

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 48 • n. 190 • t. 1
Abril/junho – 2011

Novo Código de Processo Civil

Organizador: Bruno Dantas
Consultor Legislativo do Senado Federal

O novo CPC e a mediação

Reflexões e ponderações

Humberto Dalla Bernardina de Pinho

Sumário

1. Considerações iniciais. 2. Breve evolução legislativa. 3. Conceito de mediação: contribuições do direito estrangeiro. 4. Principais características e a necessária distinção entre mediação e os demais mecanismos alternativos de solução de conflitos. 5. Comentários sobre os dispositivos do PL 8.046/10. 6. Considerações finais.

1. Considerações iniciais

Em Seminário realizado no Salão Negro do Ministério da Justiça, em Brasília, no dia 12 de abril de 2011, um passo histórico foi dado em direção à mais completa democratização do processo legislativo em termos de edição de um novo Código.

Reuniram-se a Comissão de Juristas encarregada pelo Presidente do Senado de elaborar o Anteprojeto do novo Código de Processo Civil, o Senador Valter Pereira, responsável pela relatoria do texto, membros da Câmara dos Deputados, que neste momento examina o documento, integrantes da Academia e um público de alunos e professores, todos capitaneados pelo Ministério da Justiça, com o objetivo de alçar a discussão pública do texto do novo CPC a níveis jamais vistos anteriormente.

Com o Seminário, foi lançado o “debate público *on line*” sobre o texto do Projeto de Lei nº 8.046/10, por meio do sítio www.participacao.mj.gov.br/cpc.

Humberto Dalla Bernardina de Pinho é Professor Adjunto de Direito Processual Civil da UERJ, Mestre e Doutor em Direito pela UERJ, Pós-doutor em Direito pela Uconn Law School e Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.

Na fala do Sen. Valter Pereira, foi lembrada a sabatina do saudoso Min. Menezes Direito no Senado, quando este, durante sua exposição, fascinou e ao mesmo tempo aterrorizou os senadores, simulando uma hipotética ação indenizatória e a quantidade de recursos, em cascata, que poderiam ser apresentados a partir de uma simples decisão interlocutória.

A partir deste momento, ficou clara a necessidade de uma reforma ampla, não apenas da etapa recursal, mas de todo o sistema processual civil pátrio.

E essa reforma, como não poderia deixar de ser, deve ser acompanhada e sujeita ao crivo do mais extenso e transparente monitoramento dos órgãos da sociedade organizada.

Não foi por outro motivo que a Comissão, desde o início, e apesar das inúmeras e injustas críticas recebidas, fez questão de realizar atos presenciais, em diversos pontos do território nacional, bem como disponibilizar o anteprojeto para consulta, por meios eletrônicos e físicos.

Em rápido apanhado, durante o processo de consulta do texto, foram apresentadas 202 emendas parlamentares, 106 notas técnicas, 829 manifestações com propostas de cidadãos, além dos 58 projetos de leis, de iniciativa do Senado e da Câmara, que foram devidamente analisados e apensados, para fins de sistematização.

E todas essas manifestações surtiram efeito.

Dos 970 artigos que compunham o projeto original, 447 foram alterados e 75 novos artigos foram inseridos. E, ao longo de todo o processo, a Comissão de Juristas foi permanentemente consultada, a fim de que não se desfigurasse a concepção inicial.

Parece-me que todo esse cuidado e os números não indicam outro resultado a não ser uma redação que busca compatibilizar o entendimento doutrinário com o clamor popular, consolidando a legitimidade democrática do Projeto, que visa a substituir nosso atual *Codex*, editado há apenas 38 anos.

Se por um lado parece pouco tempo para se pensar em mexer num Código, por outro, os enormes e incomensuráveis avanços tecnológicos, econômicos, sociais, políticos e, sobretudo, culturais, neste período, estão a demandar, há algum tempo, a atualização do ordenamento positivado.

E quer me parecer que essas alterações são tão profundas que não bastaria uma simples atualização do Código Buzaid. Isso até foi feito.

Segundo o Relatório apresentado pelo Senador Valter Pereira, por ocasião da votação do Projeto no Senado, desde 1973 foram editadas nada menos do que 65 leis que modificaram o CPC. Não estão computadas aqui as leis extravagantes que instituem ou modificam certos procedimentos.

E muitas outras poderiam ter sido editadas. Ainda segundo o Relatório, cinquenta e oito proposições legislativas, ou seja, anteprojeto menores ou setorizados, já apresentados, foram apensados ao PLS 166/10.

É preciso registrar, ainda, que em 2004, com a Emenda Constitucional 45, uma nova era foi inaugurada e as incompatibilidades entre o Código e o novo sistema implantado começaram a ficar indisfarçáveis.

Mesmo assim, dezenas de leis foram editadas entre 2005 e 2009, mas não se alcançou o resultado desejado em termos de efetividade, e, como efeito colateral, o Código se desfigurou, após tantas intervenções.

Feito esse breve intróito, entre tantas inovações trazidas pelo texto, vamos nos debruçar, a seguir, sobre a mediação. Faremos um rápido apanhado do histórico do tema, em termos de proposições legislativas. A seguir, buscaremos limites conceituais e traços distintivos dos demais mecanismos de solução alternativa de conflito, examinaremos os principais pontos do texto do Projeto de Lei nº 8.046/10 e, por fim, apresentaremos nossas ponderações e reflexões, com o objetivo de lançar luzes sobre alguns pontos que, a nosso sentir, ainda estão a merecer maior reflexão e amadurecimento.

Nossas ponderações terão por premissa a ideia segundo a qual a jurisdição, embora seja a fórmula primeira para a composição dos litígios (PINHO, 2004, p. 11), por vezes não é capaz de dar solução adequada a certos tipos de conflito (FULLER, 1978, p. 353), e, sem ingressar aqui na controvérsia acerca dos limites da adjudicação e das alegadas inconveniências dos equivalentes jurisdicionais (FISS, 1984, p. 83) num sistema processual constitucionalizado, passaremos a tecer algumas considerações sobre a mediação, como processo para a busca de uma solução de pacificação do litígio (RESTA, 2004, p. 9).

2. Breve 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 respeito (PINHO, 2008, p. 12).

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. 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 a um novo relatório do PL 94.

O Governo resolveu, então, encaminhar um projeto de lei autônomo, cujo texto foi elaborado pelo IBDP. 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 Luiz Fux, com o objetivo de apresentar um novo Código de Processo Civil. (PINHO, 2011, p. 2).

Em tempo recorde, foi apresentado um anteprojeto, convertido em projeto de lei (nº 166/10), submetido a discussões e exames por uma comissão especialmente constituída por senadores, no âmbito da Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal. Em dezembro de 2010, foi apresentado um substitutivo pelo Senador Valter Pereira, que foi aprovado pelo Pleno do Senado com duas pequenas alterações.

O texto foi então encaminhado à Câmara dos Deputados, onde foi identificado como Projeto de Lei nº 8.046/10.

No início deste ano de 2011, foram iniciadas as primeiras atividades de reflexão sobre o texto, ampliando-se, ainda mais, o debate com a sociedade civil e o meio jurídico, com a realização conjunta de atividades pela Comissão, pela Câmara dos Deputados e pelo Ministério da Justiça.

Na redação atualmente disponível do Projeto, podemos identificar a preocupação da Comissão com os institutos da conciliação e da mediação, especificamente nos artigos 144 a 153, que serão adiante examinados.

3. Conceito de mediação: contribuições do direito estrangeiro

Chiara Besso, 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”. (BESSO, 2010, p. 33).

Helena S. Muñoz, 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”. (MUÑOZ, 2009, p. 3)

O *Uniform Mediation Act* (2001, p. 3) 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, Goldberg (2003, p. 111) afirma que

“mediation is negotiation carried out with the assistance of a third party”.

Para Gladys Stella Álvarez (2003, p. 135), a mediação constitui um “*procedimiento de resolución de disputas flexible y no vinculante, en el cual un tercero neutral – el mediador – facilita las negociaciones entre las partes para ayudarlas a llegar a un acuerdo*”.

O Projeto de Lei nº 94, em sua versão final, apresentada em julho de 2006, apresentava 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, orienta e estimula, sem apresentar soluções, com o propósito de lhes permitir a prevenção ou solução de conflitos de modo consensual.”

O art. 3º da Diretiva nº 52, de 21 de maio de 2008, emitida pelo Conselho da União Europeia, 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.

No Direito Italiano, como decorrência da Diretiva, foi editada a Lei nº 69, de 18 de junho de 2009, que, em seu artigo 60, autoriza o Governo a emitir decreto legislativo sobre mediação e conciliação em matéria civil e comercial, de acordo com o Direito Comunitário.

Regulamentando esta Lei, em 4 de março de 2010 foi editado o Decreto Legislativo nº 28, que traz o seguinte conceito:

“Art. 1 Definizioni. 1. Ai fini del presente decreto legislativo, si intende per: a) mediazione: l’attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o piu’ 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;”

Na Argentina, a Lei nº 26.589/10, que substituiu a Lei nº 24.573/95, não define o instituto, mas o torna obrigatório nos casos em que determina, a exemplo do que ocorre no sistema italiano.

Na Espanha, onde a atividade de mediação está extremamente desenvolvida nas diversas Províncias, há hoje um anteprojeto para regulamentar, em âmbito nacional, a mediação. Segundo este documento, é apresentada a seguinte definição:

“Artículo 1. Concepto. A los efectos de esta Ley se entiende por mediación aquella negociación estructurada de acuerdo con los principios de esta ley, en que dos o más partes en conflicto intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo para su resolución con la intervención de un mediador”.

Na França, o Decreto nº 96.652, de 22 de julho de 1996, inseriu, no Novo Código de Processo Civil (*Nouveau Code de Procédure Civile - NCPC*), capítulo dispondo acerca da possibilidade de o juiz remeter o conflito à mediação caso as partes concordem em participar do processo.

No modelo francês, essencialmente incidental, o que mais chama a atenção é a amplitude da intervenção judicial no processo de mediação. A lei permite, por exemplo, que o juiz coloque fim ao procedimento, a requerimento das partes ou mesmo de ofício; determina que o mediador o mantenha informado de todas as dificuldades que encontrar na mediação; e lhe outorga, inclusive, a responsabilidade de fixar a remuneração do mediador. O processo de mediação se desenvolve, assim, integralmente, sob os auspícios do Poder Judiciário.

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 (PINHO, 2005, p. 108). 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 me 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.

Gosto 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 dessa forma seria possível transformar e redimensionar o conflito.

Essa ideia parte da premissa segundo a qual os conflitos nunca desaparecem. Apenas se transformam e precisam ser gerenciados.

4. Principais características e a necessária distinção entre mediação e os demais mecanismos alternativos de solução de conflitos

Inicialmente, é bom que se esclareça que o uso dos mecanismos alternativos de conflitos pode se dar por três formas (REUBEN, 2000, p. 971): (1) pela vontade das partes; (2) por força de lei; e (3) por determinação judicial. Cada ordenamento jurídico faz sua opção política, como veremos adiante.

De qualquer forma, fica 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”.

Pelos conceitos que foram apresentados, podemos afirmar que a mediação se difere da negociação justamente pela presença do terceiro mediador, que terá como função primordial auxiliar as partes a resolver seu conflito.

Normalmente essas partes, após um fracassado processo de negociação, chegam a conclusão de que não são capazes, por

elas próprias, de remover os obstáculos que impedem a celebração do acordo. Buscam, num terceiro, uma forma de viabilizar a via consensual, que sabem existir, embora não sejam capazes de encontrá-la.

Mas é possível também, e é 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 à adjudicação ou decisão forçada, hipótese em que um terceiro deverá, após se certificar de que não há mais possibilidade de acordo, emitir um juízo de valor acerca da situação concreta na qual os interesses das partes estão contrapostos (PINHO, 2008, p. 178).

A adjudicação vai assumir, basicamente, a forma ou de arbitragem ou de jurisdição.

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 convencionalizada 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 autoexecutoriedade, o que não ocorre na arbitragem.

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

Vistas essas notas conceituais e definida a amplitude da mediação, analisemos mais a fundo sua consistência.

Para Boaventura Santos (1988, p. 23), só a mediação poderia subverter a separação entre o conflito processado e o conflito real, separação que domina a estrutura processual do direito do estado capitalista e que é a principal responsável pela superficialização da conflituosidade social na sua expressão jurídica.

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.

Com relação às partes, podem ser elas pessoas físicas ou jurídicas. Podem ser também entes despersonalizados, desde que se possa identificar seu representante ou gestor. Podem ser ainda menores, desde que devidamente assistidos por seus pais (veja-se, por exemplo, a utilidade da mediação em conflitos juvenis e escolares e a sua potencialidade como instrumento de prevenção ao envolvimento de adolescentes com atividades criminosas).

O segundo elemento, conflito, delimita a amplitude da atividade a ser desenvolvida pelo mediador. É preciso deixar claro que a mediação não se confunde com um processo terapêutico ou de acompanhamento psicológico ou psiquiátrico.

É certo que é extremamente desejável que o profissional da mediação tenha conhecimentos em psicologia e, sobretudo, prática em lidar com as relações humanas e sociais. Contudo, deve haver um limite claro para a sua intervenção, sob pena de se perder o foco e tornar o processo abstrato, interminável e, portanto, infrutífero.

Por fim, o mediador deve ser pessoa neutra, equidistante das pessoas envolvidas no litígio e que goze de boa credibili-

dade. Deve ser alguém apto a interagir com elas, mostrar-se confiável e apto a auxiliar concretamente no processo de solução daquele conflito.

Em 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 conciliatória.

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 (PINHO, 2010, p. 67).

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.

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

Uma vez estabelecida a opção pela mediação, algumas questões devem ser objetivamente colocadas.

Em primeiro lugar, para que seja instituída a mediação, mister que exista a concordância de ambas as partes na adoção de tal meio de solução de conflitos, pois, como vimos anteriormente, a opção pela mediação é, e tem que ser, sempre voluntária.

Imprescindível que as partes estejam optando pela mediação de boa-fé e que conduzam todo o processo nessa perspectiva. Ademais, importante que as partes escolham conjuntamente um mediador (e se empenhem verdadeiramente nesse processo de escolha), que seja de sua irrestrita confiança e esteja apto a compreender aquele conflito, suas dimensões e potencialidades.

Devem as partes, a fim de garantir a aplicação das normas de razoabilidade e do devido processo legal, tomar algumas providências para oficializar o procedimento e preservar seus direitos e garantias.

Inicialmente, devem elaborar um termo de mediação (*agreement to mediate*), que deverá conter as informações relevantes no que tange à mediação, como identificação e qualificação das partes, dos seus procuradores e do mediador, o objeto da mediação e a aceitação do encargo de mediador.

Normalmente o mediador se obriga a manter sigilo sobre tudo o que for tratado, (salvo expressa autorização das partes). Deve haver ainda no termo a fixação do local e da forma como serão conduzidas as reuniões entre as partes, prazo para a conclusão dos trabalhos, forma de remuneração do mediador (e a sua divisão entre as partes submetidas à mediação), cláusula determinando o procedimento caso uma das partes desista da mediação (ou caso o próprio mediador chegue à conclusão de que aquele conflito não tem como ser mediado, ao menos naquele momento, hipótese que se denomina “denúncia à mediação”), entre outras.

O ponto chave do processo de mediação é a troca de informações e a barganha entre as partes. Essa troca de informações pode ser desenvolvida tanto em sessões conjuntas (em que estejam presentes ambas as partes, juntamente com o mediador), bem como separadamente, reunindo-se o mediador com cada uma das partes em separado. Esse último tipo de sessão é denominado *caucus* e pode ser requerido tanto pelo mediador como pelas próprias partes.

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).

Permite-se ao mediador descobrir as “motivações ocultas” das partes. É razoavelmente seguro supor que as razões expressas pelas partes em disputa como estando na base da sua atitude não sejam as únicas.

Desse modo, uma das tarefas do mediador será descobrir o que mais está a influenciar as suas posições respectivas, isto é, descobrir as “motivações ocultas”. As razões por que são mantidas ocultas podem facultar ao mediador a necessária informação para impulsionar as partes a ultrapassarem o que quer que seja que esteja a bloquear as negociações diretas.

Durante as reuniões, sejam elas em conjunto ou separadamente, caberá ao mediador a condução dos trabalhos; ele deve estar sempre à frente e no controle do processo, estimulando o debate entre as partes, sem nunca perder o foco e o objetivo de todo o trabalho.

Uma vez obtido o acordo, embora não exista regra que assim exija, normalmente será ele formalizado por escrito. Também os advogados das partes, juntamente com o mediador, devem intervir nesta fase, a fim de garantir a exequibilidade daquilo que foi acordado e a adequação às normas em vigor, evitando surpresas desagradáveis na indesejável, porém possível, hipótese de descumprimento dos termos do acordo.

Vale ressaltar que, na forma da Lei brasileira, qualquer acordo extrajudicial, assinado pelas partes, na presença de duas testemunhas, converte-se em título executivo extrajudicial na forma do art. 585, inciso II, do CPC, o que dispensa a necessidade de ajuizamento de prévio processo cognitivo.

Também é facultado às partes que submetam o acordado à homologação pelo Juiz, em hipótese de genuína jurisdição voluntária, a fim de que aquele acordo adquira o *status* de título executivo judicial, conforme o art. 475, N, inciso V, do CPC, impedindo a oposição de embargos e permitindo, apenas, a apresentação de impugnação, nas hipóteses do art. 475, L.

Contudo, é bom que se advirta, desde logo, que a mediação não deve ser utilizada para todo e qualquer caso. Cada tipo de conflito tem uma forma adequada de solução, razão pela qual se deve, sempre que possível, tentar a combinação de métodos.

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

Mais uma vez ressalto, a questão não é de divisão ou repartição de competências entre adjudicação e mecanismos de ADRs, e muito menos de utilização generalizada 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.

5. Comentários sobre os dispositivos do PL 8046/10

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, dois eixos temáticos bem definidos (MARINONI, 2010, p. 60): Estado Constitucional; tutela de direitos e processo justo.

Um Código que se baseia, a meu ver (PINHO, 2010, p. 59), em duas grandes premissas. De um lado, a ampla liberdade do juiz de primeiro grau para apreciar matéria fática e, de outro, a vinculação deste mesmo juiz a um sistema rígido de precedentes oriundos das instâncias superiores.

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).

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”.

Importante frisar, aqui, a relevância de a atividade ser conduzida por mediador profissional. Em outras palavras, a função de mediar não deve, como regra, ser

acumulada por outros profissionais, como juízes, promotores e defensores públicos.

Neste ponto específico, como um juiz poderia não levar em consideração algo que ouviu numa das sessões de mediação? Como poderia não ser influenciado, ainda que inconscientemente, pelo que foi dito, mesmo que determinasse que aquelas expressões não constassem, formal e oficialmente, dos autos?

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 nós (PINHO, 2005, p. 179) 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 requisitos exigidos, entre os quais, apresentar certificado de capacitação mínima, por meio de curso realizado por entidade credenciada pelo Tribunal.

Importante ressaltar que a versão original do PLS 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, prestigiou-se o entendimento majoritário na doutrina pátria, no sentido da dispensabilidade desse requisito, muito embora a recente

lei argentina tenha feito a opção contrária, mantendo a mediação como função privativa de advogados.

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).

Aqui vale uma observação.

É digno de elogio esse dispositivo por criar uma forma de controle externo do trabalho do mediador, bem como dar mais transparência a seu ofício. Por outro lado, é preciso que não permitamos certos exageros. Não se pode chegar ao extremo de ranquear os mediadores, baseando-se apenas em premissas numéricas. Um mediador que faz cinco acordos numa semana pode não ser tão eficiente assim. Aquele que faz apenas um pode alcançar níveis mais profundos de comprometimento e de conscientização entre as partes envolvidas.

Da mesma forma, um mediador que tem um *ranking* de participação em 10 mediações, tendo alcançado o acordo em todas, pode não ser tão eficiente assim. É possível que tenha enfrentado casos em que as partes já tivessem uma pré-disposição ao acordo ou mesmo que o “nó a ser desatado não estivesse tão apertado”.

Me preocupa muito a ideia do apego às estatísticas e a busca frenética de resultados rápidos. Esses conceitos são absolutamente incompatíveis com a mediação.

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 tempo-

rária (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 acordo (WATANABE, 2005, p. 689).

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.

Isso parece ser pedagógico e este processo já se iniciou entre nós, com a edição da Resolução nº 125/10 do Conselho Nacional de Justiça.

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.

No mesmo sentido, veja-se a o posicionamento de Daniela Monteiro Gabbay (2011, p.78):

“Essa dinâmica relaciona-se com o papel pedagógico exercido pelo Judiciário, como um condutor dos primeiros passos rumo à institucionalização dos meios alternativos de solução de conflitos, mas que tende a se retirar quando as partes se revelam ‘preparadas’ para caminhar por conta própria, decidindo sobre a melhor forma de solucionar seus conflitos. Nessa perspectiva, é como se o papel do Judiciário em relação aos meios autocompositivos fosse instrumental, na medida em que se coloca mais ou menos presente dependendo do momento e do nível de aceitação dos meios alternativos de solução de conflitos pelas partes e pela sociedade”.

O sentido e o alcance dessas ideias serão aprofundados a seguir.

6. Considerações finais

Neste tópico, vamos procurar apresentar alguns pontos para reflexão, a partir do que foi dito até aqui.

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, isso poderia ter sido evitado.

Por outro lado, não concordamos com a ideia de uma mediação ou conciliação obrigatória. 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.

Nos EUA, a mediação é obrigatória em alguns Estados (como é o caso da Califórnia e da Flórida, por exemplo). Na Argentina, desde outubro de 1995, foi estabelecida a obrigatoriedade da instância prévia de mediação aos processos judiciais. Tal situação se mantém na atual Lei nº 26.589/10. Semelhante situação se dá na Itália, desde o advento do Decreto Legislativo nº 28, de março de 2010.

O Projeto de Lei 94 também fazia a previsão da mediação obrigatória nas hipóteses regidas pelo art. 34 deste Diploma.

Tais modalidades criam uma espécie de condição de procedibilidade, ou seja, nos casos determinados no texto legal, o uso da mediação deve necessariamente anteceder o exame judicial, sob pena de falta de condição para o regular exercício do direito de ação.

Todas essas soluções, com o devido respeito, parecem-me equivocadas.

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.

Não há necessidade de uma instância prévia formal extrajudicial, como ocorre com as Comissões de Conciliação Prévias 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 ideia da adequação, 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 Direito.

Mas esta é apenas uma das facetas dessa 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 às 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. Pode ser que o Juiz entenda que aquelas partes precisem ser submetidas a uma instância conciliatória, pacificadora, antes de uma decisão técnica.

E isso fica muito claro no Projeto do novo CPC, na medida em que o art. 118 confere uma série de poderes ao juiz, sobretudo no que se refere à direção do processo, mencionando expressamente a adequação e a flexibilização mitigada como 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 Resta (2004, p. 119), que a conciliação tem o poder de “desmanchar” a lide, resultado esse 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.

A mediação incidental judicial já pode ser feita hoje em nosso ordenamento. Sobretudo após o advento da Resolução nº 125/10 do CNJ. 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.

Nesse sentido, o artigo 2º do Projeto de Lei de Mediação dispunha de forma inequívoca que a modalidade a ser adotada pelo Brasil seria a passiva, o que está afinado com os ordenamentos mais modernos.

O Projeto do novo CPC, como vimos acima, acolhe esse entendimento e faz a distinção teórica entre mediação e conciliação.

liação, tendo por base a postura do terceiro encarregado de compor o litígio.

Nesse ponto, mister algumas considerações.

A distinção entre mediação e conciliação, em termos acadêmicos, 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. Por sua vez, 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 esse 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*.

Daí a importância, frise-se, de ser instituído um mecanismo prévio para a ten-

tativa 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.

Paralelamente, a mediação deve ser conduzida por profissionais habilitados, treinados e experimentados. Deve haver um programa mínimo a ser cursado, com um número de horas de prática e, ainda, um monitoramento e transparência da conduta. Isso, aliás, está muito bem disciplinado na já referida Resolução 125 do CNJ.

Por outro lado, uma política pública só se torna consistente com o tempo e com a inserção da matéria nas grades escolares. Mediação e conciliação deveriam ser apresentadas como técnicas de solução de conflitos desde o Ensino Médio.

Toda Faculdade de Direito deveria ter, ao menos, uma dessas matérias em sua grade de disciplinas obrigatórias. Já podemos observar que hoje grandes Universidades públicas e privadas já ofertam a mediação como disciplina eletiva e um grande número de Escolas da Magistratura, em iniciativa provocada pelo Ministério da Justiça, já disponibiliza cursos de formação de mediadores.

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 acadêmico.

Apenas com a mudança na Academia será possível observar a mudança na mentalidade dos operadores do direito e dos cidadãos em geral. Desse modo, torna-se desnecessário impor a mediação como uma etapa obrigatória do processo. Ademais, a tendência, a meu ver, é no sentido do esvaziamento da mediação incidental e

do crescimento da mediação prévia, já que esta forma otimiza, ao máximo, a estrutura da solução de conflitos, como visto acima.

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. Isso leva ao desnecessário movimento da máquina judicial, custa dinheiro aos cofres públicos, sobrecarrega juízes, promotores e defensores e não traz qualquer consequência benéfica.

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, na maioria das vezes, 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, em razão do promissor mercado de trabalho que se revela.

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 comediador 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. De igual sorte, na mediação judicial, os Tribunais devem ter o cuidado de selecionar mediadores que realmente possuam a habilidade de compreender as partes. Utilizar critérios políticos ou institucionais, como, por exemplo, pré-selecionar mediadores a partir dos quadros de conciliadores hoje existentes ou mesmo escolhê-los entre os alunos das Escolas da Magistratura, não parece ser a melhor opção.

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 consequente “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. Um procedimento facultativo e de livre utilização, cabendo o controle ao magistrado.

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 ideia 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 ideias 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.

Refiro-me 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 nesse procedimento, tornando-se verdadeiramente equivalente ao processo judicial, como forma legítima de solução de conflitos no Estado Democrático de Direito.

Enfim, o desafio, de agora em diante, não é mais o de inserir a mediação no ordenamento brasileiro, mas, sim, de 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”.

Referências

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, autocomposición y autodefensa: contribución al estudio de los fines del proceso*. 3. ed. México : UNAM, 1991.

AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Manual de mediação judicial*. Brasília: Ministério da Justiça, 2009. Disponível em: <http://www.tjpe.jus.br/concilia/publicacoes/2009-11-24-12-44-Manual_de_Media%C3%A7%C3%A3o_Judicial.pdf>.

BESSO, Chiara. La Mediazione Italiana: Definizioni e Tipologie. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 4, p. 248-269, jul./dez. 2010. Disponível em: <http://www.redp.com.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

BRASIL. Código de Processo Civil (1973). *Projeto de Lei n. 8-046/10: projeto do novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>>.

BRESLIN, J. William; RUBIN, Jeffrey Z. *Negotiation: Theory and Practice*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. Os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Quadro do Movimento Universal de Acesso à Justiça. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 74, p. 82-97, 1994.

CHASE, Oscar. I Metodi Alternativi di Soluzione delle controversie e la cultura del processo: il caso degli stati uniti d'america. In VARANO, Vincenzo. *L'altra giustizia: I Metodi Alternativi di Soluzione delle Controversie nel Diritto Comparato*. Milano: Giuffrè, 2007. p. 131-156.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Mezzi Alternativi de Tutela e Garanzie Costituzionali. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 99, p. 249-293, 2000.

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. *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, Luxembourg, L 136/3-136/9, 2008. Disponível em: <<http://www.mondoadr.it/cms/?p=1466>>.

FISCHER, Roger; URY, William. *Getting to Yes: Negotiating Agreement without Giving In*. Boston: Houghton Mifflin, 1981.

FISS, O.M. Against Settlement. *Yale Law Journal*, New Haven, v. 93, n. 8, p. 1073-1090, May 1984. Disponível em: <<http://www.law.yale.edu/documents/pdf/againstsettlement.pdf>>.

FULLER, Lon. The forms and limits of adjudication. *Harvard Law Review*, Buffalo, v. 92, n. 2, Dec. 1978.

GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação & Judiciário: condições necessárias para a institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos*. Tese (Doutorado na área de Direito Processual) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011. Não publicada.

GOLDBERG, Stephen B. et al. *Dispute Resolution: Negotiation, Mediation, and Other Processes*. 4. ed. New York: Aspen, 2003.

HILL, Flavia Pereira. A Nova Lei de Mediação Italiana. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 4, p. 294-321, jul./dez. 2010. Disponível em: <http://www.redp.com.br/arquivos/redp_6a_edicao.pdf>. Acesso em: 10 de jan. 2011.

ITÁLIA. Decreto Legislativo n. 28, 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, n. 53, 5 mar. 2010. Disponível em: <<http://www.mondoadr.it/cms/?p=2244>>.

_____. LEGGE n. 69, 18 giugno 2009. Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile. *Gazzetta Ufficiale*, Roma, n. 140, 19 giugno 2009, Supplemento ordinario n. 95. Disponível em: <<http://www.parlamento.it/parlam/leggi/090691.htm>>.

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

MARTIN, Nuria Belloso. Un paso más hacia la desjudicialización. La directiva europea 2008/52/ce sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, p. 257-291, jan./dez. 2008. Disponível em: <http://www.redp.com.br/arquivos/redp_2a_edicao_rj.pdf>.

MNOOKIN, Robert H. *Beyond Winning*. Cambridge: Harvard University Press, 2000

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Privatização do Processo? In: _____. *Temas de Direito Processual: sétima série*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2001, p. 7-18.

MUÑOZ, Helena Soletto. La Mediación: Método de Resolución Alternativa de Conflictos en el Proceso

Civil Español. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, vol. 3, n. 3, p. 66-88, jan./jun. 2009. Disponível em: <http://www.redp.com.br/arquivos/redp_3a_edicao.pdf>.

NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS. Drafting Committee on Uniform Mediation Act. *Uniform mediation act*: final styled draft without prefatory note and comment. Drafted by the national Conference of Commissioners on Uniform State Laws and by it approved and recommended for enactment in all the states at its annual conference meeting in its one-hundred-and-tenth year. White Sulphur Springs, West Virginia : [s.ed.], 2011. Disponível em: <<http://www.tba.org/Sections/DisputeResolution/uma.pdf>>. Acesso em: 20 de mar. 2011.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Mecanismos de Solução Alternativa de Conflitos: algumas considerações introdutórias. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, v. 17, p. 9-14, 2004.

_____. 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. p. 105-124.

_____. A Mediação e a necessidade de sua sistematização no processo civil brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 4, p. 63-94, jan./jun. 2010. Disponível em: <http://www.redp.com.br/arquivos/redp_5a_edicao.pdf>.

_____. Novo Projeto de Lei sobre a Mediação no Processo Civil. Disponível em: <<http://www.humbertodalla.pro.br>>. Acesso em: 15 jan. 2005.

_____. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. cap. 23.

_____. (Org.). *Teoria Geral da Mediação: à luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. 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. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 4, p. 49-92, jul./dez. 2010. Disponível em: <http://www.redp.com.br/arquivos/redp_6a_edicao.pdf>.

_____. 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 Pro-*

fessor Vicente Barreto. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 63-80.

_____. *La mediazione nel Diritto Brasiliano: evoluzione, attualità e possibilità nel progetto del nuovo codice di processo civile*. Artigo produzido a partir de palestra proferida na Università Roma Tre, no dia 18 de janeiro de 2011. *Diritto & Diritti*: diritto brasiliano, Ragusa, 17 mar. 2011. Disponível em: <<http://www.diritto.it/docs/30904-la-mediazione-nel-diritto-brasiliano-evoluzione-attualit-e-possibilit-nel-progetto-del-nuovo-codice-di-processo-civile>>. Acesso em: 13 jan. 2011.

_____; DURÇO, Karol Araújo. *A Mediação e a Solução dos Conflitos no Estado Democrático de Direito: O "Juiz Hermes" e a Nova Dimensão da Função Jurisdicional*. 33 p. Disponível em: <http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/a_mediacao_e_a_solucao_de_conflitos_no_estado_democratico.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2010.

RESTA, Eligio. *O Direito Fraterno*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.

REUBEN, Richard. Constitutional Gravity: a Unitary Theory of Alternative Dispute Resolution and Public Civil Justice. *UCLA Law Review*, Los Angeles, v. 47, p. 949-971, 2000. Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/uclalr47&div=29&g_sent=1&collection=journals>.

SANTOS, Boaventura de Souza. *O discurso e o poder*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e Prática da Mediação de Conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. 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/portal/pt/editora/e-books/95/mediacao-enquanto-politica-publica-a-teoria-a-pratica-e-o-projeto-de-lei.html>>.

VEZULLA, Juan Carlos. *Mediação: Teoria e Prática; Guia para Utilizadores e Profissionais*. Lisboa: Agora, 2001.

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

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.