o “remédio” adequado.

²¹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Mecanismos de Solução Alternativa de Conflitos: algumas considerações introdutórias*, in Revista Dialética de Direito Processual, vol. 17, pp. 09/14, São Paulo: Oliveira Rocha, 2004.

Mais uma vez ressalto, a questão não é de divisão ou repartição de competências entre adjudicação e mecanismos de ADR's, e muito menos de utilização generalizadas de formas de solução alternativas, mas sim de combinação, mediante um racional e efetivo processo de triagem, no qual todos os jurisdicionados têm muito a ganhar.

4. Dispositivos inseridos no Projeto do novo Código de Processo Civil.

Em primeiro lugar é preciso enfatizar, como aliás tem sido exaustivamente repetido pelo Presidente da Comissão de Juristas encarregada do trabalho, Min. Luiz Fux, que não se trata de uma grande reforma, mas, sim, de um novo Código.

Há uma nova ideologia, um novo jeito de compreender o processo civil.

Pela leitura do texto, é possível perceber a preocupação em sintonizar as regras legais com os princípios constitucionais, revelando a feição neoconstitucional do trabalho.

Há, principalmente, eixos temáticos bem definidos²²: Estado Constitucional; tutela de direitos e processo justo.

Um Código que se baseia, a meu ver²³, em duas grandes premissas. De um lado, a ampla liberdade do juiz de primeiro grau para conduzir o processo, e, de outro, a vinculação deste mesmo juiz a um sistema rígido de precedentes.

Deseja-se um juiz ativo, num sistema que visa preservar os direitos fundamentais (garantismo processual) e cria-se, nesse mesmo sistema, um feixe de camadas de precedentes que, praticamente, impedem o juiz de ousar divergir do entendimento padronizado pelos Tribunais Superiores.

Focando agora na questão da mediação, o Título III da Parte Geral do Projeto se refere ao Juiz e aos Auxiliares da Justiça. Localizamos no Capítulo Terceiro, especificamente na Seção V, as disposições relativas aos conciliadores e mediadores judiciais.

O Projeto se preocupa, especificamente, com a atividade de 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).

²² MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC. Crítica e propostas*, Revista dos Tribunais: São Paulo, 2010, p. 60.

²³ PINHO. Humberto Dalla Bernardina de. *Os Princípios e as Garantias Fundamentais no Projeto de Código de Processo Civil: breves considerações acerca dos artigos 1º a 11 do PLS 166/10*, artigo publicado na Revista Eletrônica de Direito Processual, vol. VI, julho-dezembro de 2010, disponível no sítio <http://www.redp.com.br>.

Ficam resguardados os princípios informadores da conciliação e da mediação, a saber: (i) independência; (ii) neutralidade; (iii) autonomia da vontade; (iv) confidencialidade; (v) oralidade; e (vi) informalidade.

A confidencialidade é especialmente protegida. Os §§ 2º e 3º do art. 144 determinam que ela se estende a todas as informações produzidas ao longo do procedimento, e, ainda, que o teor dessas informações "*não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes*". Ademais, conciliador e mediador (bem como integrantes de suas equipes) "*não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação*".

No art. 145, a Comissão de Juristas, após anotar que a conciliação e a mediação devem ser estimuladas por todos os personagens do processo, refere uma distinção objetiva entre essas duas figuras. A diferenciação se faz pela postura do terceiro.

Assim, o conciliador pode sugerir soluções para o litígio, ao passo que o mediador auxilia as pessoas em conflito a identificarem, por si mesmas, alternativas de benefício mútuo.

É o acolhimento no texto do Projeto de uma distinção que nós²⁴ já fazíamos há muito e que comentaremos no próximo item.

A escolha do mediador também é uma questão que mereceu tratamento adequado no Projeto. As partes podem escolher livremente o mediador ou o conciliador, havendo consenso entre elas acerca do nome deste profissional. Se não houver acordo, haverá um sorteio entre os profissionais inscritos no Tribunal (art. 146 do Projeto), que, por sua vez, manterá um registro de todos os habilitados por área profissional, que preencherem os requisitos²⁵ exigidos, entre os quais, apresentar certificado de capacitação mínima, por meio de curso realizado por entidade credenciada pelo Tribunal.

Esse registro conterà, ainda, informações sobre a performance do profissional, indicando, por exemplo, o número de causas de que participou, o sucesso ou o insucesso da atividade e a matéria sobre a qual versou o conflito. Esses dados serão publicados periodicamente e sistematizados para fins de estatística (art. 147 do Projeto).

²⁴ 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.

²⁵ A versão original do PLA 166/10 exigia que o mediador fosse inscrito nos quadros da OAB. Com o Relatório e o Substitutivo apresentados em 24 de novembro de 2010 pelo Sen. Valter Pereira, prestigiou-se o entendimento amplamente majoritário em sede doutrinária no sentido da dispensabilidade deste requisito.

A Comissão, utilizando alguns dispositivos que já se encontravam no Projeto de Lei de Mediação, também se preocupou com os aspectos éticos de mediadores e conciliadores. Nesse sentido, fez previsão das hipóteses de exclusão dos nomes do cadastro do Tribunal, cabendo instauração de procedimento administrativo para investigar a conduta (art. 148).

Há, também, previsão para o impedimento (art. 149), a impossibilidade temporária (art. 150) e a chamada "quarentena" desses profissionais, que ficam impedidos, pelo prazo de um ano, contado a partir do término do procedimento, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer dos litigantes (art. 151).

Quanto à remuneração, o art. 152 do Projeto dispõe que será editada uma tabela de honorários pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Como visto, a preocupação da Comissão é com a mediação judicial. Como já afirmado, o Projeto não veda a mediação prévia ou a extrajudicial, apenas opta por não regulá-la, deixando claro que os interessados podem fazer uso dessa modalidade recorrendo aos profissionais liberais disponíveis no mercado. Imagina-se que ocorrerá com a mediação e a conciliação, o que sucedeu com o advento da Lei da Arbitragem (Lei nº 9.307/96), que estimulou a criação de entidades arbitrais no país.

Nesse aspecto, é preciso atentar para o fato de que, como se explicitará a seguir, não há ainda no Brasil uma cultura do acordo²⁶. Entre nós, a regra ainda é o litígio, ou seja, buscar a jurisdição antes mesmo de tentar dialogar com a parte contrária ou mesmo considerar a hipótese de recorrer a um meio alternativo para a solução daquele conflito.

Diante desse quadro, consideramos que seja mais fácil para o jurisdicionado ter o primeiro contato com a mediação na sua modalidade judicial e, muitas vezes, incidental.

Temos esperança que, com o passar do tempo, ocorra o amadurecimento da sociedade, no sentido de que passe a ter um papel mais ativo na procura de soluções e no gerenciamento dos conflitos, abandonando a atual postura de recorrer sempre e de forma automática ao Judiciário.

O sentido e o alcance desta idéia serão desenvolvidos a seguir.

5. Perspectivas para o Direito Brasileiro.

²⁶ WATANABE, Kazuo. *Cultura da Sentença e Cultura da Pacificação, in Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover (org. Flávio Luiz Yarchell e Maurício Zanoide de Moraes)*, São Paulo: DPJ, 2005, p. 684-690.

Neste tópico, vamos procurar apresentar alguns institutos da mediação e comentar dispositivos do Projeto de Lei de Mediação, bem como do Projeto do Novo Código de Processo Civil que consideramos sejam, ainda, merecedores de maior reflexão.

Nessa linha de raciocínio, partindo-se da premissa, já assentada, de que na mediação os litigantes buscam o auxílio de um terceiro imparcial que seja detentor de sua confiança, e, ainda, de que este terceiro não tem poder decisório, é possível compreender que cria-se uma relação mais íntima entre as partes e o mediador.

Cabe ao mediador auxiliá-las na obtenção da solução consensual, fazendo com que elas enxerguem os obstáculos ao acordo e possam removê-los de forma consciente, como verdadeira manifestação de sua vontade e de sua intenção de compor o litígio.

Normalmente, ao fim de um procedimento exitoso de mediação, as partes compreendem que a manutenção do vínculo que as une é mais importante do que um problema circunstancial e, por vezes, temporário. A mediação é o método de solução de controvérsias ideal para as relações duradouras, como é o caso de cônjuges, familiares, vizinhos e colegas de trabalho, entre outros.

Não custa enfatizar que o melhor modelo, a nosso ver, 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, não concordamos com a idéia de uma mediação ou conciliação obrigatória²⁷. É da essência desses procedimentos 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.

Mas é preciso buscar uma solução de equilíbrio entre essas duas vertentes.

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.

²⁷ O art. 34 do Projeto de Lei de Mediação referia a obrigatoriedade do procedimento, como regra. *Art. 34. A mediação incidental será obrigatória no processo de conhecimento, salvo nos seguintes casos: (...) IX – quando na mediação prévia, realizada na forma da seção anterior, tiver ocorrido sem acordo nos cento e oitenta dias anteriores ao ajuizamento da ação. Parágrafo único. A mediação deverá ser realizada no prazo máximo de noventa dias e, não sendo alcançado o acordo, dar-se-á continuidade ao processo”.*

Não há necessidade de uma instância prévia formal extrajudicial, como ocorre com as Comissões de Conciliação Prévias²⁸ na Justiça do Trabalho; basta algum tipo de comunicação, como o envio de uma carta ou e-mail, uma reunião entre advogados, um contato com o “call center” de uma empresa feito pelo consumidor; enfim, qualquer providência tomada pelo futuro demandante no sentido de demonstrar ao Juiz que o ajuizamento da ação não foi sua primeira alternativa.

Estamos pregando aqui uma ampliação no conceito processual de interesse em agir, acolhendo a idéia da adequação²⁹, dentro do binômio necessidade-utilidade, como forma de racionalizar a prestação jurisdicional e evitar a procura desnecessária pelo Poder Judiciário.

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 Direito³⁰.

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 conflito³¹.

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, na forma do artigo 5º, inciso XXXV da Carta de 1988.

O que deve ser esclarecido é que o fato de um 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.

²⁸ A Lei nº 9.958/2000 inseriu as alíneas A a H no artigo 625 da Consolidação das Leis Trabalhistas (C.L.T.) e disciplinou o instituto das “Comissões de Conciliação Prévia”. Em razão dessa sistemática, o Egrégio Supremo Tribunal Federal se posicionou no sentido de que não pode ser exigida a ida prévia à C.C.P., pois isso seria um injustificável embaraço ao livre acesso ao Poder Judiciário. Maiores informações sobre essa Decisão em nosso blog: <http://humbertodalla.blogspot.com>, *post* do dia 14 de maio de 2009. Referência: ADIN 2139/DF. Íntegra do Acórdão disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=604545>.

²⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. Vol. 1. 9ª edição. Salvador: Juspodivm, 2008.

³⁰ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. DURCO, Karol. *A Mediação e a Solução dos Conflitos no Estado Democrático de Direito. O “Juiz Hermes” e a Nova Dimensão da Função Jurisdicional*, disponível em <http://www.humbertodalla.pro.br>, acesso em 12 de janeiro de 2010.

³¹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina 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 (organizadora). *Temas sobre Direitos Humanos em Homenagem ao Professor Vicente Barreto*, Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009, pp. 63/80.

Pode ser que o Juiz entenda que aquelas partes precisem ser submetidas a uma instância conciliatória, pacificadora, antes de uma decisão técnica.

E isto fica muito claro no Projeto do novo CPC, na medida em que o art. 107 confere uma série de poderes ao juiz, sobretudo no que se refere à direção do processo, mencionando expressamente a adequação e a flexibilização enquanto instrumentos para se alcançar a efetividade.

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.

Não custa lembrar, como nos indica Elidio Resta³², que a conciliação tem o poder de "desmanchar" a lide, resultado este que, na maioria dos casos, não é alcançado com a intervenção forçada do Poder Judiciário.

Importante deixar clara essa nova dimensão do Poder Judiciário, aparentemente minimalista, numa interpretação superficial, mas que na verdade revela toda a grandeza desta nobre função do Estado. Nessa perspectiva, efetividade não significa ocupar espaços e agir sempre, mas intervir se e quando necessário, como *ultima ratio* e com o intuito de reequilibrar as relações sociais, envolvendo os cidadãos no processo de tomada de decisão e resolução do conflito.

Isso pode (e deve) ser incentivado pelo próprio Poder Judiciário. Nesse sentido, vale a pena dar uma olhada no "*Alternative Dispute Resolution Act*"³³ de 1988, em vigor nos Estados Unidos.

A mediação incidental judicial já pode ser feita hoje em nosso ordenamento. Contudo, nessa hipótese, como já frisamos, terá havido a movimentação da máquina judicial (apresentação da petição inicial, recolhimento de custas, despacho liminar positivo, citação do réu, prazo para contestação, diligências cartorárias, resposta do réu e designação de audiência prévia, sem contar com os inúmeros incidentes processuais que podem tornar mais complexa a relação processual).

O elemento principal, portanto, para a compreensão da mediação é a formação de uma cultura de pacificação, em oposição à cultura hoje existente em torno da necessidade de uma decisão judicial para que a lide possa ser resolvida.

³² RESTA, Eligio (trad. Sandra Vial). *O Direito Fraterno*. Santa Cruz do Sul, EDUNISC, 2004, p. 119.

³³ SEC. 2. FINDINGS AND DECLARATION OF POLICY. Congress finds that (...) (2) *certain forms of alternative dispute resolution, including mediation, early neutral evaluation, minitrials, 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; (...)*". Fonte: <http://www.pubklaw.com/hi/105-315.html>, acesso em 30 de setembro de 2007.

Nesse sentido, o artigo 2º do Projeto³⁴ de Lei de Mediação dispunha de forma inequívoca que a modalidade a ser adotada pelo Brasil será a passiva, dando a entender que a chamada mediação ativa (conciliação) não se coaduna com o espírito do legislador.

O Projeto do novo CPC, como vimos acima, acolhe a diferenciação teórica, e utiliza os dois termos de forma específica, a saber, conciliação e mediação.

Nesse ponto, mister algumas considerações.

A distinção entre mediação e conciliação é tarefa um tanto árdua. Podemos, então, estabelecer três critérios fundamentais:

Quanto à finalidade, a mediação visa resolver, da forma mais abrangente possível, o conflito entre os envolvidos. Já a conciliação contenta-se em resolver o litígio conforme as posições apresentadas pelos envolvidos.

Quanto ao método, o conciliador assume posição mais participativa, podendo sugerir às partes os termos em que o acordo poderia ser realizado, dialogando abertamente a este respeito, ao passo que o mediador deve abster-se de tomar qualquer iniciativa de proposição, cabendo a ele apenas assistir as partes e facilitar a sua comunicação, para favorecer a obtenção de um acordo de recíproca satisfação.

Por fim, quanto aos vínculos, a conciliação é uma atividade inerente ao Poder Judiciário, sendo realizada por juiz togado, por juiz leigo ou por alguém que exerça a função específica de conciliador.

Por outro lado, a mediação é atividade privada, livre de qualquer vínculo, não fazendo parte da estrutura de qualquer dos Poderes Públicos. Mesmo a mediação paraprocessual mantém a característica privada, estabelecendo apenas que o mediador tem que se registrar no tribunal para o fim de ser indicado para atuar nos conflitos levados à Justiça.

Ademais, como referido, a mediação não deve ser utilizada na generalidade dos casos. Tal conduta equivocada levaria a uma falsa esperança em mais uma forma de solução de conflitos que não tem o condão de se desincumbir, satisfatoriamente, de certos tipos de litígios. O mediador não tem “*bola de cristal*” e nem “*varinha mágica*”.

³⁴ “Art. 2º Para fins desta Lei, mediação é a atividade técnica exercida por terceiro imparcial que, escolhido ou aceito pelas partes interessadas, as escuta, orienta e estimula, sem apresentar soluções, com o propósito de lhes permitir a prevenção ou solução de conflitos de modo consensual”.

Dá a importância, frise-se, de ser instituído um mecanismo prévio para a tentativa da solução negociada dos conflitos, ainda que não necessariamente a mediação.

O autor, ao ajuizar a petição inicial, deveria alegar (e provar) ao magistrado que tentou, de alguma forma, solucionar pacificamente aquele conflito e que só está levando aquela causa ao Poder Judiciário porque não obteve sucesso em suas tentativas.

A mediação deve ser conduzida por profissionais habilitados, treinados e experimentados.

Toda Faculdade de Direito deveria ter, ao menos, uma dessas matérias em sua grade de disciplinas obrigatórias.

Ademais, os escritórios-modelo deveriam incluir um período de “*clínica de mediação*”, tendo o suporte de uma equipe interdisciplinar, formada por psicólogos, assistentes sociais e terapeutas, de forma a permitir uma formação mais adequada ao acadêmico³⁵.

Apenas com a mudança na Academia será possível observar a mudança na mentalidade dos operadores.

Aliado a isso, é preciso uma grande e prolongada campanha de esclarecimento à população a fim de que, de um lado, não se criem falsas expectativas, e, de outro, não se permita uma desconfiança quanto ao novo instituto, fruto de uma tradição arraigada nos países latino-americanos e ligada à falsa premissa de que apenas o juiz pode resolver o problema.

É preciso, pois, a adoção de uma política de racionalização na prestação jurisdicional.

Se, desde o início, fica claro que o cerne da controvérsia não é jurídico, ou seja, não está relacionado à aplicação de uma regra jurídica, de nada adianta iniciar a relação processual, para então sobrestá-la em busca de uma solução consensual. Isto leva ao desnecessário movimento da máquina judicial, custa dinheiro aos cofres públicos, sobrecarrega juízes, promotores e defensores e, não traz qualquer consequência benéfica.

³⁵ Nesse sentido, veja-se a excelente iniciativa do Ministério da Justiça intitulada “Projeto Pacificar”. Maiores detalhes no sítio da Secretaria de Reforma do Poder Judiciário no seguinte endereço: <http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ4F9B9115ITEMIDB273D42CA83B4131AE3FEE93D8C2D174PTBRIE.htm>.

É mister amadurecer, diante da realidade brasileira, formas eficazes de fazer essa filtragem de modo a obter uma solução que se mostre equilibrada entre os Princípios do Acesso à Justiça e da Duração Razoável do Processo.

Um outro aspecto que merece registro é a questão de ser o mediador um advogado ou não. Tal controvérsia tem suscitado grandes discussões. Infelizmente, o que move os debatedores não é uma preocupação desinteressada pelo tema. Há um forte “lobby” de setores da advocacia, em oposição ao movimento feito por setores e grupos ligados à psicologia.

Realmente, não nos parece adequado que o mediador seja, necessariamente, um advogado. Parece que a melhor configuração é a de um mediador não advogado, que pode ser auxiliado por um co-mediador advogado.

Participando da sessão de mediação estarão as partes que poderão levar seus advogados ou solicitar a intervenção de um defensor público ou advogado dativo, naquelas localidades nas quais a Defensoria Pública ainda não estiver estabelecida, ou quando o número de defensores disponíveis não for suficiente para atender a todas as demandas.

Diga-se, de passagem, que o árbitro, que tem poder de julgar, não precisa ser advogado pela Lei brasileira (art. 18 da Lei nº 9.307/96). Por que, então, o mediador deveria ser, já que sua função não é julgar, mas sim auxiliar as partes e entender melhor o problema, aparando as arestas e removendo os obstáculos que impedem o acordo?

O que é verdadeiramente importante é que o mediador seja alguém que tenha autoridade moral na comunidade e que sua habilidade para pacificar os conflitos seja reconhecida de forma geral, independentemente de sua profissão.

Costumamos dizer que ninguém deve se apresentar como mediador; essa qualidade é atribuída pela sociedade a partir da observação e do reconhecimento das atitudes daquela pessoa. Hoje, os árbitros mais bem sucedidos e requisitados no mercado são pessoas que devotaram suas vidas à construção de uma reputação sólida e confiável.

Agora, uma palavra sobre a mediação “passiva”, que embora não seja da tradição de nosso direito, foi apontada como a modalidade a ser acolhida por nosso ordenamento, tanto pelo Projeto de Lei de Mediação, como pelo Projeto do novo CPC.

Desde o ano de 1995, com o advento da Lei dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099/95), e a conseqüente “popularização” da justiça de pequenas causas, a população se acostumou com a figura do conciliador, que pratica, na maioria dos casos, a

mediação “ativa”, ou seja, interfere no conflito, oferece soluções, sugestões e mesmo valores.

Ao se optar pela mediação passiva, quer se queira ou não, faz-se a escolha por um procedimento mais demorado, profundo e que depende da habilidade do mediador em trazer as partes para uma dimensão mais próxima da real, ou seja, viabilizar a compreensão de que aquele problema tem outros aspectos e desdobramentos não visualizados de início sem, contudo, suggestioná-las ou de alguma forma interferir na sua cognição.

Se não houver um treinamento adequado (que demanda estrutura, tempo e muitas horas de clínica e exercícios) a opção do legislador não passará de uma norma programática e absolutamente divorciada da realidade prática.

Quanto aos limites objetivos da mediação, o Projeto do novo CPC não estabelece hipóteses de vedação ao seu uso. A redação do artigo 34 do Projeto de Lei de Mediação dispunha sobre os casos em que não era cabível a mediação, como por exemplo, as ações de interdição, usucapião, recuperação judicial ou ainda aquelas envolvendo órgãos públicos e questões indisponíveis, o que acabou gerando grande confusão.

A proibição de seu uso no procedimento de inventário e partilha chegava a ser absurda, em razão da desjudicialização desses procedimentos, promovida pela Lei nº 11.441/07.

Quer nos parecer que a Lei deve, apenas, fixar as premissas básicas, sem arrolar casos específicos. Em outras palavras, o critério para a determinação dos casos nos quais pode ser feita a mediação deve ser *ope iudicis* e não *ope legis*. Havendo dúvida, devem as partes procurar o Poder Judiciário e distribuir uma petição, ainda que com a finalidade de obter apenas a homologação judicial.

Nesse passo, estamos de pleno acordo com a opção feita pela Comissão do novo CPC.

Já nos encaminhando para o fim deste breve texto, ciente de que as matérias aqui suscitadas abrem caminho para tantos outros questionamentos, gostaríamos de ressaltar que a mediação é um extraordinário instrumento que possibilita a compreensão do conflito a partir da participação efetiva dos envolvidos.

Parece-nos que ao longo da (recente) tradição democrática brasileira, talvez até mesmo como uma expressão da *mea culpa* do Estado, ciente de seu fracasso ao atender

as necessidades mais básicas da população, forjou-se a idéia de que o Poder Judiciário deve ter uma posição paternalista em relação ao jurisdicionado.

O cidadão procura o Juiz, “despeja” seu problema e fica ao lado, aguardando impacientemente, reclamando e espraguejando se a solução demora ou se não vem do jeito que ele deseja. Estamos em que as partes devem ser envolvidas de forma mais direta na solução dos conflitos e a mediação contribuirá, em muito, para isso.

A implementação dessas idéias permitirá um enorme avanço no processo de desenvolvimento social do povo brasileiro e, ao mesmo tempo, levará à intensificação de uma preocupação que hoje já ocupa a mente dos juristas.

Me refiro à necessidade de se pensar um sistema que, ao mesmo tempo em que permite e incentiva o uso da mediação, preserva e viabiliza todas as garantias constitucionais neste procedimento³⁶, tornando-se verdadeiramente equivalente ao processo judicial, enquanto forma legítima de solução de conflitos no Estado Democrático de Direito.

Enfim, o desafio, em breve, não será tão somente inserir a mediação no ordenamento brasileiro, mas justificar constitucionalmente esse meio alternativo e velar para que os cidadãos que fazem a opção por utilizar essa via, sejam contemplados com um "processo justo", na ótica da moderna doutrina processual italiana³⁷, fruto da evolução estabelecida a partir das premissas básicas do *due process of law*.

Como se vê, muito já foi percorrido no caminho da concretização da mediação no direito brasileiro, mas, ao mesmo tempo, não podemos dizer que já enxergamos o fim da estrada.

³⁶ TROCKER. Nicolò. *Processo Civile e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1974. COMOGLIO, Luigi Paolo. FERRI, Conrado. TARUFFO Michele. *Lezioni sul Processo Civile*, 2ª ed., il Mulino, Bologna, 1998.

³⁷ COMOGLIO, Luigi Paolo. Mezzi Alternativi de Tutela e Garanzie Costituzionali, in *Revista de Processo*, vol 99, p. 249/293.