

Mediação e Conciliação

Revista Científica Virtual

Edição
23
Verão



2016

 OAB
SÃO PAULO

ESA



DIRETORIA OABSP

PRESIDENTE

MARCOS DA COSTA

VICE-PRESIDENTE

FABIO ROMEU CANTON FILHO

SECRETÁRIO-GERAL

CAIO AUGUSTO SILVA DOS SANTOS

SECRETÁRIO-GERAL ADJUNTO

GISELE FLEURY CHARMILLOT GERMANO DE LEMOS

TESOUREIRO

RICARDO LUIZ DE TOLEDO SANTOS FILHO

CONSELHO SECCIONAL

MEMBROS EFETIVOS:

Adriana Galvão Moura Abilio
Ailton Jose Gimenez
Alceu Batista de Almeida Junior
Aldimar de Assis
Aleksander Mendes Zakimi
Alexandre Luis Mendonça Rollo
Andrea Lupo
Anna Carla Agazzi
Antonio Carlos Delgado Lopes
Carlos Alberto Expedito de Britto Neto
Carlos Alberto Maluf Sanseverino
Carlos Simão Nimer
Cid Vieira de Souza Filho
Clarice Ziauber Vaitekunas de Jesus
Arquely
Claudio Peron Ferraz
Clemencia Beatriz Wolthers
Denis Domingues Hermida
Dijalma Lacerda
Eder Luiz de Almeida
Edmilson Wagner Gallinari
Edson Roberto Reis
Eli Alves da Silva
Fabio de Souza Santos
Fabio Guedes Garcia da Silveira
Fabio Guimarães Correa Meyer
Fabio Picarelli
Fabiola Marques
Fernando Calza de Salles Freire
Fernando Oscar Castelo Branco
Flavia Cristina Piovesan
Gilda Figueiredo Ferraz de Andrade
Helena Maria Dinizw
Ivan da Cunha Souza
Jarbas Andrade Machioni
João Carlos Rizolli
João Emilio Zola Junior
João Marcos Lucas
José Eduardo de Mello Filho
José Fabiano de Queiroz Wagner
José Maria Dias Neto
José Roberto Manesco
José Tarcisio Oliveira Rosa
Julio Cesar Fiorino Vicente
Katia Boulos
Laerte Soares
Lívio Enescu
Luiz Augusto Rocha de Moraes
Luiz Flavio Filizzola D'urso
Luiz Silvio Moreira Salata
Marcelo Knoepfelmacher
Marcio Cammarosano
Marco Antonio Pinto Soares
Mario de Oliveira Filho
Maristela Basso
Martim de Almdeira Sampaio
Maurício Januzzi Santos
Maurício Silva Leite
Moirá Virginia Huggard-Caine
Oscar Alves de Azevedo
Paulo José Iasz de Moraes
Renata de Carlis Pereira
Renata Soltanovitch
Ricardo Rui Giuntini
Roberto Delmanto Junior
Rosângela Maria Negrão
Rui Augusto Martins
Sidnei Alzidio Pinto
Sílvia Regina Dias
Sonia Maria Pinto Catarino
Tallulah Kobayashi de A. Carvalho

Taylon Soffener Berlanga
Umberto Luiz Borges D'urso
Uriel Carlos Aleixo
Wilza Aparecida Lopes Silva
Wudson Menezes

MEMBROS SUPLENTE:

Derbal Da Cunha Bergo
Adriana Zamith Nicolini
Alessandro De Oliveira Brecailo
Aline Silva Fávero
Ana Maria Franco Santos Canalle
Andre Aparecido Barbosa
Andréa Regina Gomes
Antonio Carlos Roselli
Antonio Elias Sequini
Arles Gonçalves Junior
Audrey Liss Giorgetti
Benedito Alves De Lima Neto
Carlos Figueiredo Mourao
Celso Caldas Martins Xavier
Cesar Marcos Klouri
Cibele Miriam Malvone Toldo
Coriolano Aurelio De A Camargo Santos
Daniel Da Silva Oliveira
Dave Lima Prada
Edivaldo Mendes Da Silva
Eliana Malinosk Casarini
Eugenia Zarenczanski
Euro Bento Maciel Filho
Fabiana Fagundes
Fabrício De Oliveira Klébis
Flavia Filhorini Lepique
Flavio Perboni
Frederico Crissiúma De Figueiredo
Gerson Luiz Alves De Lima
Glauca Maria Lauetta Frascino
Glaucio Polachini Gonçalves
Glaudecir Jose Passador
Janaina Conceicao Paschoal
Jose Helio Marins Galvao Nunes
Jose Meirelles Filho
Jose Pablo Cortes
Jose Vasconcelos
Leandro Caldeira Nava
Leandro Sarcedo
Lucia Helena Sampataro H Cirilo
Lucimar Vieira De Faro Melo
Luis Auguto Braga Ramos
Luis Henrique Ferraz
Luiz Eugenio Marques De Souza
Luiz Gonzaga Lisboa Rolim
Mairton Lourenco Candido
Marcelo Gatti Reis Lobo
Marcio Goncalves
Marco Antonio Araujo Junior
Marcos Antonio David
Margarete De Cassia Lopes
Maria Claudia Santana Lima De Oliveira
Maria Das Gracas Perera De Mello
Maria Marlene Machado
Maria Paula Rossi Quinones
Maria Silvia Leite Silva De Lima
Maria Sylvia Zanella Di Pietro
Marisa Aparecida Migli
Mauricio Guimaraes Cury
Nelson Sussumu Shikicima
Orlando Cesar Muzel Martho
Otavio Pinto E Silva
Patrick Pavan
Pedro Paulo Wendel Gasparini

Raquel Tamassia Marques
Regina Aparecida Miguel
Regina Maria Sabia Darini Leal
Rene Paschoal Liberatore
Ricardo Galante Andreetta
Ricardo Hiroshi Botelho Yoshino
Roberto Cerqueira De Oliveira Rosa
Roberto De Souza Araujo
Rosa Luzia Cattuzzo
Rosana Maria Petrilli
Rosemary Aparecida Dias Oggiano
Sandra Neder Thome De Freitas
Sandra Valeria Vadala Muller
Simone Mizumoto Ribeiro Soares
Vera Silvia Ferreira Teixeira Ramos
Vivian De Almeida Gregori Torres

MEMBROS NATOS:

Antonio Claudio Mariz De Oliveira
Carlos Miguel Castex Aidar
José Roberto Batochio
João Roberto Egydio De Piza Fontes
Mario Sergio Duarte Garcia
Rubens Approbato Machado
Luiz Flávio Borges D'urso

MEMBROS EFETIVOS PAULISTAS NO CONSELHO FEDERAL:

Guilherme Octavio Batochio
Luiz Flavio Borges D'urso
Marcia Regina Approbato Machado
Melaré

MEMBROS SUPLENTE PAULISTAS NO CONSELHO FEDERAL:

Aloisio Lacerda Medeiros
Arnoldo Wald Filho
Carlos Jose Santos Da Silva

DIRETORIA ESAOABSP

DIRETORA: IVETTE SENISE FERREIRA

VICE-DIRETOR: LUIZ FLÁVIO BORGES D'URSO

COORDENADORA-GERAL: MÔNICA APARECIDA BRAGA SENATORE

CONSELHO CURADOR

PRESIDENTE: EDSON COSAC BORTOLAI

VICE-PRESIDENTE: JÚLIO CESAR FLORINO VICENTE

SECRETÁRIO: VITOR HUGO DAS DORES FREITAS

CONSELHEIROS:

CLAUDIO CINTRA ZARIF

FERNANDA TARTUCE SILVA

GEORGE AUGUSTO NIARDI

LUCIA MARIA BLUDENI

MARCOS PAULO PASSONI

MARIA CRISTINA ZUCCHI

Revista Científica Virtual

MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO

DIRETORIA OAB/SP-----	02
CONSELHO SECCIONAL -----	03
DIRETORIA ESAOAB/SP-----	04
CONSELHO CURADOR ESAOAB/SP -----	04
APRESENTAÇÃO -----	06
OPÇÃO POR MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO-----	07
A PROMESSA DE UM SISTEMA MULTIPORTAS E A INCLUSÃO DA MEDIAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL -----	15
DE NOVO, OS MEIOS CONSENSUAIS NO NOVO CPC -----	22
MEDIAÇÃO: EDUCAR PARA MEDIAR -----	36
ACRASIA- AGIR CONTRA SI E A MEDIAÇÃO -----	46
O MEDIADOR, SUA ÉTICA, O MARCO LEGAL DA MEDIAÇÃO E O NOVO CPC: COMENTÁRIOS INICIAIS -----	54
PROFISSIONALIZAÇÃO DE CONCILIADORES E MEDIADORES -----	66
A MEDIAÇÃO, A CONCILIAÇÃO E OS GRANDES LITIGANTES DO JUDICIÁRIO -----	78
A PREVISÃO CONTRATUAL DA CLÁUSULA DE MEDIAÇÃO SOB O PRISMA DA LEI 13.140/2015: A OPORTUNIDADE DE AUTOCOMPOSIÇÃO PROJETADA -----	90

EXPEDIENTE

Revista Científica Virtual da
Escola Superior de Advocacia

Nº 23 - Verão 2016
São Paulo OAB/SP - 2016

Conselho Editorial

Bráz Martins Neto
Ana Vieira
Fábio Guedes Garcia da Silveira
Ivete Riveiro
Laerte Idalino Marzagão Júnior
Luís Geraldo Sant'ana Lanfredi

Coordenador de Editoração

Fernanda Tartuce

Jornalista Responsável

Marili Ribeiro

Coordenação de Edição

Roseleine Scalabrini França

Diagramação

Adilson Marques Pedro
Felipe Lima

Fale Conosco
Largo da Pólvora, 141 - Sobreloja
11.3346.3853

Publicação Trimestral
ISSN - 2175-4462.
Direitos - Periódicos.
Ordem Dos Advogados do Brasil

APRESENTAÇÃO

Com grande honra aceitei o convite para coordenar o presente volume da Revista Científica Virtual da Escola Superior da Advocacia da OAB/SP, publicação que vem a lume com foco em Mediação e Conciliação.

Na busca de escritos inéditos, contei com excelentes autores que expuseram proveitosas visões sobre os temas que escolheram desenvolver com base em aprofundados estudos e em esmerada atuação. Agradeço a eles, uma vez mais, a consistente colaboração!

O presente volume é composto por contribuições doutrinárias de grande valia para quem lida com controvérsias humanas e busca mecanismos interessantes para abordá-las. Os artigos que compoem o presente volume contribuem decisivamente para tal mister ao detalhar elementos relevantes sobre o encaminhamento consensual de conflitos pela mediação e pela conciliação.

A opção por realização de conciliação e mediação em juízo foi destacada, assim como o delineamento do sistema “multiportas” no Brasil. Diversos aspectos que envolvem a autocomposição foram abordados, como aspectos ligados à audiência inicial de conciliação ou mediação e ao perfil de seus condutores (mediadores e conciliadores).

Aspectos educativos ligados à mediação tiveram espaço, assim como aspectos ligados ao “agir contra si” que pauta a conduta de muitas pessoas em crise.

Reflexões sobre a adoção dos meios consensuais sob o prisma dos grandes litigantes que atuam no Poder Judiciário foram apresentadas, assim como a atuação extrajudicial foi tratada à luz da Lei de Mediação (Lei 13.140/2015).

Lidar com os meios consensuais implica em considerar diferenciados paradigmas de concepção e ação. Advogados que buscam atuar como eficientes gestores de conflitos e se engajam com comprometimento na autocomposição aprendem muito sobre a natureza humana, os conflitos e as possibilidades de diversificados caminhos que as situações controvertidas favorecem.

Desejo-lhe excelentes leituras, com votos de que atualizadas percepções ensejem proveitosos resultados!

*Fernanda Tartuce
Sao Paulo, 31 de março de 2016.*

OPÇÃO POR MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO

FERNANDA TARTUCE

Mestre e Doutora em Direito Processual pela USP. Professora do Programa de Mestrado e Doutorado da FADISP (Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo). Professora de Processo Civil na Escola Superior da Advocacia da OAB/SP. Professora e coordenadora em cursos de especialização na Escola Paulista de Direito. Membro do IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família) e do IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual). Presidente do Conselho do CEAPRO (Centro Avançado de Pesquisas e Estudos Processuais). Advogada, mediadora e autora de publicações jurídicas.



SUMÁRIO

1. RELEVÂNCIA ATUAL DO TEMA	8
2. PERFIL DOS MEIOS CONSENSUAIS E CRITÉRIOS PARA SUA ADOÇÃO----	8
3. ESCOLHA ENTRE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO	11
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	14

PALAVRAS-CHAVE: Mediação – Conciliação – Novo Código de Processo Civil – Petição inicial.

1. RELEVÂNCIA ATUAL DO TEMA

Nos termos do art. 319, VII do Novo Código de Processo Civil, a petição inicial indicará a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou mediação.

A previsão, que tem localização inovadora no Novo Código, alinha-se à forte tendência verificada no Poder Judiciário de promover conversações para que os jurisdicionados possam encontrar consensualmente saídas para seus conflitos.

Desde 2010 a Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça reconhece que o encaminhamento adequado das causas a meios consensuais configura política pública, expressando a visão de que a via apropriada de composição de conflitos deve ser sempre buscada.

O plano normativo reafirma, portanto, a noção de que o profissional do Direito tem como uma de suas principais funções não só representar e patrocinar o cliente (como advogado, defensor e conselheiro), mas também conceber o design de um novo enquadre que dê lugar a esforços colaborativos¹.

Do ponto de vista prático, a petição inicial deverá trazer a informação sobre se há ou não interesse do autor de participar da audiência inaugural de conciliação ou mediação. Como se percebe, para bem se manifestar é essencial que o advogado conheça os variados mecanismos de solução de disputas aptos a contribuir na construção de saídas proveitosas para as pessoas em conflito.

2. PERFIL DOS MEIOS CONSENSUAIS E CRITÉRIOS PARA SUA ADOÇÃO

A resolução de disputas caminha por métodos facilitadores (como a negociação e a mediação) e por meios com maior grau de avaliação que variam de recomendações a mecanismos vinculantes (como a arbitra-

gem e o juízo estatal)².

Métodos facilitadores são referidos na tradição jurídica brasileira como meios de autocomposição (“meios consensuais”).

A autocomposição será bilateral quando contar com

¹ HIGHTON DE NOLASCO, Elena I. ALVAREZ, Gladys S. *Mediación para resolver conflictos*, 2ª Ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 2008. p. 402.

² TARTUCE, Fernanda; FALECK, Diego; GABBAY, Daniela. *Meios alternativos de solução de conflitos*. Rio de Janeiro: FGV, 2014, p. 7.

a participação de todos os envolvidos na situação controvertida sem haver uma terceira pessoa apta a decidir o conflito; nessa perspectiva, os meios consensuais poderão se verificar por negociação, conciliação ou mediação.

Quando encaminham a composição por si mesmas estabelecendo tratativas diretas sem a intermediação de uma terceira pessoa, as partes encerram negociação.

Na perspectiva negocial, considera-se que em regra a solução da disputa é mais eficiente quando o método tem como enfoque primário os interesses das partes. Afinal, nada se revela menos custoso e mais eficiente do que as próprias pessoas conseguirem resolver a controvérsia pela negociação direta e franca que possibilite: a) a criação de opções vantajosas para todos os envolvidos; b) a distribuição de valores com base em critérios objetivos acordados pelos próprios envolvidos³.

Quando o enfoque nos interesses não for suficiente para resolver a disputa sem a intervenção de um terceiro (em muitos casos não é), deve-se ponderar: qual método é mais adequado para abordar o impasse considerando-se que o método deve se adequar à disputa?⁴.

Pode ocorrer que as partes não consigam (sozinhas ou com seus advogados) comunicar-se de forma eficiente e entabular respostas conjuntas para a composição da controvérsia; a deterioração da relação, dentre outros fatores, pode acarretar graves problemas de contato⁵. Nessas situações, pode ser produtivo contar com um terceiro imparcial que contribua para a restauração do diálogo por meio da mediação ou da conciliação.

Nos mecanismos consensuais o terceiro que facilita a comunicação atua com imparcialidade sem incorrer em julgamentos. A definição do conflito não é imposta por alguém exterior ao conflito, mas construída conjuntamente pelos envolvidos na controvérsia, que reorganizam suas posições⁶.

Quando devem as partes buscar os meios consensuais? E quando devem se valer de métodos impositivos (adjudicatórios/ relativos a heterocomposição), em que uma terceira pessoa decide quem tem razão?

Na doutrina americana Frank Sander e Stephen Goldberg estabeleceram critérios para adequar o método à espécie de conflito que se busca resolver.

O primeiro critério para en-

³ TARTUCE, Fernanda; FALECK, Diego; GABBAY, Daniela. *Meios alternativos de solução de conflitos*. Rio de Janeiro: FGV, 2014, p. 8.

⁴ TARTUCE, Fernanda; FALECK, Diego; GABBAY, Daniela. *Meios alternativos de solução de conflitos*. Rio de Janeiro: FGV, 2014, p. 7.

⁵ Diversos fatores podem obstar o diálogo produtivo, como o desgastante histórico da controvérsia, a existência de graves falhas na comunicação, o apego a posições contundentes e o desejo de atender a expectativas (algumas vezes externas) de acirramento do conflito, entre outros.

⁶ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 2ª ed. Método: São Paulo, 2015 – edição eletrônica, item 1.3.2.3.

tender qual é o meio mais adequado considera os objetivos das partes com a resolução da disputa, sendo os usuais: (i) minimização de custos; (ii) celeridade; (iii) privacidade/confidencialidade; (iv) manutenção/aprimoramento do relacionamento; (v) revanche; (vi) obtenção de uma opinião neutra; (vii) criação de precedente; (viii) maximização ou minimização de recuperação⁷.

Infrutífera a negociação direta entre os envolvidos na controvérsia, a mediação⁸ como escolha subsequente, por exemplo, satisfaz melhor os itens i, ii, iii e iv citados, mas não é o melhor mecanismo para os demais anseios. A arbitragem, por seu turno, atende melhor à necessidade de obter uma opinião neutra de terceiro e de maximizar/minimizar recuperação (itens vi e viii)⁹.

O segundo critério para avaliar qual é o melhor mecanismo, segundo os autores, diz respeito aos impedimentos ao acordo e aos meios de ultrapassá-los; eis os mais comuns: (i) comunicação falha; (ii) necessidade de expressar emoções; (iii) diferentes visões dos fatos; (iv) diferentes visões do direito; (v) questões de princípio; (vi) pressões de constituintes; (vii) ligações com outras disputas; (viii) exis-

tência de múltiplas partes; (ix) conflitos de agência e (x) “jackpot syndrome” (síndrome de preferir arriscar para atingir o benefício máximo)¹⁰.

Os autores recomendam que a análise sobre a escolha do método adequado à disputa faça distinção entre o interesse público e o interesse privado das partes. Há casos em que uma parte prefere a revanche ou a vingança mesmo que para isso precise se valer de um método mais custoso; todavia, não é conveniente ao interesse público o gasto de tantos recursos com a resolução de tal disputa, sendo mais interessante, pela perspectiva do interesse público, que as partes busquem superar consensualmente suas diferenças¹¹.

Em alguns casos, meios facilitadores como a negociação e a mediação podem ser menos benéficos ao interesse público do que a adjudicação; são exemplos: (i) os casos em que a tomada de decisão se torna um precedente que traz segurança e previsibilidade a outras disputas semelhantes; (ii) os casos de má-fé ou fraude em que decisões ajudam a estancar violações recorrentes; (iii) os casos em que há necessidade de sanção ou coerção estatal; (iv) os casos em que uma das partes é incapaz

⁷ GOLDBERG, Stephen; SANDER, Frank. *Fitting the Forum to the Fuss: A User-Friendly Guide to Selecting an ADR Procedure*. 10 NEGOT. J. 49, 49-68 (1994).

⁸ Na doutrina americana não se costuma falar em conciliação, sendo o termo mediação o mais usado.

⁹ TARTUCE, Fernanda; FALECK, Diego; GABBAY, Daniela. *Meios alternativos de solução de conflitos*. Rio de Janeiro: FGV, 2014, p. 8.

¹⁰ *Fitting the Forum to the Fuss*, cit.

¹¹ TARTUCE, Fernanda; FALECK, Diego; GABBAY, Daniela. *Meios alternativos de solução de conflitos*. Rio de Janeiro: FGV, 2014, p. 7.

de negociar efetivamente, havendo comprometedor desequilíbrio em termos de poder e habilidades¹².

Como se percebe, vários aspectos precisarão ser objeto de conversação entre a parte e seu advogado para que possam identificar se a mediação ou a conciliação são pertinen-

tes logo no início do processamento da demanda.

Externar a preferência pela adoção de um ou outro mecanismo consensual quando tiverem oportunidade de se manifestar nos autos contribui decisivamente para o encaminhamento à via mais adequada¹³.

3. ESCOLHA ENTRE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO

Merece destaque a principal diferença¹⁴ entre as duas modalidades autocompositivas.

Segundo o Novo Código de Processo Civil, o mediador atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes e auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios¹⁵. Já o conciliador atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes e poderá sugerir soluções para o litígio¹⁶.

A mediação geralmente é indicada como sendo de uso preferencial em casos nos quais há um liame anterior ao conflito entre os indivíduos;

como eles têm um histórico conjunto, podem precisar se manifestar em diversas oportunidades para esclarecerem o passado e definirem o futuro. Além disso, se as partes travam contatos reiterados, é possível que problemas adicionais surjam e até se agravem em virtude do mau tratamento do conflito e de sua suposta “finalização” pela decisão impositiva de um terceiro alheio à relação.

É fácil constatar que de nada adianta a decisão proferida por um julgador quanto à relação continuada se o conflito não foi adequadamente trabalhado: ele continuará existindo, independentemente do teor da decisão e costuma ser apenas uma questão de tempo “para que volte a se manifestar concretamente¹⁷”.

Vale lembrar que o mediador não induz as pessoas

¹² *Fitting the Forum to the Fuss: A User-Friendly Guide to Selecting an ADR Procedure*. Frank E.A. Sander & Stephen B. Goldberg, 10 *NEGOT. J.* 49, 49-68 (1994).

¹³ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*, cit., Item 1.3.2.3.2, p. 48.

¹⁴ *Há quem sustente não haver diferença entre mediação e conciliação: tal perspectiva sustenta que as expressões são sinônimas e na prática o terceiro que as realiza poderia escolher entre uma ou outra forma de atuação. A vertente adotada pela autora destaca as diferenças, sendo elas importantes para que as técnicas possam funcionar de modo eficiente e apropriado em atenção à autonomia da vontade das partes e à previsibilidade da atuação do terceiro imparcial.*

¹⁵ Lei n. 13.105/2015, art. 165, § 3º.

¹⁶ Lei n. 13.105/2015, art. 165, § 2º.

¹⁷ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Mediação: a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos*. In: Mascarenhas, Geraldo Luiz Prado (Coord.). *Acesso à justiça e efetividade do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 119.

a um acordo, mas busca facilitar o diálogo para que elas possam encontrar formas proveitosas de relacionamento e equacionamento de controvérsias. Sua atuação ocorre no sentido de promover a conversação para que os próprios indivíduos encontrem saídas para o conflito¹⁸. Em um conflito familiar sobre guarda, por exemplo, o mediador facilita o diálogo para que os genitores abordem as opções existentes e obtenham dados sobre qual formato, na prática, pode funcionar melhor para os envolvidos.

Já o conciliador pode sugerir opções de encaminhamento para o conflito formulando possíveis propostas de composição. Em uma demanda revisional de aluguel, por exemplo, o conciliador pode sugerir que as partes considerem, ao invés de um aumento em dinheiro, a realização de reparos no imóvel por uma das partes.

Apesar da pretensa clareza dos dispositivos legais, uma pergunta recorrente sobre o tema tem sido feita: que critérios deve o advogado considerar para indicar que prefere a atuação de um conciliador ou de um mediador?

A dúvida talvez se justifique porque o Novo CPC prevê conjuntamente as expressões

mediação e conciliação na maior parte dos dispositivos sobre os meios consensuais, apartando os meios consensuais em pouquíssimas oportunidades.

Como destacado, o Novo Código traz dois critérios básicos que orientam a adoção de um ou outro meio consensual: a) a existência de vínculo anterior entre as partes; b) a possibilidade de que o facilitador da comunicação apresente sugestões de soluções.

Como exposto, o Novo Código de Processo Civil aderiu à proposta de considerar o vínculo como uma referência importante em relação à escolha do meio consensual, dispondo que a mediação será preferencialmente adotada em relações marcadas por um vínculo pretérito entre as partes, enquanto a conciliação abordará, preferencialmente, conflitos ligados a relações episódicas¹⁹.

Como exemplo, considere a pretensão indenizatória por uma colisão de veículos; ao atuar no caso, o conciliador deve atuar tecnicamente colaborando para que saídas possam ser divisadas pelos envolvidos em relação a um objeto pontual. Vale frisar que a previsão foi feliz ao destacar o termo “preferencialmente”, porque mesmo em relações episódicas pode-se utilizar a

¹⁸ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*, cit., item 1.3.2.3.2.

¹⁹ Lei 13.105/2015, art. 165. § 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem; § 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

mediação e deixar que os próprios envolvidos elaborem a saída consensual sem que o terceiro imparcial faça sugestões quanto ao mérito, preservando a autoria e a maior chance de cumprimento espontâneo da avença²⁰.

Da mesma forma, em situações que envolvam vínculos continuados (como em conflitos familiares), embora a mediação tenda a ser uma via interessante, a opção pela conciliação pode ser pertinente. Assim, o Novo Código andou bem ao mencionar a expressão “preferencialmente” em relação à adoção do meio consensual pelo critério da continuidade da relação.

Imaginemos a disputa judicial pela guarda dos filhos em que a mãe e o pai afirmem querer a guarda unilateral das crianças. Pelo critério de continuidade do vínculo, a mediação seria interessante, já que a dupla parental teve e sempre terá um liame. Pode ocorrer, porém, que os advogados percebam que a mediação encon-

tra limites no perfil das partes, que se recusaram teimosamente a formular opções alternativas até que a outra desse o primeiro passo, fator que gerou estagnação na negociação direta. Nesse caso, pode ser indicada a preferência pela atuação de uma conciliadora para que ela traga sugestões para que o conflito seja dirimido – por exemplo, provocando as partes a cogitarem sobre guarda compartilhada, proposta que talvez não tenha surgido inicialmente...

Como se percebe, o tema é rico em possibilidades. A gestão de conflitos pode ser melhor desempenhada a partir da consideração de olhares estratégicos que combinem diferentes possibilidades de encaminhamento; espera-se que as pessoas em conflito e seus advogados estejam prontos para optar, com proveito, por iniciativas facilitadoras da construção de consensos quando esta se revele possível.

²⁰ TARTUCE, Fernanda. Comentário ao art. 165, § 2º. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coords.). *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015, p. 523.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

GOLDBERG, Stephen; SANDER, Frank E.A.. *Fitting the Forum to the Fuss: A User-Friendly Guide to Selecting an ADR Procedure*, 10 NEG. J. 49, 50 (1994).

HIGHTON DE NOLASCO, Elena I. ALVAREZ, Gladys S. *Mediación para resolver conflictos*. 2ª Ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 2008.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Mediação: a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos*. In: Mascarenhas, Geraldo Luiz Prado (Coord.). *Acesso à justiça e efetividade do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, P. 105-124.

_____. *O novo CPC e a mediação: reflexões e ponderações*. *Revista de Informação Legislativa - Brasília* ano 48 n. 190 abr./jun. 2011, p. 219-235.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2015.

_____. *Comentários aos artigos 165-175*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coords.). *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015.

_____.; FALECK, Diego; Gabbay, Daniela. *Meios alternativos de solução de conflitos*. Rio de Janeiro: FGV, 2014.

A PROMESSA DE UM SISTEMA MULTIPORTAS E A INCLUSÃO DA MEDIAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

ANA CÂNDIDA MENEZES MARCATO

Advogada. Sócia de Marcato Advogados. Mestre em Direito Processual pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Educação Executiva em Mediação de Disputas no Programa de Negociação da Harvard University. Especialista em Arbitragem pela Fundação Getúlio Vargas - FGV. Membro do IBDP e do CBAr. Membro da atual Diretoria do Ceapro.



SUMÁRIO

1. A EXPANSÃO DOS MEIOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITO.....	16
2. O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O ESTÍMULO AO SISTEMA MULTIPORTAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	18

PALAVRAS-CHAVE: Sistema Multiportas – Mediação – Novo Código de Processo Civil – Resolução de Conflitos

1. A EXPANSÃO DOS MEIOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITO

O processualista moderno é, em verdade, um crítico, capaz de perceber que o bom processo conduz à garantia de efetiva Justiça ao maior número possível de pessoas, em tempo razoável e com qualidade suficiente; assim, busca-se a universalização da tutela jurisdicional, para que o acesso ao Poder Judiciário não seja apenas uma promessa formal, mas, sim, uma realidade¹. Ele é, ainda, aquele que reconhece que o acesso ao judiciário estatal não é suficiente para garantir a forma mais adequada de resolução das inúmeras facetas de conflito existentes².

Essa nova postura do processualista é fruto de mudança de atitude gradativa, observada por Mauro Cappelletti e Bryant Garth em três movimentos principados em 1965, denominados de *ondas renovatórias*³: a primeira delas, relacionada à assistência judiciária para as pessoas de baixa renda; a segunda, à preocupação com os direitos difusos (coletivos como um todo); e a terceira, visando à reforma interna da técnica processual de acordo com seus pontos sensíveis⁴. A terceira onda, e mais recente, foi chamada por

Cappelletti e Garth de “*enfoque de acesso à justiça*”; esta, além de incluir as propostas anteriores, representava uma “tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo”, abrangendo o claro incentivo aos chamados “*meios alternativos de resolução de disputas*” (ADRs) como formas de resolução abrangendo maior proximidade das partes e menor formalismo⁵.

A fórmula de acesso à justiça visualizada por esses doutrinadores engloba, portanto, a obtenção de resultados justos, pelo meio mais adequado e em tempo razoável. Nas palavras de Cappelletti e Garth,

“o ‘acesso’ não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica.”⁶

Percebe-se, portanto, a existência de viés do acesso à justiça relacionado à expansão dos meios de resolução de conflitos. De fato, o que passou a se desenvolver desde a terceira onda renovatória de Cappelletti não foi apenas a ampliação ao acesso exclusi-

¹ De acordo com Cândido Rangel Dinamarco, “Nasce um novo processo civil”, *Reforma do Código de Processo Civil*, p. 1-17, p. 1/2.

² Para uma visão completa das reformas do CPC nos últimos 20 anos, vide o meu “Audiência de conciliação ou mediação do art. 334 do NCPC: facultativa ou obrigatória? Afronta à voluntariedade da mediação?”, in *Novo Código de Processo Civil, Impactos na Legislação Extravagante e Interdisciplinar*, p. 41-49.

³ Acesso à justiça, p. 31 e seguintes. Ver, também de Mauro Cappelletti, “Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas”, *Revista de processo*, nº 65, p. 127-143, p. 130 e seguintes.

⁴ Ver também Cândido Rangel Dinamarco, “Nasce um novo processo civil”, p. 4.

⁵ Acesso à justiça, p. 31, 68-71.

⁶ Acesso à justiça, p. 13.

vo ao judiciário estatal⁷, mas, sim, a expansão de acesso às formas ditas, num primeiro momento, “alternativas” de resolução de conflito - e, hoje, já firmadas como métodos adequados de resolução de disputas.

É sabido, por um lado, que a hegemonia do judiciário estatal como única forma de resolução de conflitos de há muito é questionada e criticada; por outro, é certo que a possibilidade de convivência do processo judicial com mecanismos ditos “alternativos” de resolução de disputas – como, por exemplo, a mediação, a arbitragem, a conciliação e a negociação - não é novidade⁸.

Realmente, a análise dos mecanismos adequados de solução de controvérsias demonstra que sua evolução já vem ocorrendo pelo menos desde a década de 90: i) por um lado, com a Lei de Arbitragem, que entrou em vigor em 1996 e foi declarada constitucional em 2001, por meio do julgamento do SE 5206/STF, confirmando e implementando a sua utilização (Lei 9.307/96); ii) de outro, com a mediação, que passou a ganhar destaque legislativo em 1998, por meio de um Projeto de Lei da Deputada Zulaiê Cobra, tendo se desenvolvido e dado vida a um Projeto de Lei, do Senado⁹.

Essa escalada de importância se consolidou em 2010, com a edição da Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça, dispondo sobre

*“a política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário”.*¹⁰

Tamanho foi a importância da Resolução, que passou a ser considerada como marco legal para a “política pública judiciária, pela qual a resolução consensual dos conflitos seria paulatinamente organizada na sociedade civil a partir do próprio Poder Judiciário”; inclusive, Paulo Eduardo Alves da Silva esclarece que, a partir desse marco legal,

*“os tribunais organizaram os seus setores de conciliação judicial e, em alguns casos, capitanearam a organização de núcleos comunitários de solução de conflitos”.*¹¹

Assim, percebe-se que um dos pontos de destaque do art. 1º da Resolução 125/CNJ consiste, justamente, na obrigatoriedade de o Poder Judiciário, além da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de solução de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação.

Fruto dessa evolução, é promulgada a Lei nº

⁷ Por meio, por exemplo, das Leis dos Juizados Especiais e do alargamento da assistência jurídica.

⁸ A esse respeito, conferir Paulo Eduardo Alves da Silva, in *Negociação, Mediação e Arbitragem – Curso básico para programas de graduação em direito*, p. 1/3.

⁹ O projeto de Lei da Câmara, de Zulaiê Cobra, era o de nº 4.827/98; tramitou, em seguida, o PL 517/11, composto pelos projetos 405 e 434/2013, de iniciativa do Senado, aprovado na Câmara, com o nº 7.169/14, em 7/4/15.

A respeito da evolução da Mediação no Brasil, conferir “O instituto da mediação e a versão da Câmara dos deputados para o Projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro”, in *Novas tendências do processo civil*, V.2, p. 679/683, de Humberto Dalla Bernardina de Pinho.

Ainda a esse respeito, Fernanda Tartuce apresenta dados de uma conferência de Adolfo Braga, pontuando um crescimento significativo da utilização da mediação no Brasil nos últimos tempos, já que, em 1997, havia no País 18 instituições de mediação e arbitragem, número que saltou para 77 em 2004. *Mediação nos conflitos civis*, p. 209.

¹⁰ O texto da resolução e a Emenda Regimental nº 1, de março de 2013, que deixou ainda mais claros os objetivos que norteiam a política pública de solução adequada de conflitos, podem ser consultados em www.cnj.jus.br.

¹¹ *Negociação, Mediação e Arbitragem – Curso básico para programas de graduação em direito*, p. 9.

13.140/2015 - considerada o Marco Legal da Mediação no Brasil, em vigor desde dezembro de 2015 -, que já em sua exposição de motivos teve como uma de suas justificativas a necessidade de criação de sistema de mediação afinado com o NCPC e com a Resolução 125 do CNJ.

Ainda nessa mesma linha,

o Novo Código de Processo Civil, que entrará em vigor em março de 2016, acrescentará mais um elemento à promessa de concretização desse chamado da Resolução 125/CNJ: a implementação e o reforço, em seu bojo, de técnicas de mediação, conciliação e arbitragem.

2. O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O ESTÍMULO AO SISTEMA MULTIPORTAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Desde a exposição de motivos do então Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, ainda lá em 2010, havia a promessa de estímulo à solução multiportas de conflitos. Realmente, naquela oportunidade o Ministro Luiz Fux, Presidente da Comissão de juristas encarregada da elaboração do Anteprojeto, já afirmava que havia a pretensão de converter o processo em instrumento incluído no contexto social em que produzirá efeito, conferindo-se, portanto,

“ênfase à possibilidade de as partes porem fim ao conflito pela via da mediação ou da conciliação”; isso porque, “entendeu-se que a satisfação efetiva das partes pode dar-se de modo mais intenso se a solução é por elas criada

e não imposta pelo juiz.”¹²

Essa promessa parece atender ao alerta antigo do mais recente Ex-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, José Renato Nalini, que, já em 1994, pontuava que a Carta Magna, ao ampliar a noção de acesso à justiça, delegou ao Poder Judiciário o compromisso de multiplicar as portas de acesso à proteção dos direitos¹³.

Nessa medida, e como bem explicita Fernanda Tartuce,

“revela-se pertinente a existência de um sistema pluriprocessual de enfrentamento de controvérsias, configurado pela presença no ordenamento de diversos mecanismos diferenciados para o tratamento dos conflitos, compreendendo mediação, arbitra-

¹² Disponível para consulta: <<http://www.senado.gov.br/senado/novo-cpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 11 de abril de 2015.

¹³ O juiz e o acesso à justiça, p. 32/33.

*gem e processo judicial, entre outros”. De fato, “a oferta de diferenciados mecanismos de realização de justiça não faz com que estes se excluam; antes, podem e devem interagir os variados métodos, eficientemente, para proporcionar ao jurisdicionado múltiplas possibilidades de abordagem e composição eficiente das controvérsias”.*¹⁴

Portanto, essa multiplicação de acesso à meios de proteção dos direitos é conhecida como o modelo de processo multiportas, expressão calçada por um professor da Universidade de Harvard, em 1976, justamente para concretizar a noção de que há mais de uma técnica adequada para a solução dos conflitos, de acordo com as particularidades do caso concreto, além da justiça civil comum.¹⁵

Dito isso, vale reforçar que o Novo Código de Processo Civil, aprovado em 16/3/2015¹⁶, trouxe a promessa de um sistema multiportas, além de incorporar a direção das normas contidas na Resolução nº 125/CNJ, solidificando o uso dos meios consensuais de resolução de disputas. Realmente, basta o cotejo do diploma de 1973 com o de 2015, ainda em *vacatio legis*¹⁷, para constatar que a atual legislação intensificou e aprofundou a utilização da conciliação – muito mais tímida no CPC ainda vigente -, e trouxe todo um regramento próprio para a mediação - ine-

xistente no CPC atual.¹⁸

Trata-se de uma mudança de cultura e de concepção e, por consequência, de uma mudança efetivamente estrutural: necessidade de formatação do método de ensino nas faculdades de direito, formando advogados, juízes e promotores aptos à atuação perante a nova realidade; de formação de profissionais técnicos capacitados e cadastrados junto aos Tribunais; de criação de espaço físico etc.

Exemplos clássicos da adoção desse sistema multiportas no Novo CPC são encontrados nos artigos 3º e 334: o primeiro, declara expressamente a possibilidade de apreciação a lesão de direitos se dar por meio de arbitragem, além de estimular a utilização da conciliação, mediação e outros métodos de solução consensual; o segundo, determina a designação de audiência de conciliação ou mediação previamente à apresentação da contestação, quando preenchidos os requisitos, cabendo ao juiz – ou aos técnicos dos Cejuscs - a função de analisar qual dos métodos de solução consensual é mais condizente com a disputa no caso concreto, encaminhando-o à via adequada para essa audiência prévia.

Mais especificamente no

¹⁴ *Mediação nos conflitos civis*, p. 87/88

¹⁵ *A esse respeito, conferir as considerações de Leonardo Carneiro da Cunha e João Luiz Lessa de Azevedo Neto, em “A mediação e a conciliação no projeto de novo CPC: meios integrados de resolução de disputas”, in Novas tendências do processo civil, vol. 3, p. 202/204.*

¹⁶ *Lei 13.105/2015.*

¹⁷ *Esse artigo foi entregue em 27 de janeiro de 2016, período que ainda compreendia a vacatio legis do NCCP.*

que tange à mediação, o novo diploma processual incorpora, ainda, as seguintes e principais alterações (arts. 165 a 175): i) dever de criação de centros judiciários de solução consensual de conflitos (Cejuscs); ii) existência de princípios norteadores da mediação; iii) capacitação de mediadores em entidades credenciadas; iv) credenciamento de mediadores e Câmaras de Mediação junto aos quadros dos Tribunais; v) previsão de remuneração dos mediadores em tabela fixada pelo Tribunal; vi) causas de impedimento e descredenciamento dos mediadores; e vii) possibilidade de criação de Câmaras específicas à resolução consensual de conflitos no âmbito administrativo.

É esperado, então, que essa promessa de um sistema multiportas venha acompanhada de uma série de desafios para a sua implementação, como por exemplo: os de ordem estrutural (estrutura física

para recebimento dos Cejuscs, contratação de pessoal, organização de agendas e rotinas); os de ordem educacional (preparação dos operadores do direito, dos funcionários dos Cejuscs e dos mediadores); e os de ordem cultural (criação de novos paradigmas sobre a utilização dos meios consensuais).¹⁹

Concluindo: O regramento de mediação contido no novo diploma processual está contextualizado com o cenário de reformas processuais e de estímulo ao acesso à justiça²⁰. Portanto, a promessa do sistema multiportas está concretizada no novo diploma; somente o tempo e a prática dirão, contudo, se a nova sistemática processual será suficiente para produzir resultados práticos efetivos nesse sistema diferenciado de resolução de conflitos.

¹⁸ O Novo Código, logo de início, vem informado por um modelo processual cooperativo, contemplando a admissibilidade de arbitragem e o estímulo aos meios consensuais de resolução de conflitos, conforme enunciado no art. 3º. A esse respeito, Leonardo Carneiro da Cunha e João Luiz Lessa de Azevedo Neto, ainda falando da redação dada ao projeto, que não se alterou muito com relação a essa matéria, afirmam que “Da leitura do projeto observa-se que os meios alternativos de resolução de disputas deixam de ser apenas alternativos, passando a compor um quadro geral dos meios de resolução de disputas; passam a ser meios integrados de resolução de disputas. A dicotomia (resolução judicial X meios alternativos) fica atenuada. Não se fala mais no meio de resolução de disputas e suas alternativas, mas se oferece uma série de meios, entrelaçados entre si e funcionando num esquema de cooperação, voltados à resolução de disputas e pacificação social”, “A mediação e a conciliação no projeto de novo CPC: meios integrados de resolução de disputas”, in *Novas tendências do processo civil*, vol. 3, p. 200.

¹⁹ A esse respeito, vide interessante artigo de João Luiz Lessa Neto, “O Novo CPC adotou o modelo multiportas!!! E agora?”, *Revista de processo*, nº 244, p. 427-441.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALVES DA SILVA, Paulo Eduardo. *Negociação, Mediação e Arbitragem – Curso básico para programas de graduação em direito*. Coordenação Carlos Alberto de Salles, Marco Antônio Garcia Lopes Lorenzini e Paulo Eduardo Alves da Silva. São Paulo, Método, 2013.

AZEVEDO NETO, João Luiz Lessa de. “A mediação e a conciliação no projeto de novo CPC: meios integrados de resolução de disputas”. *Novas tendências do processo civil*, Vol. 3, p. 202-204.

_____. “O novo CPC adotou o modelo multiportas!!! E agora?!” *Revista de Processo*, ano 40, Vol. 244, junho 2015, p. 427-441.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei de Mediação nº 7.169/2014. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=606627>. Acesso em 12/4/15.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Projeto de Lei de Mediação nº 517/2011. Disponível em http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=101791. Acesso em 12/4/15.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Relatório Justiça em Números. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/relatorio-justica-em-numeros/#p=justicaemnumeros>. Acesso em 11/4/15.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.
CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo. “A mediação e a conciliação no projeto de novo CPC: meios integrados de resolução de disputas”. *Novas tendências do processo civil*, Vol. 3, p. 202-204.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do código de processo civil*. 5ª ed. São Paulo, Malheiros, 2001.

_____. “Nasce um novo processo civil”. *Reforma do Código de Processo Civil*. Coordenação Sálviode Figueiredo Teixeira, São Paulo, Saraiva, 1996, p. 1-17.

MENEZES MARCATO, Ana Cândida. “Audiência de conciliação ou mediação do art. 334 do NCPD: facultativa ou obrigatória? Afronta à voluntariedade da mediação?”. *Novo Código de Processo Civil, Impactos na Legislação Extravagante e Interdisciplinar*, Coordenadores Mirna Cianci, Lúcio Delfino, Bruno Dantas, Freddie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Luiz Henrique Volpe Camargo e Bruno Garcia Redondo, Volume 1, p. 41-49, São Paulo, Saraiva, 2015.

NALINI, José Renato. *O juiz e o acesso à justiça*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994.

²⁰ A respeito do acesso à justiça estatal e aos números a ele relacionados, vale conferir o último relatório da Justiça em Números, do CNJ, ao final de 2013, contemplando a existência de 8 magistrados para cada 100 mil habitantes, além de 95 milhões de ações tramitando, somando-se os casos novos e os processos pendentes de baixa (<http://www.cnj.jus.br/relatorio-justica-em-numeros/#p=justicaemnumeros> – acesso em 11/4/15).

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. "O instituto da mediação e a versão da Câmara dos deputados para o Projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro". *Novas tendências do processo civil*, Vol. 2, p. 679-683.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. São Paulo, Método, 2008.

_____. *Mediação no novo CPC: questionamentos reflexivos*. Acesso 12/4/15 em: [file:///C:/Users/ana/Downloads/Media%C3%A7%C3%A3o%20no%20novo%20CPC-Tartuce%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/ana/Downloads/Media%C3%A7%C3%A3o%20no%20novo%20CPC-Tartuce%20(1).pdf)

APRIMORE
SEUS CONHECIMENTOS
COM QUEM É
REFERÊNCIA!



DE NOVO, OS MEIOS CONSENSUAIS NO NOVO CPC



BRUNO TAKAHASHI

*MESTRE E DOUTORANDO EM DIREITO PROCESSUAL
PELA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. JUIZ FEDERAL
SUBSTITUTO.*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

1. A VALORIZAÇÃO DOS MEIOS CONSENSUAIS COMO NORMA FUNDAMENTAL -----	26
2. O “MINISSISTEMA BRASILEIRO DE MÉTODOS CONSENSUAIS” -----	27
2.1. OS CENTROS JUDICIÁRIOS DE SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS-----	28
2.2. O PARÂMETRO CURRICULAR MÍNIMO -----	29
3. ALGUMAS DÚVIDAS SOBRE A AUDIÊNCIA DO ARTIGO 334 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL -----	30
4. EM BUSCA DE QUALIDADE -----	32
CONCLUSÃO-----	32
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS -----	34

PALAVRAS-CHAVE: Novo Código de Processo Civil. Meios consensuais. Norma fundamental do processo civil. Centros judiciários. Parâmetro curricular mínimo. Audiência de conciliação/ mediação.

INTRODUÇÃO

É inegável a importância dada aos meios consensuais no Novo Código de Processo Civil. São comuns textos e discursos propalando as vantagens dos meios consensuais, com ênfase tanto na grande quantidade de dispositivos reservados ao tema como na retomada histórica dos institutos da conciliação e da mediação. Paralelamente, elogia-se o rumo a uma sociedade mais harmônica e imbuída na cultura da paz. Nesse contexto, é provável que esse artigo não traga nada de novo, sendo apenas mais um no já amplo rol doutrinário sobre o NCPC. De novo se fala dos meios consensuais, não como novidade, mas como repetição de um mesmo assunto. De novo, vamos tratar dos meios consensuais no Novo CPC.

As ideias centrais são simples. Defendemos que, uma vez que a promoção da solução consensual dos conflitos é alçada à norma fundamental do processo civil (art.3º), deve servir como guia interpretativo do sistema. Além disso, a inserção dos meios consensuais no conceito de jurisdição implica a necessária preservação da qualidade. Exemplos são listados para se confirmar a tese, sem ignorar que tudo são questionamentos iniciais sobre um futuro ainda incerto.

1. A VALORIZAÇÃO DOS MEIOS CONSENSUAIS COMO NORMA FUNDAMENTAL

Dentre os diversos dispositivos que tratam do tema, ¹entendemos que o mais importante é observar que a promoção dos meios consensuais surge no NCPC logo no artigo 3º do Capítulo I, como uma das normas fundamentais do processo civil, nos seguintes termos:

“Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.”(g.n.)

Paulo Eduardo Alves da Silva² nota que o NCPC parece adotar o conceito de princí-

pios como normas fundamentais, ou seja, o critério adotado é o seu grau de abstração, generalidade e fundamentalidade. Nesse sentido, os 12 artigos que compõem o Capítulo I seriam normas gerais e fundamentais a todo sistema, devendo ser considerados alicerces gerais da legislação e assim interpretados.

Assim sendo, acreditamos que as normas fundamentais do Novo Código também exercem o papel de guia interpretativo, servindo de critério para a exata compreensão e inteligência do sistema que estabelece. No caso específico do artigo 3º, parece-nos que isso leva à conclusão de que, em caso de dúvida na aplicação dos dispositivos do código, deve-se privilegiar o uso do meio consensual.

Outro aspecto que deve ser observado é que se está diante da valorização da justiça conciliativa, o que, nos dizeres da professora Ada Pellegrini Grinover³, exige uma releitura do art. 5º, XXXV da CF, pois “por acesso ao Poder Judiciário deve-se entender-se acesso à justiça e aos meios adequados de solução de conflitos”. A propósito, Kazuo Watanabe⁴ já

¹ A valorização dos meios consensuais é percebida em vários dispositivos do Novo Código de Processo Civil, tais como: a dispensa do pagamento de custas remanescentes se a transação ocorrer antes da sentença (art. 90, §3º); o dever do oficial de justiça certificar, em mandado, quando da realização do ato de comunicação que lhe couber, a proposta de autocomposição apresentada por qualquer das partes (art. 154, VI, e parágrafo único); a suspensão dos prazos durante a execução de programa instituído pelo Poder Judiciário para promover a autocomposição (art. 221, parágrafo único); a necessidade de indicação na petição inicial se o autor opta ou não pela realização de audiência de conciliação ou de mediação (art. 319, VII); a designação, como regra, de audiência de conciliação ou de mediação (art. 334); o enquadramento da ausência injustificada do autor ou réu à audiência de conciliação como ato atentatório à dignidade da justiça e que será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa (art. 334, §8º); o início do prazo da contestação a partir da audiência de conciliação ou mediação ou da última sessão de conciliação, quando qualquer parte não comparecer ou, comparecendo, não houver autocomposição (art. 335, I).

² As Normas Fundamentais do Novo Código de Processo Civil (ou “As Doze Tábuas do Processo Civil Brasileiro”?): In: VVAA. O Novo Código de Processo Civil: questões controversas. São Paulo, Atlas, 2015, p.296-297.

³ Os Métodos Consensuais de Solução de Conflitos no Novo CPC. IN: VVAA. O Novo Código de Processo Civil: questões controversas. São Paulo, Atlas, 2015, p.3.

⁴ Entre outros textos em que o professor defende tal proposição, veja-se: WATANABE, Kazuo. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesse. São Paulo, s/d. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/download/conciliacao/nucleo/parecerdeskazuowatanabe.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2015.

vem alertando há tempos que tal dispositivo constitucional não assegura apenas acesso formal aos órgãos judiciários, e sim um acesso qualificado que propicie aos indivíduos o acesso à ordem jurídica justa.

Desse modo, se o acesso não é simplesmente formal, devendo existir o acesso à ordem jurídica justa, é visível que se impõe uma preocupação não apenas com a qualidade das decisões adjudicadas, mas também com a qualidade dos meios consensuais. Senão, estaria aberto o caminho para a formação de uma justiça de segunda classe, admitindo-se que os meios consensuais pudessem respeitar apenas um acesso formal, despreocupado inclusive com resultados materiais efetivos para além do número de acordos homologados por minuto.

Portanto, a valorização

dos meios consensuais – com destaque para a mediação e a conciliação – eleita como norma fundamental pelo Novo CPC, parece-nos impor duas premissas: a) ***o emprego dos meios consensuais deve ser qualificado, no sentido de possuir qualidade, não se contentando em reproduzir um acesso meramente formal aos órgãos judiciários;*** b) ***na dúvida, devem-se interpretar os dispositivos do Novo CPC – e de todo o minissistema de métodos consensuais – em prol dos meios consensuais.***

Resumidamente, a norma fundamental consagra a valorização qualitativa dos meios consensuais. A ideia dos minissistema de métodos consensuais nos ajuda a esclarecer melhor a tese.

2. O “MINISSISTEMA BRASILEIRO DE MÉTODOS CONSENSUAIS”

Além do Novo Código de Processo Civil, houve a promulgação da Lei de Mediação (Lei nº 13.140/15), que trata da mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito

da administração pública. Em conjunto com a Resolução nº 125/10 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, tais normas compõem o que

⁵ Os Métodos Consensuais de Solução de Conflitos no Novo CPC, cit. p. 1-2.

a professora Ada Pellegrini Grinover⁵ passou a chamar de “minissistema brasileiro de métodos consensuais de solução judicial de conflitos”.

No geral, podemos dizer que os atos normativos se complementam e praticamente não apresentam incongruências. Os pequenos conflitos são resolvidos pelos critérios clássicos. Assim, lei prevalece diante de ato infralegal; lei posterior revoga anterior; e lei específica revoga lei geral.

Tratando-se de um minissistema, porém, é possível avançar na conclusão de que o disposto no artigo 3º do CPC igualmente atua como norma fundamental para fins de interpretação tanto da Lei de Mediação como da Resolução nº 125/10. Significa dizer

que, também em relação a essas outras normas, na dúvida deve-se privilegiar o uso dos meios consensuais, com a necessária qualidade.⁶

Assim sendo, acreditamos que mesmo eventuais alterações da Resolução nº 125/10 não podem descurar dessas orientações. Tomem-se como exemplos dois aspectos que o NCPC expressamente deixou para ser regulamentado pelo Conselho Nacional de Justiça: a composição e a organização dos centros judiciários de solução consensual de conflitos (art. 165,§1º); e o parâmetro curricular exigido para a capacitação mínima de conciliadores e mediadores (art.167, §1º).

2.1. OS CENTROS JUDICIÁRIOS DE SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS

Em relação aos centros, o Novo Código de Processo Civil transformou em obrigação legal o que antes já estava previsto na Resolução nº 125/10. A definição da composição e da organização de tais órgãos, porém, permaneceram ao encargo dos tribunais, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça.

Partindo da exigência da valoração qualitativa dos meios consensuais, acreditamos que a criação dos centros não pode ser circunstancial e aleatória. Em primeiro lugar, existe uma imposição de sua criação em prol dos meios consensuais. Em segundo, não basta a sua instituição formal, como uma simples estrutura burocratizada que sirva apenas como um

⁶Avançando mais ainda, é possível cogitar que o artigo 3º do NCPC traz uma norma fundamental a ser utilizada na interpretação de todas outras leis e atos infralegais que envolverem, ainda que indiretamente, o uso dos meios consensuais.

setor de passagem obrigatória de autos.

Nesse sentido, é importante que haja ao menos um servidor que seja capacitado em meios consensuais. É importante ainda que o centro permita a necessária participação da sociedade na solução dos conflitos, sobretudo com a possibilidade de contar com conciliadores e mediadores leigos que possam trazer essa abertura.

Não se coadunam com esse desiderato, entre outros: a falta de apoio institucional dos tribunais para instalação efetiva dos centros, exigindo que juízes busquem sozinhos os apoios de instituições públicas e privadas; a instalação

feita para fins estatísticos, com multiplicação de centros que se confundem com o próprio juízo local, sem uma distinção maior entre centro e vara; a aceitação de conciliadores e mediadores voluntários sem um preparo minimamente adequado, incentivando-os desde logo a buscar o maior número de acordos possível. Se tais casos já seriam vistos como contrários à política permanente instituída pela Resolução nº 125/10, agora podem até mesmo ser considerados ofensivos à norma fundamental expressa no artigo 3º do Novo Código de Processo Civil.

2.2. O PARÂMETRO CURRICULAR MÍNIMO

O artigo 167, §1º, do NCPC estabelece que os mediadores e os conciliadores precisam preencher o requisito da capacitação mínima para que possam ser inscritos no cadastro nacional ou no cadastro dos tribunais. Nos termos do mesmo dispositivo, o parâmetro curricular dessa capacitação deve ser definido pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça.

Dentro da linha defendida,

o parâmetro curricular deve ser adequado à formação de conciliadores e de mediadores que possam atuar de modo a concretizar a necessária valorização qualitativa dos meios consensuais. Para tanto, entendemos que cabe preservar a diversidade de orientações e pensamentos, mantendo-se a pluralidade própria do estudo dos meios consensuais. Por isso, rejeita-se a imposição de um modelo rígido único a ser aplicado de forma indistinta

em todo o território nacional. A qualidade envolve o tratamento mais adequado a cada um dos casos, o que inclui a capacitação por áreas temáticas e de acordo com as peculiaridades locais.

A propósito, cabe salientar que nesse aspecto o NCPC já conseguiu trazer um primeiro reflexo positivo. Em cumprimento ao artigo 167, §1º, do Novo Código, o CNJ instituiu Grupo de Trabalho (Portaria nº 64/2015) que estabeleceu novos parâmetros curriculares mínimos. Desses novos parâmetros, destaca-se justamente a flexibilidade dos treinamentos:

“Os treinamentos de quaisquer práticas consensuais devem ser conduzidos de forma a serem respeitadas linhas

distintas de atuação em mediação e conciliação (e.g. transformativa, narrativa, facilitadora, entre outras). Dessa forma, o conteúdo programático apresentado acima deverá ser livremente flexibilizado para atender às especificidades da linha de mediação adotada pelo instrutor, inclusive quanto à ordem dos temas. Quaisquer materiais pedagógicos disponibilizados pelo CNJ (vídeos, exercícios simulados, manuais) são meramente exemplificativos. De acordo com as especificidades locais ou regionais, poderá ser dada ênfase a uma ou mais áreas de utilização de conciliação/mediação.”

Dessa forma, a partir dos exemplos dos centros e do parâmetro curricular mínimo notamos a importância da valorização qualitativa dos meios consensuais, que se irradia como norma fundamental do processo civil para além do NCPC.

3. ALGUMAS DÚVIDAS SOBRE A AUDIÊNCIA DO ARTIGO 334 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

De todo modo, dois exemplos mais corriqueiros podem ser vistos ao se tratar da audiência de conciliação ou de mediação prevista no artigo 334 do Novo Código de Processo Civil. Como salientado, em caso de dúvida, acreditamos que se deva dar interpretação

que mais valorize os meios consensuais.

O artigo 334 do NCPC determina que, se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, deve ser designada audiência de mediação ou conciliação. No §4º, são enumeradas

duas hipóteses em que essa audiência não será realizada: se ambas as partes manifestarem expressamente desinteresse (inciso I); e quando não se admitir a autocomposição (inciso II).

O inciso I é claro no sentido de que não basta o desinteresse de apenas uma das partes. O que se privilegia é a tentativa de obtenção do consenso, o que de modo algum significa a obrigação de se fazer um acordo.

O problema surge, porém, no caso da petição inicial do autor não indicar se ele pretende ou não realizar tal audiência. A primeira alternativa é intimar o autor para emendar a petição inicial, por descumprimento do artigo 319, VII, do NCPC. Uma solução mais usada, porém consoante com a ideia de que, na dúvida, valoriza-se o meio consensual, é dispensar a necessidade de emenda e desde já marcar a audiência de conciliação e mediação. Afinal, não teria havido manifestação expressa de desinteresse.

Adotando essa última interpretação, o I Fórum Nacional de Conciliação e Mediação da Justiça Federal (Fonacon), aprovou o Enunciado 5, nos seguintes termos: “No silêncio do autor sobre a opção pela audiência de conciliação ou

mediação (arts. 319, VII e 334, §4º, do NCPC), o juiz designará a audiência sem a necessidade de emenda à inicial”.

Por sua vez, notamos que o inciso II indica que não haverá a audiência do artigo 334 quando não se admitir a autocomposição.⁷ A dúvida aqui é saber se a autocomposição é regra ou exceção, ou seja, se a ausência de previsão legal implica admissão ou vedação da tentativa de conciliação. Novamente, partindo da premissa de que a norma fundamental do artigo 3º incentiva o uso dos meios consensuais, entendemos que a ausência de vedação implica possibilidade de autocomposição⁷. Na mesma linha é o enunciado 4 do Fonacon:

“A inadmissibilidade de autocomposição referida no art. 334, § 4º, II, do NCPC depende de previsão legal”.

A partir desses dois exemplos tirados do artigo 334 do NCPC, observamos como o critério da valoração dos meios consensuais em caso de dúvida pode mostrar-se operativo. No entanto, mais uma vez se destaca que não basta apenas valorizar o uso, devendo ser dada grande atenção à qualidade.

⁷Em sentido semelhante, defendendo que a ausência de previsão legal expressa não impede a Administração Pública de realizar conciliações, vide: TAKAHASHI, Bruno. O papel do terceiro facilitador na conciliação de conflitos previdenciários. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2015, p.68-70.

4. EM BUSCA DA QUALIDADE

Cabe enfatizar que a busca pela qualidade no emprego dos meios consensuais não é mera interpretação ampliativa (e alguns dirão descabida) do artigo 3º do NCPC. De fato, o que se nota é que há diversos dispositivos que reforçam a impressão de que o Novo Código impõe que os meios consensuais sejam utilizados de modo qualitativamente adequado.

De fato, o mesmo artigo 334 estabelece no seu “caput” que a audiência de conciliação ou mediação deve ser designada com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo o réu ser citado ao menos 20 (vinte) dias antes. O §9º, por sua vez, exige a presença de advogados ou defensores públicos. Já o §12 determina que a pauta de audiências de conciliação ou de mediação respeite um intervalo mínimo de 20 (vinte) minutos entre o início de uma e o início da seguinte. Tais dispositivos indicam que a busca incessante pela celeridade processual

não deve comprometer o necessário tempo para reflexão e para o restabelecimento do diálogo entre as partes.

Nos últimos anos, o discurso em favor dos meios consensuais vem crescendo. Todavia, muitas vezes há uma associação quase que exclusiva à quantidade, apresentando mecanismos como a conciliação e a mediação como a panaceia para resolver a crise numérica de processos no menor tempo possível. A satisfação das partes e a pacificação social corriqueiramente são usados somente como clichês, sem uma preocupação efetiva com a qualidade.

Se apenas a quantidade importasse, o uso dos meios consensuais só teria sentido enquanto o Judiciário fosse caracterizado pela demora e enquanto existissem mais processos que a capacidade de julgamento⁸. Em contrapartida, em um Código que coloca o uso dos meios consensuais como norma fundamental, é evidente que a preocupação com a qualidade deve existir.

CONCLUSÃO

Para que o sistema proposto pelo Novo Código seja efetivo em relação aos meios consensuais,

entendemos que deve ser destacada a norma fundamental do artigo 3º. Tal norma, como princípio e guia interpretativo,

⁸ Haveria, então, o que Paulo Afonso Brum Vaz chamou com propriedade de “paradoxo da eficiência”. In: *Conciliações nos conflitos sobre direitos da Seguridade Social*. Revista de Doutrina da 4ª Região. Porto Alegre: Tribunal Regional Federal da 4ª Região, n. 43, ago. 2011. Disponível em: <http://migre.me/loVWk>. Acesso em: 01 set. 2014.

propõe a valorização qualitativa dos meios consensuais. Assim, na dúvida, emprega-se o meio consensual; ao empregá-lo, não se deve esquecer a qualidade.

Nesse momento de incerteza inicial, um parâmetro interpretativo pode ser útil. Os negócios jurídicos processuais inominados do artigo 191 teriam como limite a preservação da qualidade; a remuneração dos conciliadores e mediadores do artigo 169 deveria ser

suficientemente atrativa para bons profissionais; a avaliação dos serviços mencionada no §4º do artigo 167 deveria considerar a satisfação dos usuários; entre vários outros exemplos.

Mas continuar tratando dos meios consensuais em cada um dos muitos dispositivos em que o NCPC os consagra seria repetitivo. Seria continuar a falar, de novo, dos meios consensuais no Novo Código.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

GRINOVER, *Ada Pellegrini*. *Os Métodos Consensuais de Solução de Conflitos no Novo CPC*. IN: *VVAA*. *O Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas*. São Paulo, Atlas, 2015, p. 1-21.

SILVA, *Paulo Eduardo Alves da*. *As Normas Fundamentais do Novo Código de Processo Civil (ou “As Doze Tábuas do Processo Civil Brasileiro”?)*. In: *VVAA*. *O Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas*. São Paulo, Atlas, 2015, p.295-323.

TAKAHASHI, *Bruno*. *O papel do terceiro facilitador na conciliação de conflitos previdenciários*. *Dissertação de Mestrado*. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2015.

VAZ, *Paulo Afonso Brum*. *Conciliações nos conflitos sobre direitos da Seguridade Social*. *Revista de Doutrina da 4ª Região*. Porto Alegre: Tribunal Regional Federal da 4ª Região, n. 43, ago. 2011. Disponível em: <http://migre.me/loVWk>. Acesso em: 01 set. 2014.

WATANABE, *Kazuo*. *Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesse*. São Paulo, s/d. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/download/conciliacao/nucleo/parecer-deskazuowatanabe.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2015.

MEDIAÇÃO: EDUCAR PARA MEDIAR



ÁGUIDA ARRUDA BARBOSA

DOUTORA E MESTRE EM DIREITO PELA USP. ADVOGADA. PROFESSORA DE DIREITO CIVIL E MEDIAÇÃO FAMILIAR INTERDISCIPLINAR. MEMBRO DA COMISSÃO DE DIREITO DE FAMÍLIA DO IASP. INTEGRANTE DO CONSELHO CIENTÍFICO DA REVISTA NACIONAL DE DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES LEX/IASP. PRESIDENTE DA COMISSÃO DE MEDIAÇÃO DO IBDFAM NO PERÍODO 2001/2012 E ANTIGO MEMBRO DA FÉDÉRATION INTERNATIONALE DES FEMMES DE CARRIÈRES JURIDIQUES.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	37
1. MARCO LEGAL DA MEDIAÇÃO.....	38
2. FORMAÇÃO DO MEDIADOR	39
3. EDUCAR PARA MEDIAR. CONCLUSÃO	41
CONCLUSÃO.....	43

Palavras-chave: mediação e lei – formação – educação - mentalidade - inclusão

INTRODUÇÃO

O acolhimento ao instituto da mediação tem sido objeto de muitos estudos e ensaios legislativos, ao longo das últimas décadas, tendo, os Estados Unidos, na década de 1.960, tomado a dianteira, numa posição de vanguarda, retomando um conhecimento advindo do oriente, a exemplo da China, onde a prática se dá há 5.000 anos.

Os Estados Unidos foram pioneiros na implantação da mediação porque, historicamente, encontravam-se em busca de mecanismos capazes de desafogar o Judiciário, em decorrência do exacerbado desenvolvimento dos meios de acesso à justiça, estimulando, sobremodo, a litigiosidade.

No Brasil, a mediação recebe influência do movimento nos Estados Unidos, porém, sob o ponto de vista teórico, desenvolve-se uma doutrina fundamentada na concepção francesa de mediação. Em outras palavras, enquanto a mediação nos Estados Unidos visa a desafogar o Judiciário, corrigindo uma política pública de acesso à justiça, na França, a mediação visa ao aprimoramento da prestação jurisdicional, o que, historicamente, encontra eco no ideal de cidadania, que tem escopo na participação dos processos de decisão, prestigiando, assim, o ideal de liberdade.

Os movimentos legislativos brasileiros culminam com o marco legal da mediação, com evidente influência das experiências dos países pioneiros que desenvolvem a mediação ocidental a partir da década de 1.960, nos Estados Unidos, e da década de 1.980, na França.

1. MARCO LEGAL DA MEDIAÇÃO

O jornal O Estado de São Paulo, edição de 08/06/2015, trouxe importante matéria sob o título Marco legal da Mediação, anunciando o acolhimento do instituto da mediação, em decorrência da aprovação do PL 7.169/14, e, em 29 de junho, é sancionada a lei 13.140/2015, que entrou em vigor em 29 de dezembro p.p., regulando a mediação entre particulares, como meio de solução de controvérsias, e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

É importante exaltar que a matéria publicada informa que a lei em comento está inspirada no modelo americano, ou seja, equivale a dizer que o conceito de mediação eleito pelo legislador brasileiro, na lei 13.140/2015, foi o uso do instituto como ferramenta para desafogar o Judiciário, visando à celeridade da justiça, buscando, enfim, uma alternativa desburocratizada para reduzir o incontrolável número de processos.

No entanto, é preciso mencionar outro marco legal da mediação, representado pelo enquadre legal do instituto no novo Código de Processo Civil, Lei 13.105 de 16 de março de 2015¹, que entrou em vigor

em 18 de março de 2016.

A dimensão desta dupla posituação da mediação merece uma análise capaz de contextualizar o desenvolvimento do instituto no Brasil, que teve seu início há 25 anos. Os dois marcos legais referidos oportunizam o necessário debate para analisar as formas de difusão desta prática milenar, para posicionar qual é a motivação da posituação deste nobre instituto, em dois instrumentos legais, simultaneamente.

O marco legal da mediação, seja pela Lei 13.140/15, seja pelo novo CPC, representa uma quebra de paradigma, inaugurando a lógica da comunicação, como meio de acesso à justiça, privilegiando a proteção da dignidade da pessoa humana, princípio constitucional que norteia a aplicação e a interpretação da norma que define a mediação.

Trata-se, enfim, da humanização do processo por meio do acesso à justiça - compreendida como ordem justa e não o mero acesso ao Judiciário - num espaço protegido, de escuta ativa (atividade do mediador), em que o sujeito de direito toma a palavra, considerando que a linguagem é um sistema vivo, afinal, a pa-

¹ A análise das duas legislações referidas, no tocante ao instituto da mediação, versando sobre a mesma matéria, não será objeto deste artigo, que tem por objeto, tão somente, noticiar a sanção da lei 13.140/15 e a regulação do instituto no novo CPC.

lavra cria a realidade toda vez que é emitida, segundo a obra clássica de Georges Gusdorf, intitulada *La Parole*².

Portanto, a partir do marco legal, a mediação passa a ser reconhecida pelo ordenamento jurídico brasileiro, como meio de acesso à justiça, deixando de ser apequenada como mera justiça de segunda classe, como instrumento para desafogar o Judiciário. Este ganho é fundamental, afinal, exigirá que o profissional do direito tenha um conhecimento técnico mínimo, capaz de identificar o enquadre da mediação, seja para rejeitá-la, seja para promover um encaminhamento.

O acolhimento da mediação pelo ordenamento jurídico pátrio exalta a necessidade do rigor científico para interpretar a norma posta, devendo

corresponder aos novos paradigmas contemporâneos, para garantir a eficácia ao marco legal da mediação. A aplicação da lei sem fundamentação teórica, entregue em mãos de pessoas despreparadas para este mister, apequenando a mediação a mero meio de fazer acordo para aliviar a carga do Judiciário, afastará a eficácia das ferramentas disponíveis para a transformação do conflito, causando um descrédito, desqualificando este nobre instrumento.

O sucesso do marco legal da mediação está atrelado à máxima: educar para mediar. É preciso que se tenha a consciência de que se trata de um conhecimento organizado, sob enfoque interdisciplinar.

2. FORMAÇÃO DO MEDIADOR

Dada a importância da mediação, e por se tratar de conhecimento complexo, fundamentado na lógica da comunicação, em lugar da lógica do litígio, que rege a jurisdição do Estado, da conciliação e da arbitragem, a formação do mediador deve corresponder a um conteúdo programático de natureza

interdisciplinar, norteado por referências teóricas para que o ator seja capaz de ampliar a percepção do litígio, dando espaço para que os mediados assumam o papel de protagonistas do conflito que os vincula.

A título de exemplo, na mediação familiar, cujos conflitos são de alta complexidade, vis-

² GUSDORF, Georges. *La Parole*. Paris: PUF, 1952

to que basicamente regidos pelo princípio da afetividade, o mediador deve ter conhecimento mínimo acerca de sistema familiar, de acordo com a psicologia, a psicanálise, a sociologia etc. É preciso ter noções de filosofia, para poder contextualizar os valores de uma geração, para identificar as crises endógenas e exógenas do sistema familiar.

O mediador deve ser formado para aprender a não emitir juízo de valor, diante dos mediandos, pois não lhe cabe julgar, ou mesmo aconselhar os sujeitos do conflito a partir de suas próprias convicções e valores, projetando-as, inadequadamente.

Enfim, o mediador bem formado deve estar capacitado para acolher os mediandos, guardando uma distância suficientemente próxima para que os protagonistas sintam-se incluídos na dinâmica da mediação, e suficientemente distantes para que não se sintam inadequadamente carregados no colo.

A mediação é regida por vários princípios, porém, o mais importante, e por isso deve ser exaltado, é o sigilo, afinal, trata-se de uma dinâmica de comunicação humana protegida, que contempla a expressão da dignidade da pessoa humana.

A Comissão de Mediação

do IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família - apresentou um programa de excelência para a formação do mediador familiar interdisciplinar, no VIII Congresso Brasileiro de Direito de Família, realizado em novembro de 2011³, prevendo a carga horária de no mínimo 120 horas, com intervalos entre os 12 módulos, para que os partícipes possam fazer leituras, assistir a filmes e peças teatrais, enfim, que mantenham a formação continuada durante um espaço de, no mínimo, um ano e meio. Não há exigência de estágio, em decorrência do princípio de confidencialidade da mediação, pelo que não se pode admitir a presença de advogados às sessões, tampouco de pessoa estranha aos protagonistas, a exemplo de estagiários.

O mediador estará pronto para promover a dinâmica da mediação quando se sentir encorajado, a partir de fundamentação teórica suficiente, para enfrentar o desafio de fazer a diferença por meio da via de acesso à justiça regida pela lógica da comunicação.

O programa de curso de formação, em comento, oferece a análise da prática, como instrumento de aperfeiçoamento do mediador, que consiste em se remeter a outro mediador para discutir a

³ BARBOSA, Águida Arruda. *Formação do Mediador Familiar Interdisciplinar in Anais do Congresso: Família. Entre o Público e o Privado. Coordenação Rodrigo da Cunha Pereira. Porto Alegre: LexMagister/IBDFAM, 2012, pag. 11/25.*

prática que está sendo empregada em dada mediação. Trata-se da hipótese de um mediador encontrar entraves em determinada dinâmica da mediação, seja devido à complexidade da relação conflituosa, seja pela inexperiência do mediador para aquele vínculo, ou, ainda, em decorrência de não se tratar de conflito que tenha enquadre na mediação, a exemplo da notícia de que há violência física entre os mediados, o que impede a continuidade da mediação.

Somente com a rígida formação de mediadores o marco legal poderá ser instrumento de difusão do modelo brasileiro de mediação, que guarda características peculiares, em função das características próprias oriundas da diversidade cultural do povo brasileiro, para que se dê eficácia à norma, na construção da cultura de paz, única alternativa para que o Judiciário deixe de se afogar...

3. EDUCAR PARA MEDIAR

A formação do mediador faz parte desta máxima, qual seja, para mediar é preciso ter uma formação adequada, constituída por um programa que vise à estrutura de um pensamento que se distancie da atividade de julgar – excluir alternativas - numa dicotomia certo e errado, culpado e inocente, e assim por diante.

No entanto, não será o suficiente formar mediadores se não se criar a demanda. Educar para mediar deve se inserir em políticas públicas de ampla abrangência, afinal, os operadores do direito – advogados, juízes e promotores de justiça – deverão ter preparo

teórico para sugerir a mediação, acreditando nesta dinâmica de acesso à justiça, para que possam legitimar o encaminhamento. Ademais, este conhecimento é obrigatório a partir da inclusão da mediação no NCPC, visto que reconhecida como matéria jurídica, agora positivada.

A difusão da ideia de educar para mediar deve começar pela inclusão obrigatória da disciplina Mediação nos cursos de graduação em Direito, para que os novos profissionais já conheçam o instituto, como meio de acesso à justiça, pois, as novas gerações farão a mudança de paradigma, e, aos poucos, deixarão de privilegiar

a lógica do conflito, causa do afogamento do Judiciário, que vive uma crise inimaginável de excesso de processos em andamento.

Muitas faculdades de Direito já aderiram a esta ideia, e recebem elogios do MEC, por ocasião da avaliação do curso. No entanto, com a posituação da mediação, é imperativo que se promova a inclusão da mediação como disciplina obrigatória, para garantir que as novas gerações promovam a expansão do instituto.

Porém, a nova mentalidade deve atingir o tecido social, a partir de educar para mediar, com práticas de uma cultura e paz entre os cidadãos, o que já está sendo realizado pelo governo do Estado de São Paulo⁴, Secretaria da Educação, com o projeto Plano de Trabalho 2015 – Mediação Escolar e Comunitária, que tem por objeto promover cursos de formação em mediação aos professores, visando à integração escola/família, cuja fundamentação teórica é a inclusão social.

As experiências têm sido alvissareiras, com um primeiro resultado positivo de redução da evasão escolar, o que pode

ser aferido de imediato.

Em médio e longo prazo observa-se que, com práticas de inclusão, a exemplo do cuidado físico com a escola, em que as famílias são convidadas a participar de projetos como a horta orgânica, pintura de muros, limpeza geral etc., depois as famílias passam a manter as práticas em suas próprias casas, embelezando o lar, a partir de estímulo do projeto.

Na França, a mediação tem os mais variados campos de aplicação, porém, a escolar é uma prática das mais valorizadas, pois visam à mobilização contra a violência, promovendo dinâmicas com técnicas de mediação, promovendo a educação para a paz⁵.

Esta prática tem o foco na inclusão da família na escola, obtendo resultados importantes na transformação do comportamento, seja dos alunos, seja dos familiares, permitindo, assim, que o tecido social vá se aprimorando, valorizando o convívio marcado pelo refinamento da comunicação.

Educar para mediar opera-se pelas políticas públicas de inclusão.

⁴ www.denorte2.educacao.sp.gov.br
acesso em 19/02/2016

⁵ SIX, Jean-François. *Dinâmica da Mediação*. Tradução de Águida Arruda Barbosa e outras. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2001, pág. 88.

4. CONCLUSÃO

Há leis que educam, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor, reconhecido como instrumento de cidadania, visto que exerça um papel de equidade, equiparando o consumidor ao dono do capital.

Outra lei que interferiu no comportamento do cidadão é a Lei Seca, operando uma evidente mudança de comportamento, sendo comum entre os grupos sociais o chamado amigo da vez. Há uma consciência de que quem bebe álcool não dirige.

O marco legal da mediação poderá ser instrumento de educação, promovendo a mudança de comportamento no tecido social, estimulando o cidadão a recorrer à mediação, buscando a lógica da comunicação, em lugar de bater às portas do Judiciário, em busca da lógica do litígio.

No entanto, para que a Lei 13.140/2015 e o novo CPC possam se tornar instrumento da máxima educar para mediar, é imperativo que se atribua à função a mediadores criteriosamente bem formados, capacitados a fazer a diferença entre os mediandos, com conhecimento teórico que lhes permita colocar em prática a arte da mediação, que

envolve criatividade, talento e coragem.

O primeiro passo para a eficácia da posituação da mediação é o investimento responsável na formação de mediadores, que se tornarão multiplicadores desta cultura regida pela lógica da comunicação. Enfim, serão mediadores capazes de distinguir a diferença entre mediação e conciliação, zelando para não apequenar a mediação em instrumento de acordos.

Os mediandos bem cuidados, pela cultura regida pela lógica da comunicação, que terão a experiência da inclusão, por meio de escuta qualificada, serão multiplicadores da experiência, seja para fazer uso desta lógica em conflitos futuros, seja para imprimir a busca da mediação em lugar do Judiciário, seja para recomendar este precioso instrumento de acesso à justiça para aqueles com quem convivem.

A mediadora francesa Jacqueline Mourret⁶ afirma que os filhos de casais que se divorciam usando a mediação, serão multiplicadores deste comportamento, quando forem adultos e tiverem de viver a mesma experiência.

Ademais, a formação de operadores do direito sob a

⁶ MOURRET, Jacqueline. *Médiation. Une Culture de la Paix.*

égide dos novos paradigmas que regem as relações jurídicas, com a responsabilidade de promover os acessos à justiça por meio outras lógicas, a exemplo do conhecimento da mediação interdisciplinar fará a diferença num futuro em médio e longo prazo.

Educar para mediar insere-se na célebre afirmativa do Professor Goffredo Telles Júnior: o sonho é o caminho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Águida Arruda. *Mediação Familiar Interdisciplinar*. São Paulo: Editora Atlas, 2015

BARBOSA, Águida Arruda. *Formação do Mediador Familiar Interdisciplinar in Anais do Congresso: Família. Entre o Público e o Privado*. Coordenação Rodrigo da Cunha Pereira. Porto Alegre: LexMagister/IBDFAM.

GUSDORF, Georges. *La Parole*. Paris: PUF, 1952

MOURRET, Jacqueline. *Médiation. Une Culture de la Paix*. Paris: Éditions Erès, 1.995

SIX, Jean-François. *Dinâmica da Mediação*. Tradução de Águida Arruda Barbosa e outras. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2001
www.denorte2.educacao.sp.gov.br acesso em 19/02/2016

Mediação e Conciliação

Revista
Científica
Virtual

LEIA EDIÇÕES
ANTERIORES EM:

WWW.ESAOABSP.EDU.BR

ACRASIA- AGIR CONTRA SI E A MEDIAÇÃO

CÉLIA REGINA ZAPPAROLLI



ADVOGADA DESDE 1990, MEDIADORA DESDE 1997, COM FORMAÇÃO NACIONAL E INTERNACIONAL DA TEMÁTICA. DOCENTE E CONSULTORA PARA MEDIAÇÃO. COORDENADORA TÉCNICO-METODOLÓGICA E DESIGN DE GESTÃO DE CONFLITOS NOS PROJETOS: AASP CURSOS E CÂMARA DE MEDIAÇÃO (2011- ATUAL); ÍNTEGRA GÊNERO E FAMÍLIA- RIMI/VARAS CRIMINAIS/VIOLÊNCIA DE SANTANA (2001- ATUAL), MEDIAÇÃO NO PROGRAMA SERRA DO MAR- GOVERNO DO ESTADO DE SP/BID (2010/2011, 2013-2015), MEDIAÇÃO EM POLÍTICAS DE JUSTIÇA E SEGURANÇA INTEGRAL- MJ/PNUD/SENASP/SRJ/SNJ/ TJDF (2006- 2008). AUTORA DE ARTIGOS E LIVROS NA TEMÁTICA.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	47
1. ACRASIA.....	47
2. INSTRUMENTOS PARA A SUPERAÇÃO DA ACRASIA, SEGUNDO ELSTER	49
3. A MEDIAÇÃO COMO FERRAMENTA À SUPERAÇÃO DA ACRASIA.....	51
4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	53

PALAVRAS-CHAVE: Mediação- Acrasia- Akrasia- Agir Contra Si- Manifestação de Vontade- Gênero- Mediação Criminal- Conciliação-Violência

INTRODUÇÃO

O tema Acrasia foi introduzido em meus estudos em 2012, através de pesquisa que viabilizou o contato com as palestras proferidas no Collège de France, a respeito do “Agir Contre Soi- La Faiblesse de Volonté”, por Jon Elster (2006), cientista político, norueguês, publicadas em 2007, por Odile Jacob, em Paris¹.

O livro dá seguimento à aula inaugural “Razão e Razões” e traz implicitamente um programa de investigações úteis à filosofia analítica, microeconomia e psicologia para

entender o comportamento individual e coletivo e, para mim, viabilizou a reflexão do tema acrasia nos contextos de autocomposição, em especial a mediação.

Elster NÃO trata da acrasia especificamente aos meios não adjudicatórios ou adequados de gestão de conflitos e disputas, mas ao deparar-me com o assunto entendi a sua pertinência e relevância para a seara da autocomposição.

1. ACRASIA

Acrasia ou Akrasia, segundo Elster, J. (2006): Faiblesse de Volonté, consiste no agir do sujeito contra seu próprio e melhor julgamento, pela falta de forças, por impotência para se governar, intemperança ou falta de autocontenção.

Segundo Elster, o agente tem razões para fazer “a”; o agente tem razões para praticar “b”; as razões para praticar “a” são mais fortes do que aquelas relativas a “b”, mas o agente decide e pratica “b”, sua pior opção, segundo seus

próprios motivos.

Para exemplificar trago a situação real de Jussara, nome fictício, que entende que o casamento já terminou, que Pedro é um marido que não a respeita, tem outras mulheres, também não respeita os filhos, é violento e, é sustentado por ela. E, mesmo assim, de posse de uma medida protetiva de afastamento do cônjuge do lar, toma a decisão de manter a relação e desistir dos processos. Para ela, Pedro é um mau pai e um mau marido, um peso econômico, mas ela se decide

¹ Elster, J. (2007). *Agir Contre Soi- La Faiblesse de Volonté*. Paris: Odile Jacob

pela reconciliação. Um clássico da acrasia.

Registra-se que problema da “fraqueza da vontade” vai além do conflito entre os interesses do agente e outros sujeitos. Vai além do desequilíbrio de poderes, em muitas hipóteses presente simultaneamente também ou não.

Em outra modalidade, a acrasia decorre da influência do tempo: o agente tem razões para praticar “a”; o agente tem razões para fazer “b”; as razões para praticar “a” são mais fortes que aquelas relativas a “b”, **mas, no momento da ação**, apesar de sua decisão por “a”, o agente pratica “b”, também sua pior opção, segundo sua própria análise.

Exemplo são os acordos na véspera de Natal nos mutirões de fim de ano. Muitos entrevistados reconhecem que o acordo não foi a melhor decisão pela perda sofrida, mas são compelidos pelo momento da proximidade das festividades, da necessidade do dinheiro e o contexto ao pacto. O tempo e o momento são impulsionadores em acrasia.

A vontade, segundo Elster, é uma faculdade, suscetível de uma fraqueza ou uma fortaleza, como a inteligência e o poder da ação física.

Portanto, não se trata de incapacidade do agente; nem

vício de manifestação de vontade; erro de fato, de direito; tampouco conflito intrapsíquico ou dúvida íntima. E para melhor entender essa hipótese de Jussara, trazemos o caso concreto de Maria. Maria perdoa José pela agressão física que a colocou na UTI, acreditando que quando José não bebe, é um bom pai e um bom marido, estando certa de que essa é a melhor decisão pelo fato dele não beber há três meses. Na primeira hipótese o contexto é de acrasia, na segunda de erro de fato, ilusão, desconhecimento. Fato é que Maria está certa de que decidiu pelo melhor e Jussara não.

Donald Davidson, citado e criticado por Elster, trata do tema da acrasia como irracionalidade, ausência de sincronia entre decisão e ação, com o que não concordo, na medida em que o sujeito na acrasia tem clareza das alternativas, seus efeitos e, mesmo assim, decide contra sua melhor opção. Jussara tem conhecimento e expresa ser Pedro um mau marido e um mau pai e, mesmo assim, o perdoa.

Assim, não serão dados de realidade, nem um simples teste de realidade, tampouco apenas a observância dos requisitos legais durante os espaços de gestão de conflitos,

demandas, problemas e disputas que terão o condão de superar a Acrasia. O agente é capaz, livre, tem informações suficientes, dimensiona o alcance das alternativas, mas, ao decidir, perpetra ato contra o seu melhor julgamento.

Quando tratamos da acrasia na mediação devemos entendê-la como um fato em muitos dos contextos trabalhados e indagar que instrumentos estão disponíveis para tentarmos superá-la. Ao identificar a acrasia no caso concreto de Jussara, o que deveria fazer o mediador, considerando que ela e Pedro já estavam reconciliados, descumprindo medida protetiva e que Jussara tinha consciência do potencial

violento de Pedro e da disfuncionalidade da relação? Como deveria agir o mediador, ao receber Jussara e Pedro em mediação, sabendo que ambos já estavam morando juntos e que não haveria, a curto prazo, qualquer espaço para mudança dessa situação? Como deveria trabalhar para não acirrar o conflito e não deixar que os mediados expusessem-se ou à prole a riscos? Como proporcionar meios às “mudanças de primeira ordem” da Teoria Geral dos Sistemas³, de natureza contensiva; e; para as “mudanças de segunda ordem”, transformativas?

2. INSTRUMENTOS PARA A SUPERAÇÃO A ACRASIA, SEGUNDO ELSTER

Para Elster, há quatro maneiras de enfrentamento ou resposta à fraqueza de vontade: a) respostas individuais, sem suporte institucional; b) respostas individuais, assistidas por uma instituição; c) respostas institucionais, endereçadas aos indivíduos; d) respostas institucionais, endereçadas à coletividade, como as normas.

Segundo Elster a sociedade e o Estado devem observar

estratégias para fins de superação da Acrasia. Para ele, a resposta estatal por excelência é a Lei: penal, civil, trabalhista, constitucional etc, que, em seu limite, em vez de gerar reflexão, ao enrijecer, pode burocratizar, levar a paternalismos, ao intervencionismo, à infantilização, entre outros aspectos.

Uma hipótese de resposta estatal voltada à coletividade por meio da normatização é a

² Bertalanffy, L.V. (1972). *Teoria Geral dos Sistemas*. Petrópolis: Vozes

fixação de condição ou tempo legal mínimo para propositura de ações judiciais, como a de um ano, mínimo, de vigência do casamento que a Lei do Divórcio previa como condição para a separação, a gerar as “devidas” e “naturais” adaptações, antes de sua extinção. Assim também o prazo de 2 anos da separação de fato e de 1 ano da homologação da separação judicial para a ação de divórcio. Normas essas hoje revogadas.

Outra hipótese de intervenção, por delegação Estatal, à superação da Acrasia, é normatização quanto a autorização escrita para extração de órgãos e/ou realização de cirurgias, que poderia ser verbal, mas por protocolos e normas do CFM– Conselho Federal de Medicina, deve ser escrita, possibilitando ao paciente e a sua família, na concretude do ato da redação e da leitura do termo, a reflexão acerca do procedimento a ser praticado.

Ainda, nas ambiências de violências intrafamiliares, os fatores como transições psicossociais, luto, vínculos afetivos, vícios, patologias e seus efeitos trazem situações imponderáveis, de pouca racionalidade. Assim, o Supremo Tribunal Federal (STF), em posicionamento sobre a temática, na ações judiciais proces-

sadas sob a Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), decidiu pela impossibilidade da renúncia à representação criminal pela mulher e que sofreu violência física ou, ameaça após a denúncia criminal, reduzindo as hipóteses de composição e transação criminal nos crimes sob a tutela dessa Lei. Considerando o caráter normativo das decisões do Supremo Tribunal Federal, ela também pode ser classificada entre as respostas estatais de caráter coletivo, citadas por Elster, ao enfrentamento à acrasia ou “fraqueza de vontade”.

Embora seja uma louvável preocupação do STF, entendemos que a medida leva ao direcionamento de conduta e não à solução da acrasia, sendo absolutamente ineficaz, dissonante com a realidade da vida, como no caso de Jussara, acabando por não viabilizar aos agressores e às vítimas a mínima reflexão quanto a sua situação e o seus atos.

Em dados contextos, as medidas institucionais e dispositivos políticos de autolimitação contra a *acrasia* são imprescindíveis, mas em outros podem levar ao agravamento do problema central, ao empobrecimento reflexivo, privar instrumentos de transformação e, ainda, gerar efeitos colaterais. Foi, por exem-

plo, a hipótese da “Lei Seca” americana que, não conseguiu breçar a ingestão de álcool e, ainda, fomentou o crime orga-

3. A MEDIAÇÃO COMO FERRAMENTA SUPERAÇÃO DA ACRASIA

No caso de Jussara, a reconciliação trazida como um fato consumado, mesmo que não haja a possibilidade da renúncia à representação criminal, configura um perdão que coloca os envolvidos Jussara e Pedro em risco potencial. Portanto a limitação normativa, além de inócua à reconciliação, não serve para a contenção, muito menos para a transformação do padrão relacional disfuncional e violento.

As medidas estatais, institucionais e dispositivos políticos de autolimitação contra a acrasia, como indica Elster, podem gerar efeitos paternalistas do Estado ou o autopaternalismo coletivo. Essas medidas não superam o problema da acrasia em si, não trabalham na esfera decisória, mas sim, direcionam, apenas balizam a expressão da decisão do sujeito.

A vivência profissional diária, no atendimento a 300 famílias/ano no Projeto Íntegra³, há 19 anos, em mediação em

situações de violências e crimes, demonstra serem muito menos eficazes tais direcionamentos e autolimitações estatais que o uso de instrumentos autocompositivos que, mesmo por meio renúncias, composições e transações, gerem tratamento, proteção, contenção e transformação por meio da reflexão, de modo aos envolvidos identificarem o que sejam as violências, seus gatilhos, as armadilhas da acrasia e seus efeitos, de maneira a proporcionar o redimensionamento de poderes, num olhar construtivista como o da mediação.

Para isso não bastam as sessões tradicionais de mediação. É necessária a construção de metodologia específica pensada e desenhada para o contexto, sempre encadeados e em complementariedade a ação estatal eficaz, em respostas céleres e com justeza.

Na experiência do Projeto Íntegra também há outras **ações institucionais, endereçadas aos indivíduos**, para que, se os sujeitos vierem a

³ Projeto Íntegra: Zapparoli, C.R.. (2013) "Mediação de Conflitos de gênero e família, em contextos de violências e crimes processados pelas Leis n. 11.340/2006 e 9.099/1995. A Experiência desenvolvida no Projeto Íntegra de 2001 a 2011". Silva, L.A.M. G. da (org); Mediação de Conflitos. São Paulo: Atlas. E Prêmio Innovare: <http://www.premioinnovare.com.br/praticas/projeto-integra-mediacao-em-crimes-de-genero-e-familia-leis-113402006-e-90991995-1782/-113402006-e-90991995-1782/>

tomar decisões contra seu melhor julgamento, tenham possibilidade de sua reversão, calibração e minoração dos efeitos dessas decisões. São elas: a) observância de pactos provisórios; b) espaços de redimensionamento de pactos provisórios⁴; c) monitoramento da eficiência dos pactos em vigor; d) monitoramento dos encaminhamentos à rede pública⁵, todos antes da homologação e extinção definitiva dos processos, para que se garanta a melhor e eficaz decisão homologada.

O mediador deve utilizar de estratégias para viabilizar proteção, contenção e transformação, para que os sujeitos cheguem à respostas individuais em que a expressão de sua vontade não esteja contaminada ou venha contra o seu próprio julgamento, indo além do conceito do acordo para terminar processos.

Quanto a intencionada desistência dos processos por Jussara, ao formular questões reflexivas, os mediadores viabilizaram alternativas, entre as quais a escolhida pelas partes da suspensão e não a sua extinção definitiva, como inicialmente solicitado por Jussara. Também trabalharam os mediadores no sentido de todo e qualquer pacto ser provisório, com monitoramento por 6 me-

ses.

A mediação e o encadeamento das ações institucionais geram respostas individuais para que os sujeitos não decidam contra seu melhor julgamento, não se submetam às pressões externas, nem lhes falte repertório ou “força” para decidir.

Assim, medidas de preparação, como o mapeamento da situação concreta e a imersão na temática central se fazem imprescindíveis, antes da atuação em mediação propriamente dita. Como referência, são trazidas as estratégias observadas no Projeto Íntegra de mediação em contextos de crimes de gênero e família, que não se limitam à sessão de mediação, havendo todo um preparo metodológico e dos mediandos até o seu advento. São elas: a) interdisciplinaridade no processo de mediação; b) espaços de terapia breve⁶ no projeto, voltados à mediação a proporcionar acolhimento, suporte e reflexão encadeados com o processo de mediação; c) encaminhamentos monitorados para a rede, o tratamento de saúde e por vícios (a drogas, jogo etc); d) o envolvimento da rede familiar, comunitária e social; e) outros encaminhamentos monitorados à rede que proporcionem autonomia do sujeito, da famí-

⁴ *Pactos Provisórios: pactos globais ou fragmentários não definitivos, utilizados para experimentação pelos mediandos, com vistas à identificação, na concretude, de sua viabilidade antes da homologação do acordo final. Também utilizado quando o mediador tem por hipótese contextos de decisões em acrasia.*

⁵ *Rede: As redes são a somatória de todas as relações que cada sujeito estabelece e percebe como significativas. Rede diz respeito ao nicho interrelacional e contribui para o reconhecimento do sujeito e sua autoimagem. Possibilita a capacidade de adaptação e superação em situações de crise. Há diversas definições de rede, como a de Franco e . Durante as transições psicossociais, as redes sociais e pessoais são reduzidas. Acontece uma sobrecarga na pequena rede remanescente (Zapparolli, C. R., Vicente, R.G., Biasoto L.G. A. P., Freitas Jr, A.R., Souza, R.M. - 2008). E essa descompensação, que pode ser decorrente de conflitos interpessoais e intrapsíquicos, costuma deflagrar outros e novos conflitos intrapsíquicos e interpessoais, num círculo vicioso que tende a gerar precipitações e equívocos nas decisões. A mediação pensados os mediandos em seu contexto, trabalha-os considerando as redes existentes e a possibilidade de sua ampliação para suporte.- Zapparolli, C. R.*

lia e inclusão social e; f) espaços e grupos reflexivos temáticos sobre violência, gênero, parentalidade, conjugalidade e vícios.

No caso concreto de Jusara e Pedro, a reconciliação foi trazida como um fato consumado, potencializando o convívio o risco às partes. A atuação dos mediadores no caso concreto citado veio como uma **resposta institucional** referida por Elster, que

não maculou, nem impediu a intenção dos mediandos à sua reconciliação, mas proporcionou espaços à reflexão para futuras mudanças de segunda ordem, através de pactos provisórios de conduta comum e participação em psicoterapia breve de casal.

Essas são algumas reflexões pontuais sobre a acrasia e a mediação, parte de um estudo mais amplo que tenho desenvolvido sobre a temática.

⁶ *Psicoterapia Breve: Intervenção psicoterapêutica focal, com objetivos delimitados e tempo pré-definido. Permite que o psicoterapeuta lance mão de diferentes recursos, adaptados às necessidades de cada paciente, casal ou grupo familiar. Prioriza as necessidades presentes, dando maior importância para a experiência, a relação do "aqui-e-agora", com vistas a um futuro possível. Origem na Psicanálise, na década de 1930, na discussão da aplicação da teoria e técnica, em dissidência a Freud. Vide Referências Bibliográficas: Gillieron. Outros: Fiorini; Santeiro e Oliveira e; também, Melanie Klein e Winnicott.*

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERTALANFFY, L.V. (1972). *Teoria Geral dos Sistemas*. Petrópolis: Vozes

ELSTER, J. (2007). *Agir Contre Soi-La Faiblesse de Volonté*. Paris: Odile Jacob

GILLIÈRON, E. (1983). *As Psicoterapias Breves*. (V. Ribeiro, Tradução) Rio de Janeiro: Jorge Zahar

ZAPPAROLLI, C.R., KRAHENBUHL, M.C. (2012). *Negociação, mediação, conciliação, facilitação assistida, prevenção, gestão de crise nos sistemas e suas técnicas*. São Paulo: LTR

O MEDIADOR, SUA ÉTICA, O MARCO LEGAL DA MEDIAÇÃO E O NOVO CPC: COMENTÁRIOS INICIAIS



ADOLFO BRAGA NETO

Advogado, Sócio da Oliveira Marques Advogados Associados, Mediador, Presidente do Conselho de Administração do IMAB-Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil, Consultor dos Ministérios da Justiça de Angola e Cabo Verde

PALAVRAS-CHAVE – Mediação – Mediador – Normas Éticas – Conduta Ideal
– Regras a serem observadas

Com base na Lei 13.140/15, mais conhecida como o Marco Legal da Mediação, pode-se afirmar que o mediador é um terceiro imparcial, independente, capacitado e sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelos participantes do procedimento, os auxilia no diálogo com vistas a construir soluções consensuais e satisfatórias para a controvérsia. Ele possui, portanto, a função de ajuda-los nas decisões relativas aos conflitos por eles enfrentados, e dele se exige uma série de condutas que primam por garantir os valores inerente ao método.

Convêm enfatizar que o próprio conceito da mediação apresentada pela referida Lei traz em seu bojo elementos éticos que apontam para a conduta ideal do mediador. Importante notar que o texto legal acima mencionado e a Lei 13.105 que trata do Novo Código de Processo Civil não se preocuparam em criar um código de ética para o mediador, dedicaram-se sim em seções específicas em ambos os conteúdos a indicar a maneira que os mediadores deverão agir diante de situações específicas norteados pelos princípios em que a atividade está embasada. Na verdade determinam que uma postura

do mediador deverá ser inatacável, sob pena de ser excluído do cadastro de mediadores como previsto nesta última em seu art 173, quando praticar atos desconformes aos parâmetros acima com dolo ou culpa na condução, violar qualquer dos deveres decorrentes dos princípios previstos no art. 166, §§ 1o e 2o; atuar em procedimento apesar de impedido ou suspeito, devendo ser sempre apurado em procedimento administrativo ou ser excluído pelo Juiz do processo ou o juiz coordenador do centro de conciliação e mediação.

O presente artigo pretende oferecer breves comentários sobre a postura que o mediador deve ter diante do exercício de sua função a partir da leitura de ambos os textos legais face as previsões incluídas nos códigos de ética já existentes no País e no exterior, sem esquecer da prática já em curso no Brasil. A intenção das observações a serem apresentadas é esclarecer aspectos relevantes que devem embasar os termos mencionados em ambos os textos legais que simplesmente mencionaram palavras, cujo conteúdo deve ser interpretado com amplitude.

Interessante notar que foi uma opção adotada por ambos os textos, contrariando a

tendência existente antes do advento das respectivas leis, que acenava com a prática da criação de códigos de ética para a função de mediar, numa tentativa de bem delinear a conduta ideal para o mediador. Desta forma há que se lembrar o Código de Ética para Mediadores, pioneiro no País, do CONIMA - Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem, elaborado em 1997 e o FONAME - Fórum Nacional de Mediação elaborado em 2007. Além das entidades nacionais vale destacar os de outras instituições como ACR Association for Conflict Resolution (www.acresolution.org), ABA American Bar Association - Section of Dispute Resolution - South America Subcommittee (www.abanet.org), Associação de Mediadores de Conflitos de Portugal(mediadoresdeconflitos.pt) ou a Comunidade Europeia que elaborou o Código Europeu de Conduta para Mediadores¹.

Ao fazer esta opção ambos os textos apontam princípios em que a mediação deve se pautar. Notam-se princípios comuns a ambas a saber: imparcialidade do mediador, autonomia da vontade das partes, oralidade, informalidade e confidencialidade. E a Lei 13140/15 acrescenta isola-

damente: isonomia entre as partes, busca do consenso e boa fé, que não se encontra na Lei 13.105, que por seu turno, agrega a independência do mediador e a decisão informada. Antes do advento das leis acima mencionadas a doutrina nacional, a partir da prática existente no País têm demonstrando por intermédio de pesquisas, estudos, artigos e livros os elementos de conduta ideal para o mediador, partindo sempre ser um terceiro imparcial e independente. Com base nos aspectos acima citados, importante seria resgatar os conceitos por eles oferecidos.

Nesse sentido, vale lembrar SAMPAIO E BRAGA NETO 2007², que enfatizam que o mediador desempenha inúmeros papéis na mediação, dentre eles, destacam-se:

- *Acolher os participantes e seus advogados ao longo do procedimento;*
- *Prestar os esclarecimentos sobre a mediação de forma clara, objetiva e correta a respeito dos procedimentos e objetivos da mediação;*
- *Administrar a participação de todos os envolvidos, assegurando o bom andamento dos trabalhos, a manutenção da ordem, o respeito à integridade física e emocional, a*

¹ CONIMA www.conima.org.br; FONAME www.foname.org.br; ACR www.acresolution.org; ABA www.abanet.org; ACM www.mediadores-deconflitos.pt

² Sampaio, Lia Regina Castaldi e Braga Neto, Adolfo. O QUE É MEDIAÇÃO DE CONFLITOS. Coleção Primeiro Passos Editora Brasiliense São Paulo 2007 pag 105

livre expressão e outras afins;

- *Ser o guardião do procedimento;*

- *Facilitador a comunicação;*

- *Promover a reflexão sobre o futuro a partir do presente tendo respeito para com o passado;*

- *Acompanhar mudanças;*
- *Fortalecer os participantes;*³

- *Refletir sobre reconhecimentos mútuos, e*

- *Atribuir a decisão aos protagonistas.*

A habilidade do mediador em utilizar técnicas que promovam o desenvolvimento ou a manifestação de criatividade dos participantes, é de grande importância para o bom andamento do processo, porque as pessoas envolvidas, geralmente, encontram-se submetidas a fatores emocionais que contribuem para cercear o nascimento de opções. O mediador também deverá possuir o bom senso; competência inter-pessoal; competência técnica; equidistância; experiência; habilidade para auxiliá-los.

Do mediador exige-se conhecimento e treinamento específico de técnicas próprias segundo SUARES 2001, devendo qualificar-se e aperfeiçoar-se, melhorando continuamente suas atitudes e suas

habilidades profissionais. Ao mesmo tempo ele deve preservar a ética e a credibilidade do instituto da Mediação por meio de sua conduta. São seus deveres, que se constituem em valores pessoais, portanto internos a serem irrenunciáveis e nunca negociáveis a saber:

Imparcialidade - deve ser entendida pela inexistência de qualquer conflito de interesses ou relacionamento capaz de afetar o processo de mediação, devendo compreender a realidade dos mediados, sem que nenhum paradigma, preconceito ou valores pessoais venham a interferir em sua intervenção.

Independência – deve ser compreendida no sentido de salvaguardar as partes de qualquer informação que possa levá-los a desconfiar de sua conduta face ao processo, devendo manter esta atitude ao longo do mesmo.

Competência - quer dizer capacidade para efetivamente mediar o conflito, devendo aceitar a investidura de mediá-lo, quando efetivamente possuir os requisitos mínimos e as qualificações necessárias para coordenar o processo.

Confidencialidade - significa que os fatos, situações, documentos, informações e propostas, expostas durante a Mediação, guardem o neces-

³ SUARES, Marinés. *Mediación. Conducción de disputas, Comunicación y Técnicas. 2ª edición. Buenos Aires, Argentina: Editora Paidós, 2001 pag 135*

sário sigilo e exigir daqueles que participaram do processo, obrigatoriamente, mantê-lo sobre todo conteúdo a ele referente, não podendo ser chamados para eventual testemunha em situações ou processos futuros, respeitando o princípio da autonomia da vontade das partes, nos termos por elas convencionados, desde que não contrarie a ordem pública.

Diligência – compreende-se referir ao cuidado e a prudência na observância da regularidade, assegurando a qualidade do processo e cuidando ativamente de todos os seus princípios fundamentais.

Em resumo o mediador deve ser imparcial, no sentido de evitar qualquer privilégio a uma das partes em detrimento da outra durante todo o processo; independente, entendendo-se não estar vinculado a qualquer das partes envolvidas no conflito antes e durante o processo; competente, no sentido de conhecer profundamente o processo de mediação para bem coordená-lo e com isso saber os parâmetros ditados pelas partes para auxiliá-los a decidir; diligente, pressupondo-se que não poupará esforços para proceder da melhor maneira possível quanto à investigação dos fatos relacionados à controvérsia, e confidente, guardando

toda e qualquer informação, trazida, oferecida ou produzida no processo para com ambas as partes.

Com relação a este último item a confidencialidade há que se chamar a atenção para o disposto nos artigos 30 e 31 em uma seção dedicada exclusivamente a este tema na Lei 13.140/15, pois a opção do legislador foi proporcionar à mediação em qualquer contexto um ambiente seguro para revelação de informações importantes ao diálogo, podendo somente ser mitigado a partir do princípio da autonomia dos participantes ou quando a legislação assim o disser. Em outras palavras qualquer informação trazida à mediação será confidencial em relação a terceiros, vedada a sua utilização em processos de resolução de conflitos posteriores à mediação. Esta regra vale para os participantes da mediação, seus prepostos, advogados, assessores técnicos e outras pessoas que tenham participado direta ou indiretamente do procedimento. E inclui declarações, opiniões, reconhecimento de fatos dos participantes ou eventual manifestação de eventual aceite de propostas e documentos produzidos para o procedimento. O mesmo tratamento de sigilo é dado para as informações oferecidas em

reuniões individuais, podendo só ser revelado com autorização de quem a revelou. A regra de confidencialidade não afasta o dever dos acima citados prestarem informações a administração tributária.

E com base em ambos textos legais ora em comento há que se agregar:

Isonomia entre as partes – entende-se tratamento igualitários a todos os participantes do processo no sentido de além da equidistância do mediador para com todos o devido respeito com relação as atitudes para com eles também de maneira semelhante na medida do possível.

Busca do consenso - compreendida no sentido do consenso com relação ao processo dialógico escolhido, primando pela possibilidade do convívio das diferenças com o devido respeito a elas.

Boa fé – significa atenção com relação as intenções apresentadas pelos participantes que devem ser com lisura, honestidade e lealdade entre todos.

Decisão informada – compreendida como o dever do mediador de estimular os participantes do procedimento a buscarem informações quanto a seus direitos e claro a conscientização do contexto em que estão inseridos.

Com conhecimento aprofundado sobre a comunicação humana e técnicas específicas da área, o mediador deve promover a facilitação de diálogos em situações que envolvem conflitos - SIX 2001⁴. Sua competência resulta do seu domínio sobre os temas acima citados, aliados à condução do processo. Ele deverá estar permanentemente atento nos vários tipos comunicação que se estabelecem entre os mediados. Deverá observar a comunicação verbal, para-verbal e não-verbal existente, as narrativas que auxiliam a identificar e buscar interesses comuns, divergentes e convergentes, ao desequilíbrio de qualquer natureza entre os participantes do processo. Por outro lado, não poderá oferecer seus conhecimentos de profissão de origem para assessorar as partes em suas decisões, e não sugerir ou aconselhar quanto a decisões a serem tomadas.

Imprescindível promover durante a inter-relação momentânea entre mediador e participantes o reconhecimento da existência provisória de uma equipe em colaboração, que busca auxiliá-los a focarem nas suas motivações, a articularem a possibilidade de atender um ao outro nas suas respectivas necessidades, e

⁴SIX, Jean-François. *Dinâmica da mediação*. Belo Horizonte, MG: Livraria Del Rey Editora Ltda, 2001 pag 67

a legitimarem sua capacidade de solucionar pacificamente as próprias questões, beneficiando-se mutuamente. Ao mesmo tempo, como ressalta BUSH e FOLGER 2005⁵, ele, também deve ser capaz de acompanhar mudanças na dinâmica do relacionamento conflituoso, estimulando o empoderamento dos participantes. Para isso os participantes devem reconhecer nele a competência e a autoridade para atuar no processo, no qual influirá por meio de suas funções e pelo exercício de determinados papéis. Para tanto, ele desenvolverá a confiança com os mesmos, que na verdade, constitui-se elemento fundamental para o próprio funcionamento do processo.

Ademais, o Novo CPC estabelece no seu art 170 que no caso de impedimento, o conciliador ou mediador comunicará imediatamente, de preferência por meio eletrônico, e devolverá os autos ao juiz do processo ou ao coordenador do centro judiciário de solução de conflitos, devendo este realizar nova distribuição. E seu parágrafo único acrescenta que se a causa de impedimento for apurada quando já iniciado o procedimento, a atividade será interrompida, lavrando-se ata com relatório do ocorrido e solicitação de distribuição

para novo conciliador ou mediador. Cabe ressaltar também que o Art. 172 determina que o mediador fica impedido, pelo prazo de 1 (um) ano, contado do término da última audiência de mediação, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes.

O legislador no caso da Lei 13140/15 optou, ainda, por estabelecer o dever de revelar do mediador qualquer tipo de conflito de interesse que o impeça de atuar naquela qualidade, sendo taxativo ao determinar este dever ao percebe qualquer tipo de fato ou circunstância que leve a eventual dúvida de sua imparcialidade, reforçando o disposto no art 170 do Novo CPC. Cabe enfatizar que se agrega à mediação um dever ético comumente atribuído ao árbitro e ao juiz, posto ao ser designado ou escolhido, devem verificar eventuais conflitos de interesse que levem a eventuais dúvidas sobre sua atuação na qualidade de terceiro imparcial e independente.

Ainda com relação a Lei 13140/15, ao mediador no âmbito extra e judicial, é vedada a possibilidade de prestar qualquer tipo de serviço, quer seja na qualidade de assessor, representante ou patrocinador de qualquer das partes, durante um ano após finda última

⁵FOLGER, Joseph P.; BUSH, Robert A. Baruch. "The Promise of Mediation. Nova Iorque, EUA. Josey Bass, 2005 pag. 91

reunião do procedimento de mediação. E também é vedado a ele, conforme o art 6º. a possibilidade de atuar como árbitro em conflito em que já atuou como mediador, preceito respaldado pela doutrina nacional que também direciona no mesmo sentido de impedimento de ser testemunha em processos posteriores, conforme art 7º do texto legal ora em foco.

Já o art 10º da lei mencionada no parágrafo anterior faculta aos participantes a possibilidade de estar acompanhados de advogados ou defensores públicos, o que na verdade reforça a autonomia da vontade dos participantes do procedimento que não estariam sujeitos a eventuais orientações ou inclinações de seus representantes legais. Mas, o parágrafo único determina, claramente, se uma das partes estiver acompanhada de um deles deverá o mediador parar o procedimento e requerer que a outra parte esteja devidamente acompanhada. Um dever ético agregado pela lei ao mediador: o de ver de cessar o processo para que todos estejam representados.

Nos três artigos seguintes do mesmo texto legal, o legislador se dedicou a traçar os parâmetros para o mediador judicial que poderá ser qualquer profissional com nível su-

perior, graduado em Faculdade reconhecida pelo Ministério da Educação com no mínimo 2 anos de graduação e devidamente capacitado por escola de formação em mediação reconhecida pela ENFAM – Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, observadas as regras do CNJ – Conselho Nacional de Justiça em conjunto com e Ministério da Justiça. A propósito deste tema, importante lembrar que os eixos da capacitação no âmbito extrajudicial são observados também no âmbito judicial, muito embora em uma proporção talvez menor, conforme a Resolução 125/10 e sua emenda de 2013.

Como a mediação aporta novos paradigmas na resolução de conflitos. O eixo de atuação e referência do mediador a partir de sua postura ética, portanto, está estruturado em uma perspectiva responsável a intervir em realidades distintas confundidas pela limitação de suas visões pessoais trazidas pelo conflito. Esta atuação centraliza-se em princípios diferentes daqueles que a sociedade está habituada em seu cotidiano e se obtêm com o nascimento da cooperação baseada na conscientização de que o conflito é inerente a toda e qualquer inter-relação e deverá ser enfrentado. Por isso, o

profissional que irá atuar nesta atividade deverá buscar sua capacitação independente de eventual do disposto da Lei 13.140 que dispensa capacitação no âmbito extrajudicial. Esta capacitação propiciará, a partir das premissas fundamentais acima, romper com a lógica binária do ganhar para não perder, do certo ou errado, do culpado ou inocente, ou mesmo das concessões mútuas. E com isso alcançar o reenquadramento da inter-relação entre os mediados para permitir uma gestão do conflito mais pacífica e posteriormente todos ganharem com a sua resolução ou transformação, por meio do método empregado.

A capacitação em mediação, além de oferecer os aspectos citados no parágrafo anterior, deve conter um estudo mais aprofundado do conflito e todas as suas diversas manifestações. Como ele nasce e reflete da interação entre as pessoas a partir da auto-observação que limita e muito o campo de visão das pessoas e suas diversas interações na sociedade. Passa também por um aprendizado que deve percorrer passo a passo o procedimento como um todo para que os novos conceitos trazidos sejam incorporados de maneira lenta e gradual. Passa por um aprendizado que privile-

gia a prática de forma gradual e permita incorporar todas as técnicas da mediação, as quais se constituem ferramentas de trabalho fundamentais para o mediador. Passa por estudos relativos a diversos temas que envolve uma inter-relação pessoal, profissional ou comercial. Passa por privilegiar a interdisciplinaridade a qual envolve conhecimentos das diversas áreas de atuação do ser humano, extraindo de todas elas tecnologia a serviço das partes.

O mediador deve passar por um treinamento que promova a escuta, a observação sobre os reflexos do conflito nas pessoas a partir de seu autocentramento e fraqueza, a fim de promover na intervenção do mediador o reconhecimento mútuo e o empoderamento dos participantes. Precisa, também, manter-se imparcial, como dito anteriormente, mesmo em situações que mobilizam muita emoção ou provocam identificação com as partes. Além disso, a não oferta por parte do mediador de conhecimentos profissionais para assessorar as soluções vislumbradas pelos mediados torna indispensável a consulta a outros profissionais em busca de embasamento legal e técnico para as decisões a serem tomadas. A indispen-

sável assessoria legal, pois que nenhuma solução pode ferir o Direito.

Não se pode deixar de notar, muito embora este tema ser objeto do próximo capítulo que a capacitação em mediação deve privilegiar a prática supervisionada, sem o conceito da crítica e da indicação do que é certo ou errado, mas com a noção da pontuação das eventuais dificuldades observadas para o aprimoramento das habilidades peculiares a cada profissional embasada na construção da efetiva criatividade e inovação. Tudo isso em favor dos usuários do procedimento, razão principal da atividade, não se esquecendo dos cuidados que há que existir com o próprio mediador.

Consciente destas premissas e baseados na experiência prática adquirida com mais de 11 anos de atividade na capacitação de mediadores no Brasil, Argentina, Portugal, Angola, Alemanha e Cabo Verde, recomenda-se um programa

que estabeleça 80(oitenta) horas mínimas de aprendizado teórico e posterior aprendizado prático de no mínimo 80(oitenta) horas na vivência de casos reais, sempre acompanhado de um monitoramento pela supervisão dos trabalhos desenvolvidos BRAGA NETO 2013, feed backs após as reuniões de mediações de casos reais, bem como relatórios específicos para uma reflexão acerca daquilo que foi objeto de análise e estudo na reunião de mediação e o estabelecimento de estratégias para as reuniões futuras.

Estudos recentes apontam que o mediador só pode se considerar e ser legitimado pela sociedade como tal, após o mínimo de dois anos de prática constante na coordenação do procedimento, isto é, exercitando a mediação em casos reais. E é este o método que foi adotado nos países citados acima, baseado justamente no dinamismo da prática supervisionada.

⁶ BRAGA NETO, Adolfo. *Mediação de conflitos, conceito e técnicas*. In *Negociação, Mediação e Arbitragem: Curso básico para programas de graduação em Direito*. SALLES, Carlos Alberto; LORENCINI, Marco Aurélio Garcia Lopes; ALVES DA SILVA, Paulo Eduardo (Coords.). São Paulo: Editora Método, 2013 pag 275

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRAGA NETO, Adolfo. *Mediação de conflitos, conceito e técnicas.* In *Negociação, Mediação e Arbitragem: Curso básico para programas de graduação em Direito.* SALLES, Carlos Alberto; LORENCINI, Marco Aurélio Garcia Lopes; ALVES DA SILVA, Paulo Eduardo (Coords.). São Paulo: Editora Método, 2013.

FOLGER, Joseph P.; BUSH, Robert A. Baruch. “ *The Promise of Mediation.* Nova Iorque, EUA. Josey Bass, 2005.

SALES, Lília Maia de Moraes; BRAGA NETO, Adolfo. *Aspectos atuais sobre a mediação e outros métodos extra e judiciais de resolução de conflitos.* Rio de Janeiro: GZ, 2012.

SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGANETO, Adolfo. *O que é mediação de conflitos.* Coleção Primeiros Passos. São Paulo: Editora Brasiliense, 2007.

SIX, Jean-François. *Dinâmica da mediação.* Belo Horizonte, MG: Livraria Del Rey Editora Ltda, 2001.

SUARES, Marinés. *Mediación. Conducción de disputas, Comunicación y Técnicas.* 2ª edição. Buenos Aires, Argentina: Editora Paidós, 2001.

APRIMORE
SEUS CONHECIMENTOS
COM QUEM É
REFERÊNCIA!



PROFISSIONALIZAÇÃO DE CONCILIADORES E MEDIADORES



ÉRICA BARBOSA E SILVA

MESTRE E DOUTORA EM DIREITO PROCESSUAL PELA USP. PROFESSORA CONVIDADA EM CURSOS DE PÓS-GRADUAÇÃO LATO SENSU. PESQUISADORA. AUTORA DE DIVERSOS ARTIGOS E LIVROS JURÍDICOS. MEMBRO DO IBDP (INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PROCESSUAL) E CEAPRO (CENTRO DE ESTUDOS AVANÇADOS DE PROCESSO). CONCILIADORA. OFICIALA DE REGISTRO EM SÃO PAULO - SP.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	67
1. CARACTERÍSTICAS DA PROFISSIONALIZAÇÃO	68
2. FORMAÇÃO	69
3. CREDENCIAMENTO	71
4. CÓDIGO DE CONDUTA	72
5. REMUNERAÇÃO	74
CONCLUSÃO	75
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	77

PALAVRAS-CHAVE: Mediação – Conciliação – Profissionalização – Código de Conduta – Resolução.

INTRODUÇÃO

O incentivo a utilização dos meios consensuais no Sistema de Justiça atual é enorme. Para que tal intento seja proveitoso, conciliadores e mediadores foram designados para exercer a função de auxiliar as partes na resolução do conflito, agindo com imparcialidade e neutralidade, a partir da compreensão interdisciplinar do conflito, aplicando técnicas apuradas de comunicação.

Compete aos conciliadores e mediadores propiciar um ambiente de confiança e empatia, capaz de reduzir as adversidades e possibilitar uma postura colaborativa entre as partes, estimulando o diálogo, com o equilíbrio da participação dos envolvidos e reforço constante na credibilidade dos meios consensuais. Hoje são reconhecidamente auxiliares da Justiça¹.

Os meios consensuais têm sido destacados no Brasil e encontram-se regulamentados por um minissistema² que deve ser aplicado de forma compatibilizada. A Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, instituiu uma

Política Pública para tratamento diferenciado dos conflitos pelo Judiciário, inaugurando o reconhecimento da profissionalização de conciliadores e mediadores.

Recentemente, no âmbito legislativo stricto sensu, promulgados sucessivamente, o Novo Código de Processo Civil – NCPC (Lei nº 13.105/2015) e a Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015), foram verdadeiros marcos regulatórios. São leis complementares, a serem compatibilizadas. Enquanto o NCPC investe muito nos meios consensuais como mecanismo de solução dos conflitos judiciais, a Lei de Mediação regulamenta também a atuação privada. Esse minissistema traz a manifesta importância de conciliadores e mediares, bem como sua inevitável profissionalização.

Para melhor compreender esse fenômeno, cumpre fazer uma breve análise da questão a partir da sociologia das profissões.

¹ Art. 149, NCPC. São auxiliares da Justiça, além de outros cujas atribuições sejam determinadas pelas normas de organização judiciária, o escrivão, o chefe de secretaria, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador, o intérprete, o tradutor, o mediador, o conciliador judicial, o partidor, o distribuidor, o contabilista e o regulador de avarias.

² Cf. Ada Pellegrini Grinover, in *Os métodos consensuais de solução de conflitos no Novo Código de Processo Civil*, disponível em <<http://estadodedireito.com.br/conflitosnovo/>>. Acesso em 30.11.2015.

1. CARACTERÍSTICAS DA PROFISSIONALIZAÇÃO

A profissionalização pode ser definida como o processo pelo qual uma ocupação passa a ser organizada. Trata-se do reconhecimento de uma competência própria e específica, que, pelos benefícios à sociedade, obtém o direito exclusivo de realizar um determinado trabalho, com domínio de expertise, bem como controle das formas de acesso. A profissão distingue-se da ocupação, cujo conceito está mais ligado à realização de atividades produtivas, sem a necessidade de maiores regulamentações, ainda que tenha algum regramento.

De acordo com esta abordagem³, o principal elemento da profissionalização é a necessidade de aprendizado complexo e formal, respaldada por uma associação profissional, que orienta a atividade e faz controle ético das atuações práticas realizadas⁴. Assim, uma ocupação só ascende à profissão se atender tais atributos.

Esse fenômeno passa inclusive pelo reconhecimento social, pois é essa sustentação que legitima a necessidade de um controle. Nesse sentido, a ocupação dispensa qualquer certificação formal,

mas a profissão – por manter um compromisso com o desenvolvimento científico e uma atuação ética – faz disso seus alicerces. Há consolidação desse processo pelos níveis de formação e ainda pela necessidade de credenciamento⁵.

Essa profissionalização está atrelada ao desenvolvimento dos meios consensuais. Conciliadores e mediadores não apontam as melhores saídas jurídicas, como faria um advogado; tampouco decidem, como o juiz; não exploram os conflitos intrapsíquicos, como o psicólogo. Constitui sem dúvida uma nova área de atuação, que requer formação específica, cujas disciplinas versam sobre a tipologia dos conflitos e suas diversas formas de resolução, além da abordagem sobre temas como interdisciplinaridade, teoria de sistemas e pensamento complexo. Devem exercer a função como facilitadores da comunicação, favorecendo a resolução do conflito, pela investigação das suas razões, ampliando os recursos possíveis e servindo de agente de realidade.

Ficou cada vez mais clara a necessidade de controle da função exercida por concilia-

³Trata-se da corrente funcionalista da sociologia das profissões, que, embora pioneira, encontra crítica de outras correntes, mas que se encaixa perfeitamente na análise realizada.

⁴Nesse sentido, Marli Diniz, in *Os donos do saber: profissões e monopólios profissionais*, Rio de Janeiro, Revan, 2001, p. 20.

⁵Cf. Eliot Freidson, in *Renascimento do profissionalismo: teoria, profecia e política*, Tradução de Celso Mauro Paciornik, São Paulo, Edusp, 1988, “Podemos definir a profissionalização como um processo pelo qual uma ocupação organizada, geralmente mas nem sempre por alegar uma competência esotérica especial e cuidar da qualidade de seu trabalho e de seus benefícios para a sociedade, obtém o direito exclusivo de realizar um determinado tipo de trabalho, controlar o treinamento para ele e o acesso a ele e controlar o direito de terminar e avaliar a maneira como o trabalho é realizado. Constitui uma base para organizar empregos e trabalho numa divisão do trabalho inteiramente diferente do princípio administrativo”, p. 98.

dores e mediadores, que devem afastar-se de atuações equivocadas. Nesse sentido, vale frisar que qualquer orientação jurídica às partes deve ser afastada do método, pois esta é a função do advogado. Outrossim, o terceiro neutro não deve sugerir ou tentar convencer a parte a aceitar determinada proposta; deve, ao invés, indagar à parte se determinada proposta seria adequada, para atender seus interesses⁶. Uma abordagem avaliativa, por vezes enfatizada pela doutrina como ligada à

conciliação, também deve ser afastada dos meios consensuais e pode ser comparada a técnica denominada avaliação de terceiro neutro, a ser compreendida como método próprio ainda não regulamentado no ordenamento pátrio.

Acresça-se ainda que ao realizar sua função, conciliadores e mediadores se destacam de qualquer profissão originária e atuam com profissão própria, especificamente relacionada ao tratamento dos conflitos.

2. FORMAÇÃO

A formação de conciliadores e mediadores é tema de suma importância, pois o sucesso da aplicação dos meios consensuais como forma de resolução de conflito, dentro ou fora do Judiciário, depende necessariamente da maneira como esses profissionais atuam. Em 2010, a Resolução nº 125 do CNJ trouxe as bases mínimas da capacitação de conciliadores e mediadores, de forma factível em âmbito nacional, enfatizando conhecimentos práticos e teóricos.

Sobre a teoria, foi realizada divisão em três módulos. O primeiro foi idealizado com 12

(doze) horas-aula e é denominado “*introdução aos meios alternativos de solução de conflitos*”. Já o segundo módulo, com 16 (dezesesseis) horas-aula, foi denominado “*conciliação e suas técnicas*”, versando sobre as técnicas autocompositivas de solução de conflitos com claro enfoque na negociação, apresentando padrões de comportamento ético. Por fim, o terceiro módulo, também com 16 (dezesesseis) horas-aula, denominado “*mediação e suas técnicas*”, versou sobre as técnicas autocompositivas com foco na relação, apresentando as várias escolas da mediação, suas aplicações e uma

⁶Considerando as vertentes facilitativas e avaliativas, comparando conciliação e mediação, Diego Faleck assim declara: “O que os difere é o aspecto histórico: um deles se refere a uma prática forense histórica nacional – conciliação – e o outro – mediação – a uma releitura mais técnica e moderna de uma atividade que tem o mesmo fim e natureza do que a conciliação: a facilitação por um terceiro neutro de uma negociação de partes para resolução de uma disputa, em que este não tem o poder de impor uma decisão para as partes”, in Código de Processo Civil Anotado, Coordenadores José Rogério Cruz e Tucci et al, AASP/SP e OAB/PR, 2015, p. 296.

abordagem multidisciplinar.

Já a idealização da parte prática, destacava a necessidade desses profissionais exercitarem seus conhecimentos, com estágios supervisionados de 12 (doze) e 24 (vinte e quatro) horas, logo após a realização da parte teórica.

Em 2013, porém, houve uma alteração da Resolução n. 125, afastando essa capacitação e remetendo o estabelecimento dos currículos ao Portal da Conciliação do CNJ, fato que, além de certa insegurança, gerou sérias dificuldades para a proliferação dos cursos. Esse novo modelo apresentou como saída a criação do “*instrutor*”, uma figura incumbida de transmitir as técnicas de conciliação e mediação aos inscritos nos cursos, cuja preparação ocorreu de forma centralizada no Distrito Federal, com uma vertente mais quantitativa.

Esse panorama é novamente alterado. Dispõe o NCPC que o CNJ, em conjunto com o Ministério da Justiça, deve definir o parâmetro curricular, mas que a capacitação mínima ficará sob a responsabilidade das entidades credenciadas pelos tribunais, proporcionando maior flexibilidade. Já a Lei de Mediação menciona os requisitos mínimos de capacitação a serem fixados

pelo CNJ (art. 12), mas omite a referência às câmaras privadas de conciliação. As leis são notadamente complementares e a diferença é de mera nomenclatura.

Contudo, a Lei de Mediação apresenta um novo requisito apenas para a atuação do mediador judicial: graduação há pelo menos dois anos em curso de ensino superior (art. 11). Trata-se de uma grande contradição que afronta a filosofia da mediação. Vale lembrar, porém, que a norma é cogente e será válida enquanto não alterada.

Acresça-se ainda que ao reconhecer tal atividade como própria, outras pessoas devem ser afastadas da condução das sessões de conciliação e mediação. É nesse sentido a orientação do Centro de Estudos Avançados de Processo - CEAPRO, ao analisar a aplicação dos artigos 139, V e 166, §1º do NCPC. O respectivo enunciado propaga que

*“O juiz deve estimular a adoção da autocomposição, sendo a ele vedada a condução da sessão consensual por força dos princípios da imparcialidade e confidencialidade”*7.

É preciso que se faça uma escolha, engrandecendo conciliadores e mediadores profissionais, com o afastamento de práticas intuitivas e equivo-

⁷ Cf. <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI219592,71043-Centro+de+Estudos+Avançados+de+Processo+aprova+sete+enunciados+sobre>>. Acessado em 29.11.2015.

cadadas de outrora. Aquele que atua como conciliador ou mediador não pode julgar o conflito, pois fere princípios basilares dos meios consensuais.

A formação é a peça fundamental da profissionalização, pois a percepção do conflito não deve ser restrita a um entendimento meramente bi-

nário, como conflitos objetivos ou subjetivos⁸. A prática revela uma infinidade de configurações e essa é a razão pela qual conciliadores e mediadores devem ter formação específica relacionada aos mais diversos conflitos e aos seus respectivos tratamentos.

3. CREDENCIAMENTO

O art. 8º, §1º da Resolução n. 125 mencionava a necessidade de cadastrar conciliadores e mediadores para a atuação no âmbito judicial, sem aprofundar tal questão.

Agora, o art. 167 do NCPC menciona que “os conciliadores, os mediadores e as câmaras privadas de conciliação e mediação serão inscritos em cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, que manterá registro de profissionais habilitados, com indicação de sua área profissional”. Traz, assim, uma obrigação ao CNJ, no sentido de compor um cadastro nacional e aos tribunais, para realizar cadastros regionais.

O art. 167, § 1º, apresenta como requisito para o cadastro a realização da capacitação por curso realizado por entida-

de credenciada. Certamente os cadastros regionais e nacional deverão ser objetos de maiores regramentos. Já o § 2º do referido artigo, informa que, após o cadastro, o Tribunal remeterá ao diretor do foro da comarca, seção ou subseção judiciária onde atuará o conciliador ou o mediador os dados necessários para que conste em lista a ser observada na distribuição alternada e aleatória das sessões de conciliação e mediação, respeitado o princípio da igualdade pela indicação da área de atuação (direito, psicologia, economia, etc.), quanto especialidade (família, empresarial, bancária, etc.).

O dispositivo dá possibilidade para realização de concurso público, para seleção de conciliadores e mediadores. Com isso, preserva relações existentes em alguns estados, cujos profissionais já foram

⁸ Para aprofundar o tema, v. Érica Barbosa e Silva, in *Conciliação Judicial*, Gazeta Jurídica, Brasília, 2013, p. 179.

efetivados como servidores.

O art. 167, § 5º, traz grande limitação ao desenvolvimento dos meios consensuais, estabelecendo que conciliadores e mediadores judiciais cadastrados, se advogados, estarão impedidos de exercer a advocacia nos juízos em que desempenhem suas funções. O dispositivo parece uma presunção absoluta de aliciamento de clientela, o que é – para dizer o mínimo – um absurdo.

Embora a preocupação do

legislador seja louvável, o dispositivo não é razoável, nem se coaduna com o desenvolvimento dos meios consensuais. A regulamentação da conduta ética e as sanções que podem ser impostas ao terceiro facilitador seriam suficientes para evitar condutas inadequadas. Grandes conciliadores e mediadores vieram da advocacia e a limitação desestimula toda classe, que acaba por ser desprestigiada com a medida.

4. CÓDIGO DE CONDUTA

Os princípios dos meios consensuais, bem como o Código de Ética da atividade foram estruturados pela Resolução nº 125 do CNJ, disposições a serem observadas por conciliadores e mediadores, a fim de garantir sessões consensuais minimamente asseguradas. O art. 5º do Anexo III da referida Resolução já mencionava que conciliadores e mediadores seguiriam as mesmas hipóteses de impedimento e suspeição dos juízes, devendo, quando constatados, prestar as informações necessárias, afastando-se das sessões, com a inequívoca substituição do terceiro facilitador.

Atualmente, o art. 166 do

NCPC repetiu os princípios dessa Resolução e regulamentou, nos arts. 170 e 171, respectivamente, os procedimentos a serem adotados nos casos de impedimento ou impossibilidade temporária. Já a Lei de Mediação trata dos impedimentos no art. 5º.

Conciliadores e mediadores ficam impedidos, pelo prazo de 1 (um) ano, de atuarem como assessorar, representante ou patrocinador de qualquer das partes (art. 172, NCPC). A Lei de Mediação repete o prazo de 1 (um) ano, ceifando maiores controvérsias. A Resolução n. 125 mencionava o prazo de 2 (dois) anos (art. 7º do Anexo III), restando derrogada.

O art. 173 do NCPC dispõe que será excluído do cadastro de conciliadores e mediadores aquele que agir com dolo ou culpa na condução do meio consensual, sob sua responsabilidade; violar qualquer dos deveres decorrentes do art. 166, §§ 1º e 2º ou atuar em procedimento de mediação ou conciliação, apesar de impedido ou suspeito. Não há novidade, mas tal menção ratifica o controle das sessões e da atuação desses profissionais.

O art. 173, § 1º do NCPC menciona que quaisquer dos casos serão apurados em processo administrativo. Já o § 2º do art. 173 dispõe que o juiz do processo ou o juiz coordenador do centro, ao verificar atuação inadequada do mediador ou conciliador, poderá afastá-lo de suas atividades por até 180 (cento e oitenta) dias, por decisão fundamentada, informando o fato imediatamente ao tribunal para instauração do respectivo processo administrativo.

Essas regras de conduta devem ser observadas para o desenvolvimento apropriado dos meios consensuais, favorecendo o engajamento das partes e enaltecendo que conciliadores e mediadores devem informar às partes sobre os princípios deontológicos, as regras de conduta e as etapas

da conciliação. Merece destaque o dever de preservar a autonomia das partes, que devem chegar a uma decisão voluntariamente, sem pressões ou ameaças, até porque não há qualquer obrigação quanto ao resultado. Conciliadores e mediadores não devem forçar as partes ao acordo, impor decisões ou realizar pré-julgamentos.

O regramento ético ratifica que os meios consensuais devem ser entendidos como um procedimento facultativo e voluntário para as partes, que são as verdadeiras protagonistas da resolução do conflito. Cabe ao terceiro facilitador garantir a exequibilidade de eventual acordo firmado, conferindo comprometimento e responsabilidade, suscitando o cumprimento voluntário.

O descumprimento dos princípios e regras de conduta resultará na apuração em procedimento administrativo, podendo gerar a exclusão do conciliador ou mediador do respectivo cadastro. Outrossim, qualquer pessoa que venha a ter conhecimento de uma conduta inadequada por parte desses profissionais poderá representá-los.

O incremento dos meios consensuais, em juízo ou fora dele, depende não apenas destas observações e do controle

da atividade, a ser exercido de forma direta, pelo Judiciário, e indireta, pelos cidadãos, tudo para conter abusos e despau-térios, suspeições e impedi-mentos, conferindo verdadeiro incremento aos meios consen-suais.

Vale destacar que, mesmo com os dispositivos do NCPC e Lei de Mediação, o ane-

xo III da Resolução n. 125, o qual traz o Código de Ética de conciliadores e mediadores, é regramento mais completo quanto às responsabilidades e sanções de conciliadores e mediadores. Justamente por isso deve ser principalmente observado.

5. REMUNERAÇÃO

A remuneração sempre foi uma das questões mais controvertidas da profissionalização de conciliadores e mediadores. Em grande parte da federação, sobretudo no âmbito judicial, a função é exercida voluntariamente, embora reconhecida-mente honorífica e relevante.

A Resolução n. 125 abriu a possibilidade de remuneração aos conciliadores e mediadores, mas não detalhou a matéria. Antes, porém, o incentivo ao exercício voluntário da função veio com o Enunciado Administrativo nº 3 do CNJ, definindo o exercício da conciliação judicial como atividade jurídica para fins de concursos públicos⁹.

Sem remuneração prevista, mormente para a atuação judicial, ocorria grande rotatividade no quadro dos concilia-

dores e mediadores, dificultando a profissionalização¹⁰.

O art. 169 do NCPC dispõe que conciliadores e mediadores receberão remuneração prevista em tabela fixada pelo tribunal, conforme parâmetros estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça. Trata-se de um grande avanço. A Lei de Mediação vai além e prevê que a remuneração deve ser fixada pelos tribunais e custeada pelas partes, ressalvada a gratuidade assegurada aos hipossuficientes financeiros (art. 13 c/c art. 4º, § 2º).

O § 1º do art. 169, porém, autoriza a realização de conciliações e a mediações voluntariamente, observadas a legislação pertinente e a regulamentação do tribunal. Sem maior detalhamento, tal possibilidade pode ser utilizada de forma inadequada. A previsão

⁹ CNJ, Enunciado Administrativo nº 3, de 05 de setembro de 2006. “Para os efeitos do art. 2º da Resolução nº 11, de 31/01/2006, considera-se atividade jurídica a atuação do bacharel em Direito como juiz leigo ou conciliador do Sistema dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, desde que não inferior a 16 (dezesesseis) horas mensais”. A Resolução n. 81/2009 do CNJ reconheceu a atividade conciliatória como titulação para o concurso para outorga de delegações notariais e registrais.

¹⁰ Segundo Diego Faleck, “Como em qualquer atividade de mercado, a qualidade da remuneração está diretamente relacionada com a qualidade dos prestadores de serviço e com o sucesso dos programas de mediação e conciliação”, in Código de Processo Civil Anotado, Coordenadores José Rogério Cruz e Tucci et al, AASP/SP e OAB/PR, 2015, p. 301.

ampla e abstrata autoriza a inadequação do dispositivo, que na verdade deveria restringir-se a alguns tipos específicos de casos.

A Lei de Mediação não prevê a voluntariedade do trabalho de mediadores judiciais.

Dispõe o § 2º do art. 169 do NCPC que os tribunais determinarão o percentual de audiências não remuneradas que deverão ser suportadas pelas câmaras privadas de conciliação e mediação, com o fim de atender aos processos em que haja sido deferida gratuidade da justiça. Trata-se de uma contrapartida a ser dada

pelas câmaras privadas.

Conciliadores e mediadores são definitivamente os novos sujeitos do sistema de Justiça, por isso é importante que haja o reconhecimento dos serviços por eles prestados, o que influirá de forma decisiva na qualidade dos meios consensuais. É preciso desenvolver uma identidade profissional, sobretudo com o estabelecimento de uma remuneração mínima, bem como incentivos constantes voltados para a qualificação permanente de seus quadros.

CONCLUSÃO

É inegável que está acontecendo uma revolução paradigmática na forma de solucionar os conflitos, fato inaugurado com veemência pela Resolução n. 125/2010 do CNJ, agora ampliado pelo NCPC e a Lei de Mediação, institutos que fortalecem a profissionalização de conciliadores e mediadores.

Há um claro deslocamento do eixo da Justiça, que altera a regra da forma adjudicada – caracterizada pelo encerramento coercitivo com a prolação da sentença estatal – para a Justiça autocompositiva.

Vê-se tal intento não só pela inclusão dos meios consensuais no âmbito judicial, mas também pela regulamentação e incentivo no âmbito privado.

Só ocorrerá o sucesso desse Sistema de Justiça com a profissionalização de conciliadores e mediadores. A importância da atuação dessas pessoas para o deslinde dos conflitos; a necessidade de formação constante; o cadastramento; o controle da atuação; o regramento ético; as questões ligadas ao impedimento e suspeição; o imperativo da remuneração: tantas questões

fundamentais a serem debatidas e aprofundadas, todas extremamente necessárias para o reconhecimento dessas atividades – conciliação e mediação – como próprias, únicas, desvinculadas de quaisquer outras.

A resolução de conflitos por meios diversos da adjudicação não representa apenas uma possibilidade técnica, mas principalmente uma escolha política, que está sendo claramente feita. Ao estabelecer formas plurais de resolução, o Estado reforça o seu compromisso com a pacificação social. Trata-se de um projeto a ser desenvolvido em longo prazo, pois está ligado a uma nova cultura¹¹, cujos protagonistas serão as próprias partes, a serem sim auxiliados por conciliadores e mediadores.

¹¹ Kazuo Watanabe, “Cultura da sentença e cultura da pacificação” in *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*, Coordenação de Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide, São Paulo, DPJ, 2005, p. 689.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DINIZ, Marli. *Os donos do saber: profissões e monopólios profissionais*. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

FALECK, Diego. *Código de Processo Civil Anotado*. Coordenadores José Rogério Cruz e Tucci et all. AASP/SP e OAB/PR. 2015.

FREIDSON, Eliot. *Renascimento do profissionalismo: teoria, profecia e política*. Tradução de Celso Mauro Paciornik. São Paulo: Edusp, 1988.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os métodos consensuais de solução de conflitos no Novo Código de Processo Civil*. Disponível em <<http://estadodedireito.com.br/conflitosnonovo/>>. Acessado em 30.11.2015.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 2ª. Edição. São Paulo: Método, 2015.

SALOMÃO, Luis Felipe. *O marco regulatório da mediação*. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI221467,101048+marco+regulatorio+para+a+mediacao+no+Brasil>>. Acessado em 06.12.2015.

SILVA, Érica Barbosa e. *Conciliação Judicial*. Brasília: Gazeta Jurídica. 2013.

WATANABE, Kazuo. “Cultura da sentença e cultura da pacificação” in *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. Coordenação de Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide. São Paulo: DPJ, 2005.

A MEDIAÇÃO, A CONCILIAÇÃO E OS GRANDES LITIGANTES DO JUDICIÁRIO



MARIA CECÍLIA DE ARAUJO ASPERTI

Doutoranda e Mestre em Processo Civil pela Universidade de São Paulo. Visiting fellow na Universidade de Yale, EUA (Fox International Fellowship Program), 2011-2012. Advogada orientadora do Departamento Jurídico XI de Agosto (Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo).

SUMÁRIO

1. QUEM SÃO OS GRANDES LITIGANTES DO JUDICIÁRIO?-----	80
2. QUAIS SÃO AS VANTAGENS ESTRATÉGICAS DOS GRANDES LITIGANTES NA MEDIAÇÃO E NA CONCILIAÇÃO JUDICIAIS?-----	83
3. O QUE FAZER?-----	86
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS -----	88

PALAVRAS-CHAVE: “Conciliação”, “Mediação”, “Demandas repetitivas”,
“Crise do Judiciário”, “sociologia do processo”

INTRODUÇÃO

Quem são os grandes litigantes do Judiciário e como estes atuam na mediação e na conciliação judiciais? Quais são as vantagens que esses atores aferem ou podem aferir? A partir de pesquisas realizadas no Brasil e de reflexões já propostas no campo da sociologia jurídica, o presente artigo levanta preocupações a serem levadas em consideração quando da institucionalização de meios consensuais em virtude da representatividade e das peculiaridades da atuação desses grandes litigantes no Judiciário brasileiro.

1. QUEM SÃO OS GRANDES LITIGANTES DO JUDICIÁRIO?

É comum se ler na mídia e se ouvir de discursos relacionados ao Judiciário¹ que os índices de litigiosidade vêm crescendo de forma acentuada no Brasil nos últimos anos, conduzindo a uma crise de ineficiência e morosidade do processo. Esse aumento no volume de processos é comumente associado ao argumento de que há muitas demandas oportunistas no Judiciário e de que predomina entre os brasileiros uma “cultura da litigiosidade”, que deverá ser substituída por uma “cultura da paz”, em que o processo judicial se torna uma ultima ratio a ser buscada somente após o esgotamento das tentativas de diálogo e de busca pelo consenso².

Ocorre que a noção de “cultura da paz”, propagada entre nós pelo Prof. Kazuo Watanabe como uma necessária mudança no paradigma predominante do litígio³, vem dando espaço nos últimos anos a uma “cultura do acordo” que visa, em última análise, a utilização da conciliação e da mediação judiciais como mecanismos para reduzir o acervo de processos do Judiciário, sem que haja uma efetiva

preocupação com o tratamento mais adequado desses conflitos ou, melhor ainda, com o verdadeiro acesso à justiça e à cidadania por parte dos jurisdicionados. Essa perspectiva distorcida da função da mediação e da conciliação judiciais pode ser exemplificada por campanhas nacionais de fomento ao acordo, que contam com slogans como “conciliar é a forma mais rápida de se resolver conflitos” ou “quem concilia sempre sai ganhando”, dentre outras.

Quem estuda e pratica a mediação ou a conciliação de conflitos sabe, contudo, que estas nem sempre são as formas mais rápidas de se resolver conflitos ou, melhor ainda, que nem sempre a rapidez é o atributo mais importante de um meio de se solucionar disputas. Entende, ainda, que quem concilia nem sempre sai ganhando, mas somente quando firma um acordo de forma autônoma e informada, e apenas nas situações em que este acordo era uma saída efetivamente adequada para o litígio travado. Em outras palavras, o acordo não é abstratamente um resultado melhor que uma sentença judicial e não pode,

¹ Confira-se, nesse sentido, o discurso do Ministro Ricardo Lewandowski em evento de lançamento do relatório anual “Justiça em Números”, do Conselho Nacional de Justiça: “Para o presidente do STF, o Brasil passa por um processo que o professor português Boaventura Souza Santos chama de ‘explosão de litigiosidade’. Nesse processo, os cidadãos se dão conta de que possuem direitos assegurados pelo Estado, e batem à porta da Justiça para buscá-los. O Judiciário, como serviço essencial do Estado, também sofre do problema de meios insuficientes frente aos fins, como ocorre com a educação ou a saúde. ‘Estou convencido de que precisamos buscar soluções alternativas’, afirma o ministro, observando que não se trata de um problema que afeta apenas o Judiciário, mas toda a sociedade. ‘Precisamos abandonar a cultura da litigiosidade e inaugurar uma cultura da paz, pois é isso de que o Brasil precisa’” (“Explosão de Litigiosidade exige mudanças no Judiciário”, afirma Ricardo Lewandowski”. Notícias Stf. 20 nov. 2014. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=280214>, acesso em 29 jan. 2016).

² Esse é o discurso também predominante no Novo Código de Processo Civil, conforme apresentação feita ao Anteprojeto do Novo CPC pelo Ministro Luiz Fux, membro da comissão de juristas responsável pela elaboração do texto: “É que; aqui e alhures não se calam as vozes contra a morosidade da justiça. O vaticínio tornou-se imediato: “justiça retardada é justiça denegada” e com esse estigma arrastou-se o Poder Judiciário, conduzindo o seu desprestígio a índices alarmantes de insatisfação aos olhos do povo. (...) Esse o desafio da comissão: resgatar a crença no judiciário e tornar realidade a promessa constitucional de uma justiça pronta e célere. Como vencer o volume de ações e recursos gerado por uma litigiosidade desenfreada, máxime num país cujo ideário da nação abre as portas do judiciário para a cidadania ao dispor-se a analisar toda lesão ou ameaça a direito? (...) Como prestar justiça célere numa parte desse mundo de Deus, onde de cada cinco habitantes um litiga judicialmente? (...)”. (SENADO FEDERAL. Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Comissão de Juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal nº 379, de 2009, destinada a elaborar Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil. Brasília, Senado Federal, 2010).

³ WATANABE, Kazuo. *Cultura da sentença e cultura da pacificação*. In: YARSHELL, Flávio Luiz; ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2004. p. 684-690.

⁴ SADEK, Maria Tereza. *Acesso à justiça: a visão da sociedade*. *Justitia*, São Paulo, v. 65, n. 198, p. 271-279, jan/jun. 2008. p. 273-274.

⁵ SADEK, Maria Tereza. *Judiciário: mudanças e reformas*. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 18, n. 51, p. 79-101, 2004, p. 86.

⁶ O relatório 100 maiores litigantes de 2012 (referente a 2011) está disponível no site do Conselho Nacional de Justiça (www.cnj.jus.br).

em circunstância alguma, ser propagandeado pelo próprio Judiciário desta forma.

Além de arriscada, a defesa da “cultura do acordo” parte de um grave equívoco de que o brasileiro é excessivamente litigioso e precisa trocar a lógica do litígio por aquela da transação. O erro da premissa reside no falso argumento de que os cidadãos utilizam demasiadamente o Judiciário, enquanto pesquisas apontam que uma parcela extremamente significativa do acervo judicial reflete o uso das instituições judiciárias por alguns poucos usuários, responsáveis, em grande medida, pelo seu congestionamento e ineficiência⁴. Como sustenta Maria Tereza Sadek, o sistema judicial brasileiro apresenta o *paradoxo de demandas de menos e demandas de mais*, na medida em que alguns poucos atores usufruem excessivamente de um Judiciário relativamente barato para postergar o cumprimento de suas obrigações e expressivos setores da população permanecem marginalizados, com acesso extremamente precário ou inexistente à justiça oficial⁵.

O levantamento dos maiores litigantes realizado pelo Conselho Nacional de Justiça apontou em 2012 que dentre o total de ações ajuizadas

nas justiças estadual, federal e trabalhista no ano anterior, 38,5% dos casos envolviam um dos 100 maiores litigantes no pólo passivo ou ativo. Na Justiça Estadual, que concentra os maiores índices de congestionamento do Judiciário, foram quase 36% do total de processos envolvendo apenas 100 litigantes⁶. Esses entes pertencem ao setor público (federal, estadual ou municipal), bancos, telefonia, comércio, seguro e previdência, indústria, serviços e conselhos profissionais.

A pesquisa divulgada em 2015 pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) confirma as constatações extraídas dos levantamentos realizados pelo CNJ ao apurar que um significativo percentual do total de demandas pendentes no Judiciário envolve um contingente de apenas 100 litigantes. Isso significa que a máquina judiciária é movimentada em grande medida a serviço de um grupo reduzido de usuários, que envolve entes da administração pública, instituições financeiras e prestadoras de serviços de telefonia e comunicações⁷.

É chocante se pensar, por exemplo, que em 2014 havia mais execuções fiscais pendentes (27,6 milhões) do que o total de processos de conheci-

mento (25,8 milhões), conforme revela o Relatório Justiça em Números, também do CNJ, publicado no ano de 2015⁸.

Os grandes litigantes são, portanto, os usuários mais frequentes do Judiciário e que estão envolvidos em uma parcela significativa dos processos ajuizados anualmente ou pendentes de julgamento, tanto na condição de demandante quanto na de réu. São entes públicos que cobram tributos ou são demandados para o questionamento da exação tributária. É o INSS, maior litigante do levantamento do CNJ, que cobra contribuições previdenciárias ao mesmo tempo em que é acionado para concessão ou reajuste de benefícios. São também os bancos, que são os maiores litigantes da Justiça Estadual, que contribuem decisivamente para o seu congestionamento com ações de cobrança de débitos e quando são processados em ações que questionam taxas de juros, produtos e serviços bancários em geral. Em menor, mas em também significativa, medida, são as operadoras de telefonia e as seguradoras, que cobram seus débitos, mas também são cobradas pela qualidade e pela cobertura dos serviços prestados.

É intuitivo que as demandas que envolvem esses ato-

res sejam bastante similares, eis que decorrentes de seus procedimentos e de suas práticas comerciais. As ações questionando tributos e benefícios sustentam teses jurídicas similares, que são reproduzidas por advogados ao mesmo tempo em que as procuradorias repetem seus argumentos de defesa em milhares de demandas similares. Os contratos de adesão de bancos de varejo ou as taxas de juros de instituições financeiras são questionados em uma multidão de processos similares. De outra parte, as tão impactantes execuções fiscais não deixam de ser processos repetitivos, assim como as cobranças de dívidas bancárias e de faturas não pagas manejadas em face de clientes e consumidores.

A similitude entre demandas e reprodução de teses jurídicas é uma preocupação claramente estampada no Novo Código de Processo Civil, que ratifica sistemáticas de julgamento por amostragem e de fortalecimento de precedentes com os institutos dos recursos especial e extraordinário repetitivos e o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, pensados para se racionalizar o julgamento de demandas e recursos similares para proporcionar o estabelecimento de entendimentos padroniza-

⁷ Em meio ao cenário alarmante que reúne aproximadamente 100 milhões de processos que tramitam no país, o levantamento revela, entre outros aspectos, uma alta concentração de ações apresentadas por um número reduzido de atores - instituições do poder público municipal, estadual e federal; bancos; instituições de crédito e prestadoras de serviços de telefonia e comunicações (ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. O uso da Justiça e o litígio no Brasil. Coord. Sérgio Luiz Junkes. Coord. Científica Maria Tereza Sadek. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/uso-justica-litigio-brasil-pesquisa-amb.pdf>. Acesso em 26 Jan. 2016, p. 9).

⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Relatório Justiça em Números 2014. Disponível em: www.cnj.jus.br.

dos sobre as matérias discutidas. Espera-se que, com isso, haja maior isonomia e segurança jurídica, além de uma gradual redução no volume de demandas, dadas a uniformização e publicidade das orientações firmadas.

Contudo, o que as discussões relacionadas à reforma do Judiciário e às reformas processuais tem sistematicamente deixado de lado é como os grandes litigantes contribuem para a proliferação dessas demandas e, principalmente, como responsabiliza-los na busca por uma solução a essa situação. Também não é debatido que, na prática, uma boa parcela dessas demandas repetitivas envolvendo tais litigantes vai parar nos centros judiciais pré-processuais e processuais de mediação e conciliação, seja em mutirões sazonais, seja em pautas concentradas permanentes. Na realidade, esses centros muitas vezes atuam quase quase

que exclusivamente com esse tipo de disputa repetitiva, o que faz com que seja necessário se pensar, urgentemente, qual o impacto da atuação dos grandes litigantes na esfera da mediação e da conciliação judiciais.

Por isso, ao se propagar pela maior utilização de meios consensuais de solução de disputas pelo Judiciário, não se pode perder de vista o papel desempenhado por esses grandes litigantes, cuja dinâmica de atuação pode influenciar decisivamente no sucesso das iniciativas judiciais de implementação de meios consensuais de solução de conflitos. Isso porque, como já identificado em estudos sobre o tema, esses grandes litigantes aferem significativas vantagens estratégicas não só no processo judicial, mas também - e, talvez até, principalmente - em transações negociais⁹.

2. QUAIS SÃO AS VANTAGENS ESTRATÉGICAS DOS GRANDES LITIGANTES NA MEDIAÇÃO E NA CONCILIAÇÃO JUDICIAIS?

Se o estudo acerca dos grandes litigantes está dando seus primeiros passos no Bra-

sil, há uma literatura já existente, principalmente na sociologia jurídica do movimento *law and society*, sobre como a

⁹ Vide ASPERTI, Maria Cecília de Araujo. *Meios consensuais de resolução de disputas repetitivas: a mediação, a conciliação e os grandes litigantes do Judiciário*. Dissertação de Mestrado defendida perante o Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, USP: 2014.

atuação de determinados litigantes pode moldar as instituições judiciárias e suas regras, reconhecendo-se a existência de atores que conseguem navegar esse sistema de forma mais competente.

Talvez principal referencial dessa literatura seja o texto *“Why the haves come out ahead? Speculations on the limits of legal change”*, do professor Marc Galanter, da Universidade de Winconsin, escrito em 1974 e frequentemente apontado como um dos textos mais citados na academia jurídica norte-americana¹⁰. Neste texto, Galanter estabelece uma tipologia ideal de atores do litígio segundo a recorrência com que se envolvem em demandas similares, resultando nos conceitos de repeat player (litigante repetitivo) e one-time shooter (litigante ocasional)¹¹.

Segundo Marc Galanter, em virtude da frequência com a qual litigam em ações similares, é de se esperar que os litigantes repetitivos acumulem expertise para atuar nesses processos de modo mais estratégico e para estruturar toda a sua atividade empresarial de forma condizente com essa atuação. Transpondo essa reflexão para a realidade brasileira e considerando, especificamente, o contexto da mediação e da conciliação,

significa dizer que os grandes litigantes conseguem, por exemplo, analisar todo o contingente de demandas questionando determinada prática comercial e, por meio de um cálculo de custo-benefício, decidir por manter ou não referida conduta, a despeito dos questionamentos realizados judicialmente.

Também em razão de seu porte e da necessidade de se estruturar para lidar com volumes significativos de demandas similares, esses entes investem em especialistas jurídicos¹² e não jurídicos (contadores, assessores de imprensa, consultores, etc.) para compreender essas demandas e desenhar teses para seus pleitos ou para sua defesa que sejam mais contundentes aos olhos dos julgadores. Amparados por esses profissionais especializados, os grandes litigantes conseguem ter maior influência no processo de formação de precedentes ou de elaboração legislativa, perseguindo mudanças macro que lhes sejam favoráveis no longo prazo.

O autor destaca que é uma significativa vantagem para o litigante repetitivo o fato do risco envolvido na demanda individual ser muito menor para si do que para o litigante ocasional, o que permite adotar es-

¹⁰ GALANTER, Marc. *Why the haves come out ahead? Speculations on the limits of legal change*. *Law and Society Review*, v. 9, n. 1, p. 95-160, 1974.

¹¹ “Typically, the RP [repeat player] is a larger unit and the stakes in any given case are smaller (relative to total worth). OSs [one-time shooters] are usually smaller units and the stakes represented by the tangible outcome of the case may be high relative to total worth, as in the case of injury victim or the criminal accused). Or, the OS may suffer from the opposite problem: his claims may be so small and unmanageable (the shortweighted consumer or the holder of performing rights) that the cost of enforcing them outruns any promise of benefit” (op. citada, p. 96/97).

¹² São exemplos claros no Brasil os advogados de departamentos jurídicos, que se especializam nas demandas de seus clientes a partir da tese jurídica defendida ou rebatida, bem como das divisões de trabalho das procuradorias e advocacias públicas, em que os advogados se especializam em determinados tipos de processos, atuando, por exemplo, somente com determinado tributo, benefício previdenciário ou somente em execuções fiscais.

estratégias pensadas para maximização do ganho em escala na série de demandas em que estão envolvidos. Poderá, por exemplo, deixar de negociar em determinadas demandas, pois sabe que o custo individual de sua manutenção ou mesmo os impactos da perda não são significativos, para se tentar criar precedentes favoráveis¹³, sabendo que o custo de manutenção do processo para o litigante ocasional é significativamente maior. Também por esses motivos, um litigante repetitivo tem interesse em criar uma reputação de ser resistente da negociação, na tentativa de desmotivar o ajuizamento de demandas ou reclamações similares por outros clientes afetados.

Essa atuação recorrente e bem direcionada faz com que os litigantes repetitivos e seus advogados se engajem em relações informais com agentes institucionais que poderão lhe render vantagens no acesso e na tramitação burocrática dessas instituições. Mesmo com as mudanças decorrentes do processo eletrônico, a chamada “cultura do cartório” é ainda muito presente no Brasil¹⁴, sendo certo que a proximidade de advogados dos juízes, seus assessores, peritos, escreventes e servidores do cartório pode ser decisiva para o

desfecho das demandas em questão. É de se esperar que os advogados e prepostos desses litigantes conheçam e tenham maior proximidade com os conciliadores judiciais, com quem se encontram em mutirões ou às vezes semanalmente, nos muitos centros judiciais em que as pautas são agendadas de modo concentrado a partir dos casos envolvendo determinado litigante ou tema.

A essas vantagens decorrentes da maior especialização, proximidade com o Judiciário e do menor risco envolvido da demanda individual somam-se a morosidade das cortes judiciais e a complexidade do sistema processual, que também podem gerar um contexto favorável ao grande litigante. O congestionamento dos cartórios judiciais favorece o demandante capaz de dispendir maiores recursos na manutenção do processo, ao passo que o ordenamento processual e suas intrinsecidades colocam obstáculos ao litigante ocasional, privilegiando os entes cujos advogados possuem melhores habilidades para navegar adequadamente esse complexo sistema.

Todo esse cenário acaba criando desincentivos para o litigante ocasional prosseguir com a demanda, fomentan-

¹³ *Tem-se, de um lado, os escritórios de massa, que prestam serviços a preços extremamente competitivos e que são muitas vezes preferidos pelas grandes empresas para lidar com processos considerados mais simples. Uma vez que um caso chega aos tribunais superiores, seja em uma demanda individual mais complexa, seja em uma ação coletiva, a empresa contrata um escritório mais especializado (de “boutique”) para que atue em prol da formação de precedentes favoráveis.*

¹⁴ **MINISTÉRIO DA JUSTIÇA.** *Análise da gestão e funcionamento dos cartórios judiciais. Secretaria da Reforma do Judiciário. Coordenação de Paulo Eduardo Alves da Silva. Brasília, 2007. Disponível em: < <http://portal.mj.gov.br/>>.*

do a sua disponibilidade para transigir. Mas será que essas são as razões certas para se negociar um acordo?

É importante se ter em mente que além de todas as vantagens já discutidas, são relevantes os riscos a serem considerados quando o Judiciário decide promover a conciliação e o acordo como políticas institucionais. Em seu famoso texto “Contra o Acordo”, o Professor da Universidade de Yale Owen Fiss sustenta que a desigualdade de informações entre as partes influencia a realização de acordos

no Judiciário na medida em que a parte mais fraca não consegue coletar e analisar as informações necessárias para prever o desfecho do litígio, o que a deixa em desvantagem no processo de negociação. Além disso, essa parte pode necessitar de imediato da indenização que pleiteia ou não possuir recursos para financiar o processo, aceitando, em virtude disso, um acordo que implica em uma renúncia dos direitos pleiteados ou defendidos em juízo¹⁵.

3. O QUE FAZER?

A constatação do impacto da atuação dos grandes litigantes não só no processo judicial e no funcionamento das instituições judiciárias, mas também na negociação de acordos em demandas repetitivas, deve conduzir a uma reflexão acerca do papel do Judiciário e sua interação com esses litigantes.

Primeiramente, nas iniciativas voltadas à mediação e conciliação judiciais, é necessário se buscar um desenho institucional que privilegie o maior equilíbrio na relação entre o grande litigante e o litigante individual, de modo que

este seja empoderado para a tomada de decisões de forma autônoma e bem informada.

À título de exemplo, é de se reconhecer como complicada a configuração de centros judiciais de conciliação e mediação custeadas por grandes litigantes, conformando um desenho em que a imparcialidade do procedimento consensual fique comprometida. Afinal, por mais que campanhas institucionais tentem realçar o aspecto da informalidade desses mecanismos, indivíduos leigos sentem-se em um ambiente de autoridade ao frequentarem os centros, o que pode influenciar

¹⁵“Contra o acordo” In FISS, Owen M. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Coord. Trad. SALLES, Carlos Alberto de. Trad. Daniel Porto Godinho da Silva, Melina de Medeiros Rós. São Paulo: RT, 2004, p. 139.

o exercício de sua autonomia durante o processo. É bastante complicado, por exemplo, questionar uma proposta de acordo feita por um banco quando se sente um claro alinhamento entre a estrutura judicial e a instituição financeira, o que pode comprometer também a postura do próprio conciliador.

Ainda em termos de desenho institucional, os centros de conciliação e mediação devem ser estruturados de modo a assegurar a assistência necessária aos litigantes ocasionais. Essa assistência pode não ser somente jurídica, mas também contábil ou financeira, por exemplo, auxiliando as partes que recebem propostas de acordo que envolvam a assunção ou o parcelamento de dívidas. É possível, inclusive, o desenho de iniciativas específicas para determinados tipos de demandas muito recorrentes em que haja a participação desses especialistas. É isso que se verificou ocorrer

nos Estados Unidos foros que estruturam iniciativas específicas para lidar com a execução de hipotecas (mortgage foreclosure), nas quais os devedores recebiam o auxílio de consultores (housing counselors) para avaliar as propostas de acordo submetidas pelos bancos¹⁶.

Finalmente, é absolutamente imprescindível que a dinâmica entre litigantes repetitivos e ocasionais seja devidamente abordada em cursos de formação de conciliadores e mediadores para que estes sejam sensíveis ao desequilíbrio de recursos, informação e poder de barganha inerente. Assim, poderão solicitar, quando necessária, a participação de advogados, da Defensoria Pública, do Ministério Público, de organizações de defesa de interesses, entre outros atores, na tentativa de assegurar uma participação autônoma e informada por parte de todos os envolvidos em procedimentos consensuais.

¹⁶ ASPERTI, Maria Cecília de Araujo. *Meios consensuais de resolução de disputas repetitivas: a conciliação, a mediação e os grandes litigantes do Judiciário*, p. 133.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICA

ASPERTI, Maria Cecília de Araujo. *Meios consensuais de resolução de disputas repetitivas: a conciliação, a mediação e os grandes litigantes do Judiciário*. Dissertação de mestrado defendida perante o Departamento de Direito Processual Civil da Universidade de São Paulo, 2014.

ASPERTI, Maria Cecília de Araujo; COSTA, Susana Henriques da; GABBAY, Daniela Monteiro; SILVA, Paulo Eduardo Alves da. "Why the "haves" come out ahead in Brazil? Revisiting speculations concerning repeat players and one-shooters in the Brazilian litigation setting". *FGV Direito SP Research Paper Series No. 141*. Janeiro/2016. Disponível em <SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2716242> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2716242>>, acesso em 26 Jan. 16.

CUNHA, Luciana Gross; GABBAY, Daniela Monteiro (coord.), *Litigiosidade, Morosidade e Litigância Repetitiva: uma análise empírica*. Série Direito e Desenvolvimento (DIREITO GV). Saraiva: São Paulo, 2013.

_____; GABBAY, Daniela Monteiro. (coord.) *O Desenho de Sistemas de Resolução Alternativa de Disputas para Conflitos de Interesse Público*. Série Pensando o Direito, n. 38/2011.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. "Anotações sobre o incidente de resolução de disputas repetitivas previsto no projeto do novo Código de Processo Civil". *Revista de Processo*. v. 36. n. 193. p. 256/279. São Paulo: RT, março/2011.

FISS, Owen M. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Coord. Trad. Carlos Alberto de Salles. Trad. Daniel Porto Godinho da Silva, Melina de Medeiros Rós. São Paulo: RT, 2004

FITZPATRICK, Lawrence. "The Center for Claims Resolution". *Law and Contemporary Problems*, v. 53, n. 4, 1990.

GABBAY, Daniela Monteiro; CUNHA, Luciana Gross; GRINOVER, Ada Pellegrini;

SADEK, Maria Teresa T.; WATANABE, Kazuo; BRAGA NETO, Adolfo; ASPERTI, Maria Cecília Asperti; LANGENEGGER, Natália; SOUZA, Michel Roberto. *Estudo qualitativo sobre boas práticas em mediação no Brasil*. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2014.

GALANTER, Marc. "Why the haves come out ahead? Speculations on the limits of legal change". *Law and Society Review*. Volume 9:1. 1974. p. 165-330. Republicação (com correções) In *Law and Society*. Dartmouth, Aldershot: Cotterrell, 1994, pp. 165-230;

GALANTER, Marc. *Access to Justice in a World of Expanding Social Capability*. *Fordham Urban Law Journal*. Vol. 37, issue 1, 2009. Disponível em: <http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2324&context=ulj>. Acesso em 02/09/2015.

MENKEL-MEADOW, Carrie. "Do the 'Haves' come out ahead in alternative judicial systems?: repeat players in ADR". *15 Ohio St. J. on Disp. Resol.* 19, 1999-2000.

URY, William L.; BRETT, Jeanne M.; GOLDBERG, Stephen B. *Getting Disputes Resolved: Designing Systems to Cut the Costs of Conflict*. Cambridge: PON Books, 1993.

A PREVISÃO CONTRATUAL DA CLÁUSULA DE MEDIAÇÃO SOB O PRISMA DA LEI 13.140/2015: A OPORTUNIDADE DE AUTOCOMPOSIÇÃO PROJETADA.

FERNANDA ROCHA LOURENÇO LEVY.

*Mediadora privada. Mestre e Doutora pela PUC/SP.
Docente no curso de pós-graduação lato sensu em
Mediação na PUC/SP.*



1. O FUTURO DA MEDIAÇÃO NO BRASIL É AGORA	91
2. COMO AS PARTES CHEGAM À MEDIAÇÃO? OU AINDA: COMO LEVAR A MEDIAÇÃO ÀS PARTES?.....	92
3. A CLÁUSULA DE MEDIAÇÃO SOB O PRISMA DA LEI 13.140/2015	94
4. CLÁUSULA DE MEDIAÇÃO: A OPORTUNIDADE DE AUTOCOMPOSIÇÃO PROJETADA	99
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICA.....	101

1. O FUTURO DA MEDIAÇÃO NO BRASIL É AGORA.

Depois de longos debates sobre a pertinência em posicionar a mediação e a qualidade das disposições que comporiam seu marco legal, a Mediação é regulamentada por meio da Lei 13.140/2015 (Lei de Mediação) e diversos dispositivos que a contemplam no Novo Código de Processo Civil¹.

Descrever o intrincado processo legislativo que culminou nos dois diplomas legais não é nosso propósito no presente artigo, mas nos parece importante ressaltar que a fonte inspiradora, diríamos mesmo filosófica, da construção legislativa é a Resolução 125 disposta pelo Conselho Nacional de Justiça² em 2010, que estabelece a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, com vistas a assegurar a todos a ampliação do acesso à ordem jurídica justa³.

A Resolução 125/10 do CNJ inaugura uma nova era no sistema de resolução de conflitos brasileiro, na medida em que propugna uma mudança de cultura baseada, em especial, no conceito multiportas de solução de controvérsias⁴ e na utilização dos meios consensuais de solução de controvérsias, notadamente a Me-

dição.

Nesse contexto, para além do acesso à Justiça oferecido pela presença essencial do Poder Judiciário, outras possibilidades se descortinam no conceito multiportas de prevenção, gestão e possível solução de controvérsias. Abre-se um leque de meios de gestão de conflitos disponível para que as partes possam escolher, de acordo com o critério da adequação, aquele que melhor atenda às suas necessidades.

Em um panorama que contempla tantas possibilidades, a Mediação é uma “porta” muito atraente: se apresenta como um meio que prestigia a autonomia das partes, proporciona a possibilidade da construção conjunta de soluções que melhor atendam às reais necessidades dos envolvidos no conflito, oferece menor custo e maior rapidez em relação a outros meios, em especial à tutela jurisdicional e proporciona espaço para a preservação das relações pessoais e comerciais.

A Mediação desponta, assim, como uma estrela que promete iluminar o futuro do sistema nacional de solução de controvérsias dos próximos anos. O futuro da Mediação

¹ Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em 11/12/2015. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em 11/12/2015.

² Destaca-se a fundamental participação do Prof Kazuo Watanabe, da Profa Ada Pellegrini Grinover e dos componentes do Forum Nacional de Mediação (Foname) na proposição da ideia e da elaboração do texto da Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_125_29112010_compilada.pdf. Acesso em 07/12/2015.

³ Nas palavras do Prof. Kazuo Watanabe, o inc. XXXV do art. 5º da Constituição Federal deve ser interpretado “ não apenas como garantia de mero acesso aos órgãos do Poder Judiciário, mas como garantia de acesso à ordem jurídica justa, de forma efetiva, tempestiva e adequada” (grifos do autor). WATANABE, Kazuo. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento a dequado dos conflitos de interesses.

<http://www.tjsp.jus.br/download/conciliacao/nucleo/parecer-deskazuowatanabe.pdf>. Acesso em 07/12/2015.

no Brasil é agora.

Se por um lado há muito que comemorar (afinal nunca se falou tanto em Mediação como nos últimos tempos), um grande desafio de avizinha: garantir as boas práticas da Mediação. Diante da grandeza desse objetivo, sérias preocupações assombram a comunidade jurídica e mediadora: como preservar os princípios fundamentais que compõem a identidade da Mediação? Como construir uma ponte segura entre a Mediação e o Direito? Como oferecer previsibilidade e segurança jurídica para a utilização da Mediação? Como estimular a utilização da Mediação como meio de gestão de controvérsias? Em especial, como oferecer e preservar a qualidade da Mediação? Perguntas que encontram perfeitas respostas no campo teórico, mas que de-

mandam esforços e cuidados diuturnos para sua efetiva aplicação no campo pragmático.

Do universo de temas tão ricos e instigantes que a Mediação nos proporciona, pinçamos um deles para tratar-mos nessas breves palavras: a cláusula de mediação, previsão contratual pela qual as partes convencionam que eventual e futura controvérsia que venha surgir entre elas, em razão de determinada relação jurídica, que verse sobre direitos disponíveis ou indisponíveis com obrigações transacionáveis será submetida ao processo de Mediação. Sigamos por esse caminho, sob o prisma da Lei de Mediação.

2. COMO AS PARTES CHEGAM À MEDIAÇÃO? OU AINDA: COMO LEVAR A MEDIAÇÃO ÀS PARTES?

As partes podem submeter suas controvérsias à Mediação no contexto do Poder Judiciário (mediação judicial) ou no âmbito privado (mediação extrajudicial).

Na seara do processo judicial, a Mediação, nos termos do Novo Código de Processo

Civil é incentivada⁵ e inserida em sessão obrigatória prévia ao oferecimento da defesa, salvo mediante manifestação contrária de ambas as partes ou quando a autocomposição não for admitida⁶.

Por outro lado, o artigo 27 da Lei de Mediação dispõe que

⁴ O conceito *multiportas* foi apresentado pelo Prof. Frank Sander, da Universidade de Direito de Harvard, em abril de 1976, na Pound Conference. Segundo Prof Sander, o Tribunal do futuro deveria ser um centro de resolução de conflitos, com várias "portas": tutela jurisdicional, mediação, conciliação, arbitragem e tantos outros, que deveriam ser escolhidos de acordo com os seguintes critérios: natureza do conflito, relacionamento entre as partes, valor em disputa, custos, rapidez, Frank E.A. Sander, *Varieties of Dispute Processing*, in *THE POUND CONFERENCE: PERSPECTIVES ON JUSTICE IN THE FUTURE*. Disponível em: <http://geoffsharp.atomicrobot.co.nz/wp-content/uploads/2010/03/PoundConfSander.pdf>. Acesso em 07/12/2015.

⁵ CPC/2015, art. 3º... § 2º. O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º. A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

⁶ Vide Art. 334 do NCPC e art. 27 da Lei 13.140/15. Discute-se atualmente a validade da cláusula de *opt out*, ou seja, a possibilidade das partes, já em previsão contratual, optarem pela não submissão da controvérsia ao processo de Mediação. Diante do princípio da autonomia privada, nos parece ser válida tal cláusula, ainda que na prática, diante do chamado do juiz para a audiência de mediação, nos parece de eficácia relativa.

⁷ No mesmo entendimento Sandra Bayer: “De antemão, podemos mencionar que, pelo critério de aplicação das leis no tempo, em caso de controvérsia entre os dois textos legais, a Lei de Mediação deverá ter o poder de suplantar a Lei Processual”. BAYER, Sandra Regina Garcia Oliven. Os novos marcos regulatórios da mediação: breve reflexão sobre os aspectos polêmicos da nova legislação. In: Revista de Arbitragem e Mediação Empresarial - Grupo de Estudos em Arbitragem da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Grupo de Estudos em Mediação Empresarial da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais Ano II. Número 3. – (jul/dez 2015) –.no prelo e de Thiago Rodovalho “É inquestionável que a Lei de Mediação se sobrepõe à regulação do NCPC, pois se trata de lei especial (lex specialis derogat generali) e de lei posterior (lex posterior derogat legi priori), dois critérios para resolver antinomias entre normas”. RODOVALHO, Thiago. Mediação obrigatória? In Portal Processual. Artigo disponível em <http://portalprocessual.com/mediacao-obrigatoria/>. Acesso em 16 set 2015.

⁸ TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis. 2.ed.rev., atual. E ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2015, pag. 294..

⁹ O art. 16, da Lei de Mediação que estabelece que “Ainda que haja processo arbitral ou judicial em curso, as partes poderão submeter-se à mediação, hipótese em que requererão ao juiz ou árbitro a suspensão do processo por prazo suficiente para a solução consensual do litígio. § 1º É irrecurável a decisão que suspende o processo nos termos requeridos de comum acordo pelas partes. § 2º A suspensão do processo não obsta a concessão de medidas de urgência pelo juiz ou pelo árbitro”.

se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de mediação, o que sugere conflito entre as normas. Os debates sobre o tema da adoção legal pela obrigatoriedade são intensos e nos parece que, diante dos critérios para a solução de antinomias, a Lei de Mediação por ser posterior e especial, prevalece, tornando a sessão de mediação obrigatória para as partes⁷.

De qualquer maneira, salienta-se que o legislador, em respeito ao princípio da autonomia da vontade que rege a Mediação e as relações contratuais, abrigou o entendimento que a obrigatoriedade diz respeito somente à participação das partes na primeira sessão de mediação (art. 2º. § 2º, da Lei de Mediação), pois como bem refere Fernanda Tartuce, “A voluntariedade é nota essencial da mediação, dado que esta só pode ser realizada se houver aceitação expressa dos participantes; eles devem escolher o caminho, aderindo com disposição à mediação do início ao fim do procedimento”⁸.

Já no campo privado, as partes podem convencionar, sob o manto do princípio da autonomia privada, que a con-

trov érsia existente entre elas será submetida ao processo de Mediação ou podem, de maneira prévia, estabelecer que eventual controv érsia que venha a surgir em razão de determinada relação jurídica entre elas, será submetida ao processo de Mediação.

Temos assim duas espécies de convenção de mediação: termo de compromisso de mediação e cláusula de mediação, respectivamente.

Diante do surgimento da controv érsia, a Mediação pode ser sugerida por todas as partes, por um delas, estando ou não em curso um processo judicial ou arbitral.

Na primeira hipótese, as partes, conhecedoras das vantagens que o processo de Mediação pode oferecer ao caso, decidem submetê-lo ao meio, por entendê-lo mais adequado à situação e notem, como acima já referido, ainda que esteja em curso processo judicial ou arbitral⁹.

O desejo de dar início ao processo de Mediação, ainda sem previsão de cláusula de mediação, também pode surgir somente de uma das partes, e nesse caso, a outra parte é convidada a participar e, caso aceite, escolhido o mediador, elas firmam o termo de compromisso de mediação.

Como o convite é realiza-

do, depende de algumas variáveis, a considerar a opção pela mediação institucional ou ad hoc, participação do advogado da parte ou ainda a já ocorrência de pré-mediação com a parte solicitante.

Assim, o *modus faciende* do convite pode estar previsto no regulamento de mediação da instituição provedora de serviços de mediação (caso a parte tenha optado pela mediação institucional) ou do entendimento conjunto entre a parte e seu advogado e/ou da parte e do mediador (na mediação ad hoc), mas em geral o convite é feito por escrito e contém data, hora e local da reunião de pré-mediação e um breve resumo do objeto da controvérsia. Em alguns cenários, tal convite pode adquirir formato mais informal e ser feito por contato telefônico.

O artigo 21 da Lei de Mediação espelha a prática real e prevê que o convite para iniciar o procedimento de mediação extrajudicial (com ou sem cláusula prévia de mediação) poderá ser feito por qualquer meio de comunicação e deverá estipular o escopo proposto

para a negociação, a data e o local da primeira reunião.

Estabelece ainda que o convite formulado por uma parte à outra considerar-se-á rejeitado se não for respondido em até trinta dias da data de seu recebimento (parágrafo único, art. 21). Tal dispositivo visa oferecer, por presunção legal, o marco temporal da recusa ao convite na falta de termo final expressamente previsto no convite, sendo que no nosso entender, a parte solicitante pode estipular outro prazo de resposta em tempo razoavelmente suficiente para que a parte convidada possa avaliar e manifestar sua recusa ou aceitação ao convite.

Por outro lado, como acima referido, as partes podem firmar uma cláusula de mediação, prevendo que caso venha surgir controvérsia parcial ou total acerca de determinada relação jurídica, que verse sobre direito disponível ou indisponível que admita transação, ela será submetida ao processo de mediação. Vamos à sua análise sob o prisma da Lei de Mediação.

3. A CLÁUSULA DE MEDIAÇÃO SOB O PRISMA DA LEI 13.140/2015

O marco regulatória da Mediação trata da cláusula de

mediação regulando aspectos fundamentais para sua validade e eficácia na medida em que o artigo 22 estabelece os elementos mínimos que deverão constar na previsão contratual de mediação e o artigo 23 fortalece a premissa de que as obrigações nascem para serem cumpridas.

A redação adequada de qualquer previsão contratual é pressuposto para a minimização de futuras controvérsias entre as partes. Retratar o acordado entre as partes de maneira clara e eficaz, transpor o mundo dos negócios civis e comerciais para o mundo do Direito pode parecer simples, mas é tarefa jurídica que requer experiência e forte competência profissional.

Quando se trata da redação de cláusulas que justamente estabelece o meio ou meios que serão utilizados para a solução de futuras e eventuais controvérsias, o cuidado deve ser ainda maior, pois se corre o risco, que deve ser seriamente evitado, da criação de novos conflitos sobre o próprio meio de resolução deles. As partes certamente não precisam de novas controvérsias para além das já existentes.

No que tange aos elementos mínimos, segundo as disposições contidas no artigo 22, a primeira disposição que não

pode faltar nos termos da cláusula de mediação diz respeito ao prazo mínimo e máximo para a realização da primeira reunião de mediação, contado a partir da data de recebimento do convite (art. 22,I).

Considerando que a fase de mediação pode ser prévia à fase seguinte que contemple outro meio de solução de controvérsias, e que a realização da primeira reunião de mediação marca o cumprimento (às vezes inicial, mas por vezes da própria fase de mediação), a predeterminação do prazo para sua realização se mostra de extrema importância para oferecer previsibilidade, afastar possíveis e indesejadas tentativas de procrastinação, e em particular balizar o termo inicial da suspensão da prescrição.

O local da primeira reunião de mediação é o segundo item relacionado que, em princípio, pode ser relacionado ao custo da mediação e à própria viabilização da aceitação do convite, considerando partes que não residam na mesma localidade.

O terceiro inciso do artigo 22 trata da previsão acerca dos critérios de escolha do mediador ou equipe de mediação. A escolha do mediador, como alertam Anna e Marc Burbidge é “crítica para o sucesso da mediação”¹⁰. Envolvendo

¹⁰ BURBRIDGE, MARC. *Gestão de conflitos. Desafio do mundo corporativo*. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, pag. 199

vários elementos relacionados ao sujeito que escolhe (as partes devem estar de acordo sobre o mediador que conduzirá a mediação) e ao sujeito que é escolhido (o mediador, sua capacitação e experiência em mediação, especialização na matéria objeto da controvérsia, o valor de seus honorários), o fato é que essa escolha, na grande maioria das vezes, é o primeiro acordo realizado entre as partes e pode servir como boa base relacional para a construção de outros no futuro.

A grande questão que se coloca é como estabelecer esses critérios, em especial na mediação ad hoc, pois na mediação institucional o regulamento certamente disporá sobre o assunto. Algumas opções se mostram possíveis como a indicação de determinado mediador ou mediadores e, neste caso, sugere-se que haja também a previsão de substituto para o caso de não aceitação ou impossibilidade de exercício da função. Outra possibilidade é o estabelecimento que a escolha será feita por meio de listas de mediadores com um número de participantes prefixado, sendo escolhido o primeiro nome em comum. Ainda é possível, incluir outros critérios que se relacionam à experiência, qualificação, esti-

lo de mediação, e profissão de origem do mediador e mesmo prever que os candidatos serão entrevistados em conjunto pelas partes e/ou seus advogados.

O inciso IV do artigo em comento estabelece ainda como elemento essencial da cláusula a previsão de penalidade em caso de não comparecimento da parte convidada à primeira reunião de mediação. Compreendemos que o legislador pretendeu “incentivar” ou fortalecer o cumprimento contratual, mas nos causa estranheza a previsão obrigatória. Destacamos que, a depender do caso, somos favoráveis à inclusão de cláusula penal pelo descumprimento da obrigação, mas em nossa opinião sua adoção pelas partes deveria ser facultativa.

A indicação de regulamento, publicado por instituição idônea prestadora de serviços de mediação, no qual constem critérios claros para a escolha do mediador e realização da primeira reunião de mediação pode substituir a especificação dos itens acima enumerados (art. 22, §1º.).

Sublinha-se que o legislador se preocupou em qualificar a idoneidade da instituição prestadora dos serviços de mediação como fator de escolha, preocupação que está no

âmbito do Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem (Conima) que ao longo dos últimos anos vem se dedicando a oferecer à sociedade parâmetros de boas práticas em mediação e arbitragem¹¹.

Tais elementos mínimos acima elencados visam conferir completude à previsão contratual de mediação, na medida em que possibilitam que diante da controvérsia existente, as partes possam dar início à mediação sem que outros conflitos surjam em razão da própria cláusula.

Entretanto, o legislador, cauteloso, também prevê critérios para a realização da primeira reunião de mediação, no caso da previsão contratual estar incompleta. Nos termos do § 2º, do artigo 22, não havendo previsão contratual completa, deverão ser observados os seguintes critérios para a realização da primeira reunião de mediação: I - prazo mínimo de dez dias úteis e prazo máximo de três meses, contados a partir do recebimento do convite; II - local adequado a uma reunião que possa envolver informações confidenciais; III - lista de cinco nomes, informações de contato e referências profissionais de mediadores capacitados; a parte convidada poderá escolher, expressa-

mente, qualquer um dos cinco mediadores e, caso a parte convidada não se manifeste, considerar-se-á aceito o primeiro nome da lista.

Ainda encontramos mais uma previsão “incentivadora” ao comparecimento da parte à primeira reunião de mediação. Nos termos do inc, IV, do art. 22, - o não comparecimento da parte convidada à primeira reunião de mediação acarretará a assunção por parte desta de cinquenta por cento das custas e honorários sucumbenciais caso venha a ser vencedora em procedimento arbitral ou judicial posterior, que envolva o escopo da mediação para a qual foi convidada.

Outras previsões contratuais costumam ser indicadas para constarem na cláusula, como idioma que será praticado na mediação, estabelecimento de responsabilidade pelo pagamento dos honorários e custas da mediação e tempo de duração da fase da mediação, em especial quando há previsão de escalonamento para a arbitragem.

Destaca-se ainda que, na hipótese em que uma das partes da relação jurídica figure como ente da administração pública, disposições sobre mitigação do princípio da confidencialidade, indicação de

¹¹ Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem-CONIMA possui entre seus filiados instituições de referência, um programa de certificação PAR-CO-NIMA e um canal de Ouvidoria para receber denúncias sobre instituições inidôneas. Disponível em www.conima.org.br.

representante com poderes e autonomia decisória, disposições especiais sobre prazos, a escolha o processo de escolha do mediador e assunção das despesas e custos devem ser incluídas na cláusula de mediação, em atenção aos princípios constitucionais que regem a esfera da administração pública.

Outro aspecto de suma importância para a eficácia da cláusula de mediação diz respeito ao seu efeito vinculante para as partes. A fase de mediação não deve ser desrespeitada, pois seu descumprimento fere a obrigação jurídica assumida e despreza excelente oportunidade para que as partes possam juntas, com o auxílio do mediador, construir o consenso.

O legislador não restou alheio ao tema, mas foi, digamos brando, ao prever a suspensão do processo pelo árbitro ou juiz, diante da existência de um contrato de mediação. Sem dúvida, foi um bom passo, mas poderia ter ido além. Defendemos o entendimento de que, diante do acordo entre as partes para a mediação

prévia ao litígio, arbitral ou judicial, tal fase é obrigatória (a sessão de pré-mediação) e deve ser respeitada por todos, inclusive pelos árbitros e juízes¹².

Diante de tantas especificidades e porque não dizer, complexidade, frisamos a importância da assessoria jurídica especializada que oferece às partes orientações jurídicas antes da mediação, sobre a escolha do meio de solução de controvérsias que será utilizado, acerca da indicação de mediação ad hoc ou institucional e neste caso, indicando a instituição prestadora de serviços idônea e apropriada ao caso, durante a mediação, sendo “o assessor de seu cliente, tendo o cuidado de contribuir, com dados técnico-jurídicos, para o avanço de uma negociação de ganhos mútuos, mantendo-se em atitude não adversarial, como bem refere Carlos Eduardo de Vasconcelos¹³, na elaboração dos termos jurídicos do acordo e mesmo após a mediação, na fase de seu cumprimento.

4. CLÁUSULA DE MEDIAÇÃO: A OPORTUNIDADE DE AUTOCOMPOSIÇÃO PROJETADA

Para além do movimento de positivação da cláusula-

¹² Para o tema: *Cláusulas escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem*. LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. São Paulo: Saraiva, 2013.

¹³ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. 2ª edição revista, atualizada e ampliada consoante resoluções do CNJ, CONIMA e projeto do CPC. São Paulo: Editora Método, 2012. pag.69

la de mediação que vem em boa hora, nos parece interessante ressaltar as vantagens da inclusão prévia de referida previsão, notadamente por estarmos em período de transição paradigmática da cultura da sentença para a cultura da utilização de meios autocompositivos. Em outras palavras, quais seriam os motivos que levaram o legislador a regulamentar expressamente a cláusula de mediação?

É sabido que, apesar de todos os benefícios que a Mediação proporciona às partes na gestão de suas controvérsias e de longa experiência que já possuímos em Mediação, sua utilização em larga escala, em especial na área das relações contratuais, ainda está em fase de solidificação.

Embora nossa vivência em Mediação se inicie mais tarde, não é muito diferente da ocorrida em diversos países, como Estados Unidos da América, Canadá, França, Inglaterra, em que, já ao final dos anos 70, a Mediação se inicia nas relações comunitárias, familiares e aos poucos migrou para a área empresarial e cível. Nosso tempo é tardio e isso nos proporciona a oportunidade de aprender com as experiências estrangeiras.

Nesse panorama que nos possibilita a importação e na-

cionalização de conhecimento, dentre vários elementos que contribuíram para o progresso da utilização da Mediação na área cível e empresarial nos países acima citados, encontra-se em destaque a cláusula de mediação¹⁴.

À título exemplificativo, na província canadense do Quebec, a cláusula de mediação foi objeto de campanha institucional sob o slogan “« Servez votre cause, exigez la clause », ou seja, “ Sirva à sua causa, exija a cláusula ”- campanha levada pelo IMAQ- Institut de médiation et arbitrage du Québec nos anos 2002, com o apoio do Ministério da Justiça, dos operadores do Direito e de organizações empresariais¹⁵.

Sabemos que ainda figura como barreira à utilização de Mediação a percepção de fragilidade na propositura de um espaço para o consenso. Para muitos, ainda persiste a ideia que a parte (e seu advogado) só abre negociações quando a avaliação do Direito é tida como fraca. Diante da existência de uma cláusula de mediação, essa barreira é facilmente superada, pois surgida a controvérsia, a Mediação já está prevista e se coloca naturalmente.

Enfim, há que se estimular a inserção da cláusula de mediação nos contratos, pois,

¹⁴ O Pacto de Mediação, de iniciativa do International Institute for Conflict Prevention & Resolution (CPR) firmado em 1984 por várias empresas e escritórios de advocacia norteamericanos é considerado forte propulsor da Mediação. Sob essa inspiração, foi lançado, com enorme sucesso, o Pacto de Mediação brasileiro, em 11 de novembro de 2014, em sede da Federação e o Centro das Indústrias do Estado de São Paulo (Fiesp e Ciesp) Fiesp/Ciesp, iniciativa coordenada pelo Prof Kazuo Watanabe e integrantes do Comitê de Mediação: Daniela Gabay, Diego Faleck, Fernanda Tartuce e Marco Lorencini, grupo que tenho a honra de compor.

¹⁵ IMAQ- Institut de médiation et arbitrage du Québec. Endereço digital: <http://imaq.org/>. Acesso em 10/12/2015.

como bem assinala Vivien Lys Porto Ferreira, “Se o sistema jurídico e principiológico que norteia o Direito contratual confirma a cláusula de mediação como aderente ao programa contratual, não há por que os interpretes, operadores do direito e contratantes postergarem a análise da viabilidade da sua aplicação, bem como

da sua escolha ao elaborarem um contrato”¹⁶.

Fica aqui o convite: adotem a cláusula de mediação! Ela é juridicamente segura e é porta de entrada natural para um espaço de autodeterminação, de construção de consenso, de ganho de tempo e dinheiro, de preservação das relações, de cidadania.

¹⁶ FERREIRA, Vivien Lys Porto. A aderência da cláusula de mediação nos contratos sob a ótica dos princípios contratuais- efetividade privada versus judicialização. In: Revista de Arbitragem e Mediação, 46, jul-set de 2015, São Paulo: Editora Thompson Reuters. Revista dos tribunais, Publicação Oficial do Instituto dos Advogados de São Paulo, pag. 193.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICA

BAYER, Sandra Regina Garcia Oliven. Os novos marcos regulatórios da mediação: breve reflexão sobre os aspectos polêmicos da nova legislação. In *Revista de Arbitragem e Mediação Empresarial - Grupo de Estudos em Arbitragem da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Grupo de Estudos em Mediação Empresarial da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais Ano II. Número 3. – (jul/dez 2015) –.no prelo.*

BURBRIDGE, MARC. *Gestão de conflitos. Desafio do mundo corporativo.* São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em 11/12/2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução 125/2010 do. Disponível em http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_125_29112010_compilada.pdf. Acesso em 07/12/2015.

CONSELHO NACIONAL DAS INSTITUIÇÕES DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM- CONIMA. Endereço digital: www.conima.org.br. Acesso em 10/12/2015.

FERREIRA, Vivien Lys Porto. A aderência da cláusula de mediação nos contratos sob a ótica dos princípios contratuais- efetividade privada versus judicialização. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, 46, jul-set de 2015, São Paulo: Editora Thompson Reuters. *Revista dos tribunais, Publicação Oficial do Instituto dos Advogados de São Paulo.*

INSTITUT DE MÉDIATION ET ARBITRAGE DU QUÉBEC (IMAQ)-. Endereço digital: <http://imaq.org/>. Acesso em 10/12/2015.

LEI DE MEDIAÇÃO. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em 11/12/2015.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *Cláusulas escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem.* São Paulo: Saraiva, 2013.

RODOVALHO, Thiago. *Mediação obrigatória?* In *Portal Processual*. Artigo disponível em <http://portalprocessual.com/mediacao-obrigatoria/>. Acesso em 16 set 2015.

SANDER, Frank E.A. *Varieties of Dispute Processing, in THE POUND CONFERENCE: PERSPECTIVES ON JUSTICE IN THE FUTURE.* Disponível em: <http://geoffsharp.atomicrobot.co.nz/wp-content/uploads/2010/03/PoundConfSander.pdf> .Acesso em 07/12/2015.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis. 2.ed.rev., atual. e ampl.* Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2015

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de . *Mediação de conflitos e práticas restaurativas. 2ª.edição revista, atualizada e ampliada consoante resoluções do CNJ, CONIMA e projeto do CPC.* São Paulo: Editora Método, 2012

WATANABE, Kazuo. *Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento a dequado dos conflitos de interesses.* <http://www.tjsp.jus.br/download/conciliacao/nucleo/parecerdeskazuowatanabe.pdf>. Acesso em 07/12/2015.

Mediação e Conciliação

Revista
Científica
Virtual

LEIA EDIÇÕES
ANTERIORES EM:

WWW.ESAOABSP.EDU.BR

Proposta

A Revista Científica Virtual é uma publicação da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção São Paulo.

A Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção São Paulo tem como missão estimular pesquisas independentes sobre temas jurídicos relevantes para a Advocacia, objetivando um melhor aperfeiçoamento de nossos docentes e discentes e também a produção científica nacional.

Escopo

A Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção São Paulo é um periódico voltado à publicação de artigos científicos inéditos, resultantes de pesquisas e estudos independentes sobre os mais diversos temas de todas as áreas do direito.

Público Alvo

A Revista Científica Virtual é uma publicação da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção São Paulo é voltada para docentes e discentes da Escola e todos os demais operadores do direito das diversas carreiras jurídicas, tais como professores, estudantes, pesquisadores, advogados, magistrados, promotores e produtores.

Normas de Submissão

A Revista Científica Virtual é uma publicação da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção São Paulo recebe artigos jurídicos inéditos do Corpo docente e discente da Escola, de todas as áreas do direito.

Avaliação

Os artigos recebidos pela Revista são submetidos ao crivos da ESA para avaliação da adequação à linha editorial da Revista e às exigências para submissão. Aprovados nesta primeira etapa, os artigos são encaminhados para análise por especialistas nas respectivas áreas temáticas. A decisão final quanto a publicação é do Conselho Editorial.

Direitos Autorais

Ao submeterem textos à Revista, os autores declaram serem titulares dos direitos autorais, respondendo exclusivamente por quaisquer reclamações relacionadas a tais direitos. Os autores autorizam à Revista, sem ônus, a publicar os referidos textos em qualquer meio, sem limitações, quanto ao prazo, ao número de exemplares, ao território ou qualquer outra. A revista fica também autorizada a adequar os textos a seus formatos de publicação e a modificá-los para garantir o respeito à norma culta da língua portuguesa.

Meio e Periodicidade

A Revista Científica Virtual é uma publicação da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil, Secção São Paulo será publicada com a periodicidade trimestral, exclusivamente em meio eletrônico - pelo site: www.esaoabsp.edu.br, com acesso público gratuito.

Responsabilidade Editorial

A responsabilidade editorial é exercida em conjunto pela Diretoria e Coordenação Geral da Escola Superior de Advocacia e pelo Conselho Editorial.

Responsabilidade Científica

O conteúdo dos artigos publicados na Revista, inclusive quanto à sua veracidade, exatidão e atualização das informações e métodos de pesquisa - é de responsabilidade exclusiva do (s) autor (es). As opiniões e conclusões expressas não representam posições da Ordem dos Advogados do Brasil, Secção São Paulo ou da Diretoria da Escola Superior de Advocacia da OAB/SP.

APRIMORE
SEUS CONHECIMENTOS
COM QUEM É
REFERÊNCIA!



Mediação e Conciliação

Revista Científica Virtual

Edição
23
Verão



2016

 OAB
SÃO PAULO
ESA