

MEDIAÇÃO

PREFÁCIO DE
GILMAR MENDES

ENTREVISTAS COM
RICARDO LEWANDOWSKI
DWIGHT GOLANN

DEPOIMENTO DE
FELIPE SANTA CRUZ

ARTIGOS DE
LUIS FELIPE SALOMÃO
MARCUS VINICIUS COELHO
JACQUELINE MONTENEGRO

EM PARCERIA COM:

FGV CÂMARA
DE MEDIAÇÃO
E ARBITRAGEM

idp

Instituto Brasileiro de Direito Público
Escola de Direito de Brasília
Escola de Administração de Brasília

REALIZAÇÃO E PARCERIA





Primeiro Presidente Fundador
Luiz Simões Lopes

Presidente
Carlos Ivan Simonsen Leal

Vice-Presidentes
Sergio Franklin Quintella, Francisco Oswaldo Neves Dornelles e
Marcos Cintra Cavalcante de Albuquerque

CONSELHO DIRETOR

Presidente
Carlos Ivan Simonsen Leal

Vice-Presidentes
Sergio Franklin Quintella, Francisco Oswaldo Neves Dornelles e
Marcos Cintra Cavalcanti de Albuquerque

Vogais
Armando Klabin, Carlos Alberto Pires de Carvalho e Albuquerque,
Cristiano Buarque Franco Neto, Ernane Galvêas, José Luiz Miranda,
Lindolpho de Carvalho Dias, Marclício Marques Moreira e Roberto Paulo
Cezar de Andrade.

Suplentes
Aldo Floris, Antonio Monteiro de Castro Filho, Ary Oswaldo Mtos Filho,
Eduardo Baptista Vianna, Gilberto Duarte Prado, Jacob Palis Júnior,
José Ermírio de Moraes Neto, Marcelo José Basílio de Souza Marinho e
Maurício Matos Peixoto.

CONSELHO CURADOR

Presidente
Carlos Alberto Lenz César Protásio

Vice-Presidente
João Alfredo Dias Lins (Klabin Irmãos e Cia)

Vogais
Alexandre Koch Torres de Assis, Antonio Alberto Gouvêa Vieira, Banco BBM S.A. (Pedro Henrique Mariani Bittencourt, Tomas Brizola e Alexandre Lovenkron), Carlos Alberto Lenz Cesar Protásio, Eduardo M. Krieger, Estado da Bahia (Governador Rui Costa), Estado do Rio Grande do Sul (José Ivo Satori), Federação Brasileira de Bancos (Angélica Moreira da Silva), Heitor Chagas de Oliveira, IRB - Brasil Resseguros S.A (Leonardo André Paixão e Rodrigo de Valnísio Pires Azevedo), Klabin Irmãos & Cia (João Alfredo Dias Lins), Luiz Chor, Marcelo Serfaty, Márcio João de Andrade Fortes, Marcus Antonio de Souza Faver, Publicis Brasil Comunicação Ltda. (Orlando dos Santos Marques), Sandoval Carneiro Junior, Sindicato das Empresas de Seguros Privados, de Previdência complementar e de Capitalização nos Estado do Rio de Janeiro e do Espírito Santo (Ronaldo Mendonça Vilela), Souza Cruz S/A (Andrea Martini), Votorantim Participações S.A (Raul Calfat) e Willy Otto Jorden Neto.

Suplentes
Banco de Investimentos Crédit Suisse S.A. (Nilson Teixeira), Brookfield Brasil Ltda. (Luiz Ildefonso Simões Lopes e Emerson Furtado Lima), Cesar Camacho, José Carlos Schmidt Murta Ribeiro, Luiz Roberto Nascimento Silva, Manoel Fernando Thompson Motta Filho, Monteiro Aranha Participações S.A. (Olavo Monteiro de Carvalho), Rui Barreto, Sérgio Andrade, Sul América Companhia Nacional de Seguros (Patrick de Larragoiti Lucas), Vale S.A (Clóvis Torres) e Victório Carlos de Marchi.

Sede
Praia de Botafogo, 190, Rio de Janeiro – RJ, CEP 22250-900 ou Caixa Postal 62.591
CEP 22257-970, Tel: (21) 3799-5498, www.fgv.br

Instituição de caráter técnico-científico, educativo e filantrópico, criada em 20 de dezembro de 1944 como pessoa jurídica de direito privado, tem por finalidade atuar, de forma ampla, em todas as matérias de caráter científico, com ênfase no campo das ciências sociais: administração, direito e economia, contribuindo para o desenvolvimento econômico-social do país.

Impresso em papel certificado, proveniente de florestas plantadas de forma sustentável, com base em práticas que respeitam o meio ambiente e as comunidades.



Diretor
Cesar Cunha Campos

Diretor Técnico
Ricardo Simonsen

Diretor de Controle
Antônio Carlos Kfourir Aida

Diretor de Qualidade
Francisco Eduardo Torres de Sá

Diretor de Mercado
Sidnei Gonzalez

Diretores-Adjuntos de Mercado
Carlos Augusto Costa
José Bento Carlos Amaral



Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP
Escola de Direito de Brasília (EDB)
Escola de Administração de Brasília (EAB)
www.idp.edu.br
(61)3535.6565

Fundadores
Gilmar Ferreira Mendes
Paulo G. Gonet Branco

Diretora-Geral
Dalide Corrêa

Diretora Acadêmica da Escola de Direito e de
Administração
Fátima Cartaxo

Coordenador Científico
Marco Aurélio Gastaldi Buzzi

Coordenador Geral do Mestrado Acadêmico em Direito
Paulo G. Gonet Branco

Coordenador-adjunto do Mestrado Acadêmico em Direito
Sérgio Victor

Coordenador da Pós-Graduação
Atalá Correia

EDITORIAL
Editor-Chefe
Sidnei Gonzalez

Coordenação Editorial
Manuela Fantinato

Produção Editorial
Marianna Jardim

Projeto Gráfico
Patrícia Werner
Fernanda Macedo

Diagramação
Luísa Ulhoa

Revisão e Preparação de textos
Cristina Romanelli
Isabel Ferreira Maciel
Lia Duarte Motta
Talita Marçal

Fotos
Shutterstock
Library of Congress
Fernando Donasci / Archives O Globo.
Custódio Coimbra / Agência O Globo.
Rubens Chaves/Folhapress
Folhapress
Nelson Jr./SCO/STF

PUBLICAÇÃO PERIÓDICA DA
FGV PROJETOS
Os depoimentos e artigos são de responsabilidade dos
autores e não refletem, necessariamente, a opinião da FGV.
Esta edição está disponível para
download no site da FGV Projetos:
www.fgv.br/fgvprojetos

CADERNOS



DEZEMBRO 2015 | ANO 10 | Nº 26 | ISSN 19844883

SUMÁRIO

EDITORIAL

06 **Cesar Cunha Campos**

PREFÁCIO

08 **Gilmar Ferreira Mendes**

ENTREVISTAS



10 **Ricardo Lewandowski**

O Cadernos FGV Projetos entrevistou o presidente do Supremo Tribunal Federal, o ministro Ricardo Lewandowski, que avaliou o momento do Poder Judiciário, de acordo com a Lei 13.140 e o novo Código de Processo Civil. Na entrevista, o ministro-presidente fala também do papel do Conselho Nacional de Justiça na promoção da mediação.

18 **Dwight Golann**

Professor da Suffolk University, em Boston, nos Estados Unidos, Dwight Golann esclarece as diferenças do processo de mediação nos Estados Unidos em relação ao Brasil. O acadêmico fala um pouco de sua experiência no ramo e compara a mediação a uma intervenção cirúrgica nas relações entre partes.

DEPOIMENTOS



24 **Felipe Santa Cruz**

O presidente da seccional do Rio de Janeiro da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/RJ) fala sobre a estruturação da Câmara de Mediação de Conflitos (CaMC) da OAB/RJ, criada pela Comissão de Mediação de Conflitos (CMC) da OAB/RJ. Felipe Santa Cruz relata também os esforços da OAB/RJ para estimular a mediação como meio de resolução de conflitos entre advogados e estagiários.

ARTIGOS

30 **Luis Felipe Salomão**

O marco regulatório para a mediação no Brasil

38 **Marcus Vinicius Coêlho**

A mediação e o Exame de Ordem

46 **Jacqueline Montenegro**

Mediação no Poder Judiciário: instrumento de democratização do acesso à Justiça e de política de administração judicial

54 **Cesar Cury**

O novo Código de Processo Civil e a mediação

62 **Daniela Gabbay**

Mediação de conflitos no âmbito jurídico: o crescimento da mediação empresarial no Brasil

76 **Isadora Ruiz**

Mediação: uma possível solução para Mariana?

84 **Juliana Loss**

Flexibilidade e satisfação das partes: base e legado da institucionalização da mediação no Brasil

92 **Kátia Valverde Junqueira**

Mediação x Judicialização: papel e perspectivas do advogado

102 **Andrea Maia**

A gestão estratégica de conflitos empresariais pela mediação



EDITORIAL

Cesar Cunha Campos

Diferentemente das culturas norte-americana e europeia, o Brasil ainda cultiva a cultura de judicialização de conflitos, o que gera enorme prejuízo à agilidade da Justiça. Cerca de 100 milhões de processos tramitam pela Justiça brasileira atualmente. Questões ligadas a relações de consumo concentram grande soma desses processos, respondendo por 38% do total em tramitação pelos tribunais e 30% das novas ações apresentadas anualmente, segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Somam-se a esses números a grande quantidade de processos envolvendo a administração pública. Muitos desses processos que chegam aos tribunais poderiam ser evitados por meio de acordos entre as partes, de maneira mais eficiente e ágil.

Já em 2010, o CNJ editou uma resolução indicando a mediação como meio prioritário de resolução de conflitos. Na esteira dessa e de outras iniciativas, dois importantes instrumentos legais vêm para mudar esse cenário, beneficiando toda a sociedade e fazendo tribunais, empresas e cidadãos se adaptarem a uma nova cultura jurídica. O novo Código de Processo Civil, em vigor a partir de 2016, contempla a mediação, ao lado da conciliação e da arbitragem, como modos preferenciais de solução de conflitos, determinando que profissionais do direito, de juízes a advogados, defensores a membros do Ministério Público, estimulem esses mecanismos. Por sua vez, a Lei nº 13.140/15, conhecida como lei da mediação, não apenas regulamenta o uso dessa forma de solução de conflitos, mas o torna obrigatório em alguns casos, antes de iniciar um processo adversarial.

Por meio da mediação, um terceiro, o mediador, neutro e imparcial, atua como facilitador do diálogo entre as partes envolvidas. O resultado é um procedimento conduzido de maneira colaborativa, para que se chegue a conclusões de benefício mútuo. Isso implica em uma importante mudança de cultura de gestão de conflitos, com grande impacto na estrutura jurídica do país, investimento na qualificação de profissionais e a criação de câmaras e instâncias facilitadoras.

Nos Estados Unidos, apenas 5% dos processos levados ao Judiciário vão a julgamento, e os mediadores privados informam que 90% dos seus casos são resolvidos por meio de mediação. Já na Europa, algumas jurisdições reportam que 85% dos casos de mediação terminam em acordos. A perspectiva é que os novos marcos legais contribuam para diminuir a quantidade de processos nos tribunais brasileiros, aumentando enormemente sua eficiência.

Esta edição do Cadernos FGV Projetos, realizada em parceria com a Câmara de Mediação e Arbitragem da FGV e o Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), reúne entrevistas, depoimentos e artigos sobre o uso da mediação, trazendo experiências internacionais e a visão de diversas instâncias jurídicas do país. Autoridades, especialistas e representantes do setor privado apresentam o estado da arte da legislação disponível e compartilham experiências e perspectivas sobre os impactos que essa mudança deverá trazer para a sociedade brasileira.

Boa leitura!

Cesar Cunha Campos é diretor da FGV Projetos



PREFÁCIO

Gilmar Ferreira Mendes

A Constituição de 1988 consagra um expressivo elenco de direitos destinados à defesa de posições jurídicas perante a Administração ou com relação aos órgãos jurisdicionais em geral, como os princípios do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII) e do devido processo legal (art. 5º, LV). Nesse contexto, o princípio da proteção judicial efetiva (art. 5º, XXXV) se afigura como pedra angular do sistema de proteção de direitos.

A atuação independente e eficaz do nosso Poder Judiciário, no entanto, tem sido constantemente desafiada por limitações inerentes à sua estrutura organizacional. O aumento do tempo médio de tramitação dos processos e o crescente número de demandas indicam um quadro de deficiências generalizadas que inviabilizam a promessa de prestação jurisdicional efetiva. Nesse cenário, o desenvolvimento de métodos alternativos de resolução de conflitos se mostra imprescindível para a preservação de direitos e apaziguamento da litigiosidade social.

A importância da valorização de mecanismos autocompositivos, a propósito, há muito vem orientando a atuação de entidades como o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que fo-

menta os Núcleos Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos desde 2010, e a Advocacia Geral da União (AGU), que já há oito anos desenvolve as Câmaras de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal. No âmbito legal, as transformações perpetradas pela Lei nº 13.129/15 e pela Lei nº 13.140/15 não deixam dúvida quanto aos avanços dessas formas de autocomposição no direito brasileiro e da sua importância para a preservação de posições jurídicas individuais.

Diante da reconhecida relevância do tema, é com entusiasmo que se recebe a presente edição do Cadernos FGV Projetos. Mais do que um mero informativo doutrinário, a publicação busca apresentar análises de renomados juristas sobre os desafios atuais da mediação no Brasil, conjugando contribuições de acadêmicos e profissionais especialistas com o intuito de proporcionar aos leitores uma visão multifacetada do instituto. Cuida-se de mais uma obra fruto da parceria entre a Fundação Getúlio Vargas (FGV) e o Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP) que, com maestria e originalidade, cumpre o desiderato de fomentar a construção científica em tema de vanguarda em nosso direito.

Gilmar Ferreira Mendes é ministro do Supremo Tribunal Federal

ENTREVISTA



Ricardo Lewandowski

Ministro-Presidente do Supremo Tribunal Federal
e do Conselho Nacional de Justiça

Formado em direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo e em ciências sociais pela Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo, possui mestrado em Relações Internacionais pela Universidade de Tufts e de Harvard, e mestrado e doutorado em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). É professor titular e livre-docente da Faculdade de Direito da USP e ministro-presidente do Conselho Nacional de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Resumo

Nesta entrevista, o presidente do Supremo Tribunal Federal fala sobre os reflexos decorrentes da mudança na percepção da sociedade em relação a conflitos no Judiciário. Lewandowski argumenta que, na maioria dos casos, o mais apropriado é desenvolver soluções construtivas para disputas. Nesse contexto, o novo Código de Processo Civil e a nova lei de mediação entram no cenário jurídico de acordo com a nova cultura do Judiciário, que hoje procura auxiliar as partes para que encontrem soluções aceitáveis a fim de saírem satisfeitas, ao invés de gerar animosidade entre os elementos.

FGV PROJETOS: ESTAMOS ASSISTINDO A UMA IMPORTANTE MUDANÇA NO CONTEXTO DA JUSTIÇA BRASILEIRA. O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A LEI 13.140 (LEI DE MEDIAÇÃO) FORTALECEM E, ATÉ MESMO, TORNAM NECESSÁRIA, A MEDIAÇÃO COMO PRIMEIRO PASSO PARA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS. O PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO ESTÁ PREPARADO PARA ESSE NOVO MOMENTO?

MINISTRO LEWANDOWSKI: O Judiciário tem dedicado atenção a este tema desde meados da década de 1990, sobretudo a partir das reformas do Código de Processo Civil (CPC) e da adoção da conciliação nos Juizados Especiais. Posteriormente, em 2006, iniciou-se no Conselho Nacional de Justiça (CNJ) o Movimento pela Conciliação, que culminou com a edição da Resolução 125/2010, a qual serviu de inspiração tanto para o novo Código de Processo Civil como para a lei de mediação. Naturalmente, muitas providências ainda precisarão ser implementadas pelos tribunais para dar efetividade às inovações introduzidas por esses dois novos diplomas normativos.

ESSE NOVO POSICIONAMENTO DEPENDE SOMENTE DO JUDICIÁRIO OU É NECESSÁRIO TRABALHAR UMA MUDANÇA DE COMPORTAMENTO DA SOCIEDADE BRASILEIRA?

>> Tais novidades refletem uma mudança na percepção da sociedade em relação aos con-

flitos nas relações interpessoais e, de igual forma, no tocante ao papel do próprio Judiciário com relação ao deles. Até há pouco tempo, percebia-se esse fenômeno como algo negativo, desagregador, entendendo-se que a função do Judiciário seria, preferencialmente, dizer quem estaria com a razão (e quem estaria sem) em determinada demanda. Atualmente, há a compreensão de que os conflitos constituem um componente inevitável e, até certo ponto, natural em qualquer forma de interação social. Na maior parte das vezes, mais importante do que definir quem está certo e quem está errado em alguma disputa, é desenvolver soluções construtivas para ela. Como um bom exemplo é possível citar o que ocorre nas varas de família, onde praticamente já se abandonou a prática de apontar o responsável pela dissolução de determinado vínculo. Hoje, a preocupação maior é proteger pessoas eventualmente fragilizadas em consequência de relações familiares conflituosas e, em termos prospectivos, estimular os envolvidos a encontrar saídas que possam tornar suas vidas mais plenas e satisfatórias.

O CNJ TEM UM IMPORTANTE PAPEL NA CRIAÇÃO DE UMA NOVA CULTURA JURÍDICA. COMO ELE PODE CONTRIBUIR PARA QUE UMA NOVA CULTURA DE MEDIAÇÃO SEJA INTRODUZIDA? QUAIS SERIAM OS PRINCIPAIS PONTOS A SEREM OBSERVADOS PARA TAL?

>> O CNJ tem voltado sua atenção para a implantação de meios amigáveis de resolução de disputas, desde sua cogitação em 2005, os quais, na atual gestão, recebem atenção prioritária, conforme se pode ver nas próprias dire-

O JUDICIÁRIO ESTÁ REALIZANDO POLÍTICAS PÚBLICAS FOCADAS NA FACILITAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA E DA VALORIZAÇÃO DO PAPEL DOS MAGISTRADOS NA SOCIEDADE BRASILEIRA.

trizes da Presidência explicitados na Portaria 16/2015. Nelas alvitrou-se a necessidade de se potencializar iniciativas que promovam a desjudicialização, por meio de formas alternativas de solução de conflitos, compartilhando, na medida do possível, com a própria sociedade, a responsabilidade pela recomposição da ordem jurídica rompida.

O SENHOR ACREDITA QUE A MEDIAÇÃO POSSA EFETIVAMENTE SANAR O ESTOQUE DE PROCESSOS QUE EXISTE HOJE NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS?

>> De fato, este é um dos nossos maiores desafios, uma vez que, segundo o Anuário da Justiça Brasil de 2014, o total de ações em tramitação no Judiciário aumentou 27,400% (ou 274 vezes), em 25 anos. De acordo com esta pesquisa, em 1988 havia 350 mil processos em curso na Justiça brasileira; em 2012 o número de ações alcançou 96 milhões. Se atualizarmos os dados até a presente data podemos verificar que o número de demandas subiu 30000% (ou 300 vezes).

Se, de um lado, os números são alarmantes, demonstrando uma verdadeira “explosão de litigiosidade”, por outro, revelam que o Ju-

diciário está realizando políticas públicas focadas na facilitação do acesso à Justiça e da valorização do papel dos magistrados na sociedade brasileira.

O professor Nathan Roscoe Pound, diretor da Faculdade de Direito da Universidade de Harvard, já indicava, em 1906, que “a insatisfação com a administração da Justiça é tão antiga quanto o direito”. Esses primeiros debates acerca do tema sugerem que promover o acesso à Justiça consiste em reduzir, progressivamente, os índices de insatisfação com a prestação jurisdicional.

O Brasil, ao longo das últimas décadas, tem reduzido o grau de insatisfação dos jurisdicionados com o Judiciário. O que antes era considerada uma permanente “crise” do Poder, está sendo visto hoje como um resultado do crescente envolvimento da sociedade e, em especial dos magistrados, no tocante às novas práticas que permitem aprimorar os serviços prestados pelo Judiciário. Não é mais apropriado falar-se em crise quando nunca houve um Judiciário tão produtivo e atuante como nos dias atuais, integrado por um número razoável de magistrados, todos adequadamente capacitados e com amplo acesso à novas tecnologias.

O BRASIL NÃO TEM CULTURA DE MEDIAÇÃO NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS, CONSEQUENTEMENTE NÃO HÁ QUANTIDADE SUFICIENTE DE MEDIADORES TREINADOS PARA ATUAR NOS MILHÕES DE PROCESSOS QUE TRAMITAM NA JUSTIÇA BRASILEIRA. EXISTE ALGUM PLANEJAMENTO PARA ENFRENTAR ESSE DESAFIO?

>> O CNJ tem se preocupado com a formação de mediadores e com as condições que os tribunais terão para promover a multiplicação de instrutores que possam oferecer treinamentos desses auxiliares da Justiça. Até o presente, o CNJ já ofereceu 23 cursos de capacitação de instrutores, tendo formado ao todo mais de 500 instrutores para atuar em todo o Brasil.

Por outro lado, os cursos de formação de mediadores tiveram seus parâmetros curriculares recentemente revistos pelo CNJ, nos termos do art. 167, §1º, do novo CPC. No que concerne ao conteúdo programático desses cursos de mediação e conciliação houve ampla discussão com instrutores da iniciativa privada e dos tribunais para que pudessem ser estabelecidos parâmetros mínimos adotáveis no prazo mais curto possível.

O PODER JUDICIÁRIO TEM SEUS MEIOS DE CONTROLE DE QUALIDADE, PLANEJAMENTO, METAS, PROFISSIONAIS BEM FORMADOS E CAPACITADOS PARA ATUAR NA JUSTIÇA BRASILEIRA. HÁ PLANOS E ESTRATÉGIAS PARA CONTROLAR A QUALIDADE DOS MEDIADORES E O RESULTADO DAS MEDIAÇÕES?

>> Uma das primeiras atividades da atual Presidência do CNJ foi estimular a criação de um fórum de núcleos de mediação, da mesma forma que se fez em relação aos juizados especiais por meio do Fórum Nacional de Juizados Especiais, de modo a promover uma discussão ampla acerca da implantação de controles de qualidade dos mediadores e demais auxiliares da Justiça nos processos autocompositivos, compreendendo também os conciliadores e facilitadores de processos restaurativos.

Como a preocupação com o controle de qualidade dos mediadores e conciliadores já constava da Resolução 125/2010 do CNJ, entendeu-se que seria recomendável expandir essa prática para assegurar uma melhoria contínua dos processos consensuais adotados no Judiciário.

OS DADOS APRESENTADOS PELO PROGRAMA “JUSTIÇA EM NÚMEROS” SUGEREM UMA SIGNIFICATIVA REDUÇÃO DE CUSTOS E DE TEMPO DAS DEMANDAS EM RAZÃO DO USO DE MEIOS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS.

O ideal seria conseguir vincular essa avaliação qualitativa com a escolha do mediador pelas próprias partes, introduzindo um componente que levasse em conta a reputação deste para melhor orientar a sua indicação pelas partes. Todavia, esta é uma tarefa bastante delicada e ainda se encontra em discussão com setores da iniciativa privada e gestores dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos dos tribunais de Justiça.

EXISTEM PERSPECTIVAS DE QUE A MEDIAÇÃO IRÁ REDUZIR OS CUSTOS DO JUDICIÁRIO E TRAZER MAIS CELERIDADE À JUSTIÇA?

>> Os dados apresentados pelo programa “Justiça em Números” sugerem uma significativa redução de custos e de tempo das demandas em razão do uso de meios consensuais de solução de conflitos. Além disso, há indicações de aumento da satisfação dos jurisdicionados com as novas alternativas que o Judiciário lhes oferece. Um exemplo disso pode ser tirado das últimas duas Semanas Nacionais de Conciliação, em que se aferiu grau de satisfação dos jurisdicionados com os acordos logrados e com o próprio desempenho dos magistrados e servidores do Poder. Nestas duas ocasiões, a média de aprovação apurada foi superior a 80%.

COMO SERÁ REMUNERADO O TRABALHO DOS MEDIADORES E QUEM PAGA POR ESSE SERVIÇO?

>> Nos termos do art. 169 do novo CPC, ressaltada a hipótese dos tribunais que optarem pela seleção por concurso público, de mediadores e conciliadores, os facilitadores receberão, pelo seu trabalho, a remuneração prevista em tabela fixada pelas Cortes, conforme parâmetros estabelecidos pelo CNJ.

Segundo o art. 149 do novo CPC, os mediadores e conciliadores atuam como auxiliares da justiça e, como tal, devem ser remunerados segundo esse regime jurídico. Assim, as próprias partes arcarão com as despesas decorrentes da utilização de mediadores e conciliadores. Nas hipóteses em que as partes são beneficiárias da Justiça gratuita, ficando, dessa forma, isentas das custas, criaram-se mecanismos, a exemplo do previsto no §1º do art. 169 do novo CPC, o qual estabelece que a mediação e a conciliação podem ser realizadas como trabalho voluntário, observada a legislação pertinente e a regulamentação do respectivo tribunal.

O SENHOR ACHA QUE SERÁ PRECISO CRIAR UM SISTEMA DE ACOMPANHAMENTO E CONTROLE NO ÂMBITO DO PODER JUDICIÁRIO?

>> Certamente muitas atualizações procedimentais terão de ser implantadas em razão do novo regimento concebido para os mediadores e conciliadores. Os debates relativos a esse tema estão sendo desenvolvidos no âmbito do Comitê Gestor do Movimento pela Conciliação e pelo Fórum Nacional de Mediação e Conciliação (Fonamec). Acreditamos que os tribunais apresentarão suas sugestões ao CNJ sobre o assunto nos próximos meses.

QUAL A SUA OPINIÃO, COMO CHEFE DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO, SOBRE A INTRODUÇÃO DA MEDIAÇÃO E AS IMPORTANTES ALTERAÇÕES QUE SURTIRÃO COMO CONSEQUÊNCIA?

>> Aos poucos tem se criado uma cultura no Judiciário de que o importante papel de construtor de consensos envolve mais do





que simplesmente ditar quem é o vencedor de uma demanda. Auxiliar as partes para que estas encontrem soluções aceitáveis e viáveis do ponto de vista prático, de modo que elas saiam “vencedoras” ou, pelo menos satisfeitas ao final, tem sido uma perspectiva cada vez mais adotada por magistrados, conciliadores e mediadores judiciais. De fato, se uma parte que vence uma disputa, mas ainda se acha insatisfeita ao final do processo, há algo nele que precisa ser questionado. Partes vencedoras de uma disputa frequentemente se sentem perdedoras em razão do tempo gasto, das custas incorridas e, mais, da perda de vínculo com o oponente. Este último aspecto, para muitos dos maiores litigantes no nosso país, é especialmente relevante, pois a perda do vínculo com um consumidor, por parte de uma empresa, gera a necessidade de dispêndios com estratégias de *marketing* para refazer laços com clientes insatisfeitos e corrigir prejuízos causados à imagem da marca que a identifica. Não restam dúvidas de que um litígio judicial, nos moldes tradicionais, acaba por gerar animosidade entre as partes, podendo destruir defini-

tivamente relações de amizade ou de negócio desenvolvidas há muito tempo.

O Judiciário tem experimentado a cada ano profundas mudanças quanto à sua atuação, deixando de ser um espaço exclusivo no qual se prolatam sentenças destinadas a decidir litígios, para transformar-se em um centro de soluções pragmáticas, céleres e satisfatórias para os jurisdicionados que optem pelas formas autocompositivas de solução de conflitos. Isso pode ser constatado pela aprovação de um novo CPC e de um novo marco regulatório, a lei de mediação, que abrigaram nos respectivos textos o sentimento difuso na sociedade traduzido no denominado “movimento pela conciliação”. Testemunha-se, com isso, a formação de um novo Judiciário, que correlaciona o conceito de acesso à Justiça não mais com a mera aplicação da norma positivada a um caso concreto, mas com a efetiva satisfação dos jurisdicionados obtida dentro dos novos parâmetros proporcionados pelos procedimentos alternativos de resolução de disputas.

ENTREVISTA



Dwight Golann

Professor da Suffolk University

Dwight Golann se formou em direito na Universidade de Harvard, onde é professor visitante no programa de negociação. Vem lecionando sobre a resolução de litígios amplamente em toda a América do Norte, Europa e na China. Atualmente, é professor na Suffolk University, em Boston, nos Estados Unidos.

Resumo

O professor diferencia arbitragem e mediação no âmbito norteamericano e esclarece as regras e práticas desta última alternativa de resolução de conflitos nos Estados Unidos. Explica os riscos e benefícios da avaliação nas mediações e afirma que, nessas situações, não é aconselhável ao mediador oferecer pareceres sobre o que é certo ou justo. Golann justifica também a ausência de um sistema nacional de certificação de mediadores no país.

FGV PROJETOS: COMO FUNCIONA A RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS NO SISTEMA LEGAL NORTE-AMERICANO? QUAIS SÃO AS DIFERENÇAS ENTRE AS LEIS FEDERAIS E AS LEIS ESTADUAIS?

DWIGHT GOLANN: Na resolução de conflitos nos EUA, a principal distinção a ser feita é entre arbitragem e mediação. Na arbitragem, existe uma lei federal que concede muito poder ao árbitro. Quando as duas partes concordam com a arbitragem e o conflito está previsto em contrato, os tribunais dos EUA deferem a decisão para o árbitro. Nesse caso, os tribunais não anulam a decisão do árbitro; normalmente, cabe à parte perdedora provar que não concordou com a arbitragem ou que o comprometimento do árbitro é questionável. Além das leis de arbitragem em vigor nos diversos estados americanos, há uma variedade de regulamentos e decisões judiciais sobre arbitragem, porém a lei suprema é a federal.

No caso da mediação, por outro lado, não há uma única lei federal. A mediação é mencionada em mais de 2 mil leis e regulamentações estaduais, embora a maior parte esteja limitada a um tribunal ou tema específico como, por exemplo, os conflitos familiares.

O processo de resolução de litígios por meio da mediação pode ter início de três maneiras: (1) muitos tribunais exigem que as partes passem pela mediação, antes de o caso ir a juízo e, em casos de divórcio, podem exigir até a reunião com um juiz; (2) muitos advogados aconselham seus clientes a utilizarem a mediação para evitar os custos, riscos e atrasos associados ao processo judicial; (3) muitas empresas assinam contratos que preveem a mediação

como forma de resolução de conflito, antes que o caso chegue ao tribunal.

Quando as partes precisam mediar no tribunal, surgem as seguintes questões: o que uma pessoa deve fazer para mediar “de boa fé”? Até onde vai a autoridade da parte designada para resolução do conflito? Em litígios familiares, se a mediação fracassar, o juiz pode pedir a opinião do mediador? Quando as partes tomam a iniciativa de iniciar a mediação, estabelecem suas próprias regras.

QUAL O MELHOR MÉTODO PARA ATINGIR ESTE OBJETIVO E COMO FUNCIONA?

>> As duas forças que mais contribuíram para o desenvolvimento da mediação civil nos EUA foram os tribunais e as empresas. Os tribunais apoiaram a mediação por entenderem que se trata de uma forma de reduzir o número de processos. Além disso, os juízes das varas de família muitas vezes achavam frustrante ter que lidar com problemas emocionais complexos entre os cônjuges. Grandes empresas como a General Electric defenderam a mediação com o objetivo de reduzir o risco e os custos associados aos processos judiciais de litígio.

Os advogados também se tornaram grandes defensores da mediação, porém não foram os primeiros a liderar este movimento: eles aprenderam sobre mediação quando tiveram que mediar nos tribunais em defesa de seus clientes corporativos. Hoje, os advogados querem mediar e usam a mediação para lidar com clientes difíceis, buscando reduzir o risco de perder no processo judicial. Com a popularização da mediação, muitos advogados fizeram

HOJE, OS ADVOGADOS QUEREM MEDIAR E USAM A MEDIAÇÃO PARA LIDAR COM CLIENTES DIFÍCEIS, BUSCANDO REDUZIR O RISCO DE PERDER NO PROCESSO JUDICIAL.

cursos de capacitação como mediadores, fazendo desta uma segunda opção de carreira.

ESTÁ PRESTES A SER APROVADA NO BRASIL UMA NOVA LEI QUE ESTABELECE AS REGRAS E APLICAÇÕES DA MEDIAÇÃO, E A DIFERENCIA DE OUTROS TEMAS. NO PROCESSO DE CONCILIAÇÃO, POR EXEMPLO, O PROFISSIONAL RESPONSÁVEL PELA INTERMEDIAÇÃO DA CONTROVÉRSIA PODE SUGERIR UMA RESOLUÇÃO. JÁ NO PROCESSO DE MEDIAÇÃO ISSO NÃO OCORRE POIS O MEDIADOR PRECISA SER TOTALMENTE NEUTRO. QUAIS SÃO AS REGRAS E PRÁTICAS DE MEDIAÇÃO NOS EUA?

>> Quando as partes decidem sozinhas pela mediação, elas podem estabelecer as regras e escolher o mediador que tenha o estilo desejado. A maior parte dos advogados norte-americanos afirma desejar que os mediadores deem suas opiniões, desde que isso ocorra no contexto de um processo mais amplo, que também inclui a facilitação.

Acredito que seja útil sim, sugerir uma resolução, e posso fazê-lo sem comprometer minha neutralidade. Fatores-chave são “quando” e “como” o mediador dá sua sugestão, e como as partes interpretam a posição de neutralidade. Normalmente, só sugiro os termos da resolução após diversas horas de debate e, mesmo assim, só quando as partes parecem ter chegado a um impasse. Forneço sugestões para a resolução da controvérsia apenas como uma ideia, para ajudar a quebrar o impasse. Jamais insinuo que minha proposta de resolução é a saída mais “correta” ou mais “justa” para a controvérsia.

COMO USAR A AVALIAÇÃO NA MEDIAÇÃO? QUAIS OS RISCOS E BENEFÍCIOS?

>> Creio que a avaliação na mediação seja como a cirurgia na medicina. Quando os mediadores ajudam as partes a trocar informações, eles são como os médicos que recomendam exercício e dieta saudável. Quando auxiliam os litigantes na análise das questões legais polêmicas, estão administrando medicamentos com efeitos colaterais que causam desconforto. Já a avaliação do mediador se assemelha à cirurgia, pois assim como a cirurgia pode variar desde um procedimento artroscópico a uma cirurgia aberta de grande porte, a avaliação pode ser pequena e oferecer baixo risco ou ser abrangente e potencialmente ameaçadora.

A maior parte das pessoas não escolheria um médico cuja primeira reação a qualquer sinal de doença fosse lançar mão do bisturi. Ao mesmo tempo, poucos de nós se sentiria à vontade com um médico que se recusasse a realizar um procedimento cirúrgico independente deste ser ou não necessário. O desafio para o mediador é saber como realizar uma

“cirurgia” de avaliação no momento certo e da forma mais segura.

Como fazer isso? O tema é complexo. Fundamental para uma boa avaliação é jamais oferecer uma opinião pessoal sobre o que é certo ou justo no caso. Pense no seu papel como no de um “meteorologista”: você está tentando prever o tempo num tribunal futuro. Pode prever chuva, o que não significa que quer ver todos molhados – trata-se simplesmente de sua estimativa do que provavelmente ocorrerá.

Segundo minha experiência, quando dou às duas partes tempo para falarem, mostrando que estou tentando entender seus argumentos e deixando claro que não estou julgando ninguém, os litigantes acham a avaliação útil. Os advogados afirmam que frequentemente alguns mediadores (sobretudo ex-juizes) avaliam rápido demais, enquanto outros mediadores não conseguem fornecer uma avaliação mesmo quando ela é extremamente necessária. Os advogados gostam quando essa avaliação é feita pelos mediadores pois assim não perdem a posição de “fiéis gladiadores”, enquanto aqueles clientes com expectativas pouco realistas ouvem as más notícias de outra pessoa.

QUAIS SÃO OS PROFISSIONAIS
ENCARREGADOS DA MEDIAÇÃO?
ELES PRECISAM TER HABILIDADES
OU CONHECIMENTOS ESPECÍFICOS
SOBRE O TEMA EM DISCUSSÃO?



Aponte a câmera de seu dispositivo para o QR Code e assista a uma mediação realizada por Dwight Gollan.

>> Os mediadores americanos não precisam de licença para trabalhar nem são submetidos a regulamentação. Nos EUA, o movimento no sentido da mediação nasceu da crença de que os tribunais tinham se tornado excessivamente rígidos e regulados. Os mediadores acreditam que o campo deva permanecer livre para desenvolver-se e adaptar-se às necessidades das partes litigantes e da sociedade em geral.

Em 2012, atuei como presidente da comissão da Associação Americana de Advogados encarregada de recomendar se os mediadores deveriam estar sujeitos a um processo formal de certificação. Concluímos que não deveria ser criado um sistema nacional de certificação de mediadores, em parte porque não sentimos uma forte demanda para isso, mas também porque não parecia haver consenso sobre uma única maneira “correta” de conduzir a mediação.

Muitas organizações e tribunais privados criaram painéis de mediadores, e os casos são repassados apenas aos membros destes painéis. Para integrar o corpo de mediadores de um painel como este, o interessado terá que atender aos requisitos da organização patrocinadora. Normalmente, isso significa participar de um treinamento com duração de 30 a 40 horas que inclui simulações e observação de mediações reais. A principal qualificação, no entanto, é a experiência pregressa do candidato em questões jurídicas e sua reputação na comunidade de advogados. O ideal de um mercado livre se aplica à mediação, assim como a tantas outras áreas da vida norte-americana.



DEPOIMENTO



Felipe Santa Cruz

Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil do Rio de Janeiro

Graduado em direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, possui mestrado pela Universidade Federal Fluminense. Foi conselheiro da seccional do Rio de Janeiro da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/RJ) e dirigiu o Departamento de Apoio às Subseções da Ordem. É presidente da seccional do Rio de Janeiro da OAB.

Resumo

Neste depoimento, o presidente da seccional do Rio de Janeiro da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) fala sobre a constituição e a divisão dos trabalhos da Comissão de Mediação de Conflitos da OAB, criada em 2008. A Comissão deu origem à Câmara de Mediação de Conflitos da entidade. Felipe Santa Cruz também identifica a independência e a confidencialidade como princípios-chave do conceito de mediação.

COMISSÃO DE MEDIAÇÃO

A Comissão de Mediação de Conflitos da Ordem dos Advogados do Brasil, seccional do Rio de Janeiro (CMC OAB/RJ) foi constituída em 2008. Em um primeiro momento, ela se dividia em três grupos de trabalho: (i) estudo e pesquisa; (ii) formação e capacitação; e (iii) integração institucional. Com o tempo, seu espectro de atuação aumentou para abarcar outros seis grupos de trabalho: (iv) prática da mediação institucional (Tribunal de Ética e Disciplina – TED); (v) prática da mediação cível; (vi) prática da mediação empresarial; (vii) sensibilização da comunidade jurídica carioca em mediação cível; (viii) sensibilização da comunidade jurídica carioca em mediação empresarial; e (ix) sensibilização da comunidade jurídica fluminense (subseções) em mediação cível e empresarial.

Dentre os trabalhos desenvolvidos pelos grupos de trabalho da CMC, incluem-se: (primeiro grupo de trabalho) elaboração de parecer sobre a regulamentação legal da mediação de conflitos, encaminhado à comissão de juristas encarregada da elaboração do NCPC; publicação do livro *Arbitragem e Mediação: Temas Polêmicos*, em parceria com a Comissão de Arbitragem da OAB/RJ, pela editora Forense; publicação do livro *A Mediação no Novo Código de Processo Civil*, também pela editora Forense; (segundo grupo de trabalho) formação de duas turmas de mediadores; (terceiro grupo de trabalho) redação da Cartilha de Mediação de Conflitos da CMC OAB/RJ; contribuição para a elaboração do *Manual de Mediação de Conflitos para Advogados, Escrito Por Advogados*, publicado pela Escola Nacional de Mediação e Conciliação (Enam) do Ministério da Justiça; participação nas audiências públicas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal sobre o Marco Legal da

Mediação; representação da advocacia no Grupo de Trabalho para Diagnóstico dos Impactos no Novo Código de Processo Civil e da Lei de Mediação no Sistema de Justiça e no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro; (quarto grupo de trabalho) atendimento em mediação a mais de 300 casos envolvendo advogados no exercício da profissão; (quinto grupo de trabalho) estruturação da Câmara de Mediação de Conflitos (CaMC) da OAB/RJ, voltada ao atendimento de advogados em qualquer situação da vida civil, seja na esfera pessoal, seja em âmbito profissional; (sexto grupo de trabalho) estruturação da Câmara de Mediação de Conflitos (CaMC) da OAB/RJ, voltada ao atendimento de micro e pequenas empresas, em virtude de parceria com o Sebrae; (sétimo e oitavo grupos de trabalho) promoção de inúmeras palestras informativas, inclusive com mediadores internacionais; organização da “I Semana Universitária Fluminense em Mediação de Conflitos” (jun/2015 – parceria com Tribunal de Justiça, Universidade Cândido Mendes, Universidade Estácio de Sá, Fundação Getúlio Vargas, Ibmecc, Universidade Mackenzie, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Universidade Federal Fluminense, Universidade Federal do Rio de Janeiro e Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro); oferecimento do curso “Participação dos Advogados na Mediação à luz do NCPC e da Lei 13.140/15”, em parceria com a Escola Superior da Advocacia (ESA); (nono grupo de trabalho) divulgação do instituto da mediação de conflitos por todo o estado, mediante a promoção de palestras de sensibilização, em parceria com as subseções da OAB, nos foros onde há Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejusc), com o Tribunal de Justiça.

A CMC OABRJ TEM SE ESMERADO PARA SENSIBILIZAR OS ADVOGADOS E ESTAGIÁRIOS PARA A ESPECIAL ADEQUAÇÃO, EFETIVIDADE E TEMPESTIVIDADE [...] DO INSTITUTO DA MEDIAÇÃO NO TRATAMENTO DE CONFLITOS ORIUNDOS DE RELAÇÕES CONTINUADAS NO TEMPO

A CMC OAB/RJ tem se esmerado para sensibilizar os advogados e estagiários para a especial adequação, efetividade e tempestividade – pilares da concepção moderna de acesso à ordem jurídica justa – do instituto da mediação no tratamento de conflitos oriundos de relações continuadas no tempo e para esse novo mercado que surge no meio jurídico. Advogados podem se capacitar como mediadores ou participar de mediações, na qualidade de assessores jurídicos dos mediandos.

As iniciativas da Seccional do Rio de Janeiro guardam estrita consonância com movimento recente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que, por intermédio de seu Colégio de Presidentes, instituiu o “Pacto Nacional da Advocacia pelos Métodos Extrajudiciais de Solução de Conflitos”.

CÂMARA DE MEDIAÇÃO

Os três grupos de trabalho da CMC OAB/RJ voltados para a prática da mediação elaboraram um Código de Normas Éticas e Procedimentais e têm se dedicado primordialmente a casos oriundos do Tribunal de Ética da entidade.

Mais de 300 processos disciplinares foram cuidadosamente selecionados e encaminhados à CaMC OAB/RJ, na expectativa de que as partes vivenciassem a experiência da mediação, ou seja: da abordagem do conflito segundo os norteadores da imparcialidade do mediador; do protagonismo e da coautoria dos mediandos; e da confidencialidade da mediação, levando-se sempre em conta o equilíbrio de participação, o olhar sistêmico e prospectivo e a busca por soluções de benefício e satisfação mútuos.

Nossa carta-convite prevê:

“A mediação, diferentemente da conciliação, consiste em uma dinâmica de negociação assistida, na qual o mediador, terceiro, imparcial e sem poder decisório, auxilia as pessoas em conflito a estabelecer ou resgatar o diálogo, a refletir sobre seus reais interesses e a identificar, em coautoria, alternativas de benefício mútuo que contemplem suas necessidades e possibilidades, sempre com uma visão prospectiva. Tem por princípio fundamental a autonomia da vontade, devendo também observar a confidencialidade, a oralidade e a informalidade. A confidencialidade da mediação se estende a todas as informações geradas ao longo do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele que ficar previsto por expressa deliberação das partes. Em virtude do dever de sigilo, inerente à sua função, o mediador e sua equipe não poderão, sob qualquer hipótese, divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da mediação. É cabível a mediação, independentemente da existência ou não de processo judi-

cial em curso, nas situações em que a lei admita a negociação direta entre os interessados. A composição alcançada na mediação poderá abranger a totalidade ou não das questões controvertidas. Em observância aos princípios da mediação e na expectativa de potencializar suas chances de êxito, o procedimento em referência [...] ainda não teve sua instauração formalizada”.

Nosso termo de mediação dispõe que:

“(i) a equipe de Mediação atesta sua independência com relação às partes e ao tema mediado; (ii) mediadores, mediandos e advogados comprometem-se com a confidencialidade do processo, sendo certo que nenhum membro da equipe poderá, sob qualquer hipótese, depor acerca do conteúdo da Mediação; (iii) ficam as partes cientes de que, caso o TED entenda que houve infração ético-disciplinar, a celebração de acordo, por si só, não extingue o procedimento administrativo, mas poderá abrandar a sanção pelo reconhecimento de que as consequências do objeto do processo foram minoradas.”

O quadro de mediadores é composto por profissionais devidamente formados em mediação. As duplas são constituídas por um mediador advogado e um segundo profissional de qualquer área do conhecimento, de forma a se privilegiar a abordagem interdisciplinar dos conflitos de interesses.

Depois dos atendimentos, os mediandos respondem a um questionário de avaliação, que se destina a manter a prática cada vez mais aprimorada.



O MARCO REGULATÓRIO PARA A MEDIAÇÃO NO BRASIL



Luis Felipe Salomão

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Graduado em direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, Luis Felipe Salomão possui pós-graduação em direito comercial. Foi diretor-presidente da Escola Nacional da Magistratura e presidente da Associação dos Magistrados do Estado do Rio de Janeiro. É professor emérito da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro e da Escola Paulista da Magistratura. Presidiu a comissão de juristas com a finalidade de elaborar anteprojeto de lei de arbitragem e mediação. É ministro do Superior Tribunal de Justiça.

Resumo

Tendo como mote a redemocratização do Brasil e a Constituição de 1988, o artigo de Luis Felipe Salomão aborda questões como a ampliação do acesso à Justiça e a crescente judicialização das relações políticas e sociais no país. Nesse cenário, o autor expõe a relevância de se fomentar práticas consensuais de resolução de conflitos e trata da lei da mediação, promulgada em junho de 2015. Além de apresentar essa nova regulação, Salomão contextualiza historicamente o processo legislativo que a ensejou, lembrando outras leis e projetos de lei que também tiveram como proposta a mediação e as formas alternativas de elucidar conflitos.

No mundo pós-moderno, permanece atual a obra imortal do escritor tcheco Franz Kafka, que superou o seu tempo ao apresentar um painel rico em várias questões da vida contemporânea. Direito, psicanálise e religião são assuntos tratados por ele com absoluta transparência e objetividade. O percurso surrealista de Joseph K, personagem do magnífico texto de *O Processo*, homem indefeso e incrédulo dentro de um sistema judicial anacrônico e corrupto, hierarquizado e inacessível, cruel e injusto, é o pano de fundo de uma ampla reflexão sobre o Judiciário que se iniciou no período pós-guerra e ainda não terminou.

No Brasil, foi a partir da Constituição de 1988, quando se redemocratizou o país, que o Judiciário começou a ser demandado pela maioria da população brasileira. Essa explosão de demandas judiciais, funcionando como verdadeiro conduto de cidadania, teve reflexo imediato: a crise do Poder Judiciário.

Essa pletera de novas ações representa uma medalha de duas faces. Se, por um lado, o Judiciário nunca teve tanta visibilidade para a população, por outro, também é verdadeiro que a qualidade dos serviços prestados decaiu muito, especialmente por falta de estrutura material ou de pessoal, além de uma legislação processual inadequada aos novos desafios institucionais.

Surge também o fenômeno da judicialização das relações políticas e sociais, tal como o tema da democratização do acesso à justiça. A partir dos primorosos estudos dos juristas Mauro Cappelletti e Bryant Garth, principalmente, na obra *Acesso à Justiça*, podemos observar inúmeras contribuições para enfrentar o grave problema de acessibilidade, entre as quais se destacam: assistência judiciária gratuita; as ações coletivas e soluções alternativas à jurisdição.

No Brasil, a Lei da Ação Popular (nº 4.717/65), a Lei da Ação Civil Pública (nº 7.347/85), o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), a Lei dos Juizados Especiais (nº 9.099/95) e a Lei da Arbitragem (Lei nº 9.307/96) são alguns exemplos reais de tal preocupação.

O acesso à justiça, porém, não se limita ao ajuizamento de uma ação perante o Poder Judiciário, mas à garantia de entrada a um processo justo, sem entraves e delongas, e adequado à solução expedita do conflito. Isso porque a jurisdição estatal, como meio heterocompositivo, não raro coloca os litigantes em posições de vencedor e vencido e, longe de arrefecer os ânimos, pode estimular um ambiente de contendas entre as partes, fértil à deflagração de novas demandas.

Por isso, facilitar a comunicação entre os litigantes e garantir mais liberdade na discussão de suas desavenças contribui para a construção de uma solução consensual, com a vantagem de tornar as partes mais propensas em cumprir voluntariamente o que foi acordado, bem como o almejado efeito de prevenir novos desentendimentos.

Um desses métodos autocompositivos é a conciliação, que consiste na intervenção de um terceiro imparcial que aproxima as partes, escutando-as e auxiliando-as, ao apontar as vantagens na celebração de um acordo que ponha termo àquela disputa. A conciliação tem se mostrado adequada em especial quando os litigantes não possuem qualquer vínculo social entre si, tais como em litígios envolvendo colisão de veículos, relações de consumo, entre outras situações semelhantes.

A mediação, por seu turno, é um procedimento pelo qual um terceiro – imparcial e indepen-

A MEDIAÇÃO TEM SIDO APONTADA COMO MEIO ADEQUADO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS ENTRE AQUELES CUJA CONVIVÊNCIA É NECESSÁRIA OU IRÁ SE PERDURAR AO LONGO DO TEMPO.

dente –, dotado de técnicas específicas e sem sugerir a solução, busca aproximar as partes e facilitar o diálogo entre elas, a fim de que compreendam a origem e as facetas de suas posições antagônicas, permitindo-lhes construir por si mesmas a resolução do embate, sempre de modo satisfatório. Ao ter como foco a reconstrução da relação abalada entre os litigantes, a mediação tem sido apontada como meio adequado de resolução de conflitos entre aqueles cuja convivência é necessária ou irá se perdurar ao longo do tempo, como pode ocorrer em questões envolvendo familiares, vizinhos, colegas de trabalho e de escola, entre outros.

Por força dessas vantagens, a mediação paulatinamente vem sendo difundida em nosso país. Curiosamente, com o advento da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996), observou-se um número crescente de câmaras arbitrais também especializadas em mediação.

Mesmo antes da criação de um marco legal regulatório específico para a mediação, o que ocorreu com a edição da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, algumas leis esparsas já indicavam a possibilidade de resolução do conflito instaurado por meio desse instituto, sem definir, contudo, ao certo sua metodologia. Como, por exemplo, o art. 4º, I, da Lei nº 10.101/2000 que faz referência à mediação

visando a participação dos trabalhadores no lucro das empresas, e o art. 11 e seus parágrafos da Lei nº 10.192/2001, que também diz respeito à mediação em relações trabalhistas).

Assim, é oportuno apresentar um breve histórico das iniciativas legislativas sobre o tema que antecederam a Lei nº 13.140/2015, conhecida como Lei da Mediação.

A primeira tentativa de encaminhar uma lei versando especificamente sobre a mediação foi o Projeto de Lei nº 4.827, apresentado em 1998, e que definia no art. 1º o instituto como

“a atividade técnica exercida por terceira pessoa, que escolhida ou aceita pelas partes interessadas, as escuta e orienta com o propósito de lhes permitir que, de modo consensual, previnam ou solucionem conflitos.”

O artigo 3º do projeto previa a mediação como passível de ser utilizada antes ou no curso do processo judicial. O texto trazia a possibilidade de homologação judicial do acordo obtido no art. 5º e previa a interrupção da prescrição e o impedimento à decadência nas hipóteses em que o interessado requerer ao juízo a intimação da parte contrária para comparecer em audiência no art. 6º. A proposta teve por objetivo fixar as diretrizes fundamentais do procedimento, sem regulamentar todas as suas minúcias. Aprovada a proposição na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei seguiu para o Senado Federal como o PLC 94/2002.

De outra parte, o Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e a Associação de Magistrados Brasileiros (AMB), por uma equipe de seletos juristas, elaboraram um anteprojeto de lei sobre mediação, demonstrando que o de-



bate acerca do tema também se fez presente no meio jurídico-acadêmico. As proposições desse anteprojeto foram amplamente discutidas durante o seminário *Mediação e Outros Meios Alternativos de Solução de Conflitos*, realizado em março de 2003, no auditório da Escola da Magistratura, no Rio de Janeiro (Emerj), evento no qual tive a honra de participar como conferencista.

Diante da variedade de propostas legislativas e diversidade de abordagem da questão, relevante demais para o Judiciário brasileiro, o Ministério da Justiça promoveu, em setembro de 2003, uma audiência pública que resultou numa versão única entre o texto aprovado na Câmara dos Deputados e o anteprojeto elaborado pela equipe de juristas.

Encaminhada essa versão ao senador Pedro Simon, relator do projeto de lei então aprovado na Câmara dos Deputados, a Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal (CCJ/SF), em junho de 2006, acolheu as sugestões apresentadas na forma de um substitutivo, o qual também prestigiou algumas modificações. No mês seguinte, a proposta retornou à Câmara dos Deputados para análise do texto.

De modo geral, o substitutivo aprovado pelo Senado Federal em 2006 descrevia a mediação prévia ou incidental, judicial ou extrajudicial (art. 3º), admitindo-a “em toda a matéria que admita conciliação, reconciliação, transação ou acordo” (art. 4º). Ressaltava que o procedimento seria sigiloso em regra (art. 6º) e que o acordo obtido constituiria título executivo extrajudicial e, ao ser homologado pelo juiz, teria eficácia de título judicial (arts. 7º e 8º). Consignava que os mediadores poderiam ser judiciais e extrajudiciais, devidamente inscritos em registro de mediadores a ser mantido pelos tribunais de Justiça locais (arts. 11 e 12), que também exerceriam a fiscalização das atividades dos mediadores extrajudiciais (art. 18), ao passo que a fiscalização dos mediadores judiciais competiria às seccionais da OAB. Apontava as causas de impedimento dos mediadores (arts. 21 e 23), o que seria considerada como conduta inadequada bem como causas de exclusão do registro de mediadores (arts. 24 e 25). Regulava a interrupção da prescrição (arts. 29, parágrafo único e art. 35, *caput*) e a obrigatoriedade da mediação incidental, salvo algumas exceções (art. 34), bem como previa a dispensa do recolhimento de honorários aos beneficiários de assistência judiciária gratuita.

Contudo, esse projeto não conseguiu avançar na Câmara dos Deputados, assim como outras propostas legislativas tendentes à utilização da mediação, notadamente para a solução de conflitos familiares, como são exemplos os Projetos de Lei na Câmara dos Deputados nº 5.696/2001, nº 599/2003, nº 1.415/2003, nº 505/2007, nº 507/2007, nº 1.690/2007, nº 428/2011 e nº 5.664/2013. No Senado Federal, outro projeto de lei apresentado para regular a mediação, o PLS 517/2011, de autoria do senador Ricardo Ferraço, permaneceu à espera de debate por mais de dois anos.

Em sequência, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução nº. 125, de 29 de novembro de 2010, indicando a mediação como meio de resolução de conflitos inserido na Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos, a ser desenvolvida pelo próprio Conselho e pelos Tribunais do país, em parceria com outros órgãos e instituições com a criação de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (art. 7º) e Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (art. 8º), destacando o importante papel na capacitação de mediadores (art. 12).

Nessa trilha, seguindo tendência inaugurada em 2008, o Senado Federal, por iniciativa do presidente Renan Calheiros, instalou, no dia 3 de abril de 2013, uma comissão de juristas – que teve a honra de presidir –, com a finalidade de elaborar um anteprojeto de lei de arbitragem e mediação. Após seis meses de trabalho intenso, em que foi garantida ampla participação ao público interessado, foram apresentados dois anteprojetos de lei: um que propunha alterações na atual Lei de Arbitragem (PLS 406/2013) e outro sobre mediação extrajudicial (PLS 405/2013). A comissão foi composta pelos juristas Adacir Reis, Adriana Braghetta, André Chateaubriand Pereira Diniz Martins, Caio Cesar Rocha, Carlos Alberto Carmona, Eduardo Pellegrini de Arruda Alvim, Eleonora Coelho, Ellen Gracie Northfleet, Francisco Antunes Maciel Müssnich, Francisco Maia Neto, José Antônio Fichtner, José Roberto de Castro Neves, José Rogério Cruz e Tucci, Marcelo Henrique Ribeiro de Oliveira, Marcelo Rossi Nobre, Marco Maciel, Pedro Paulo Guerra de Medeiros, Roberta Maria Rangel, Sílvia Rodrigues Pereira Pachikoski, Tatiana Lacerda Prazeres, Walton Alencar Rodrigues.

Outrossim, o Ministério da Justiça, concomitantemente, sob firme orientação do Secretário da Reforma do Judiciário, Flávio Crocce Caetano, instituiu a comissão de juristas com o objetivo de formular proposta que subsidiasse a adoção de formas adequadas à solução célere de conflitos, e o resultado foi a elaboração do anteprojeto de lei de mediação que também passou a tramitar no Senado Federal (PLS 434/2013). A contribuição do Ministro Luis Inácio Adams foi importante para inserir as questões envolvendo o poder público no sistema.

Analizando conjuntamente esses três projetos de lei (PLS 517/2011, 405/2013 e 434/2013), a Comissão de Constituição e Justiça do Se-

A MEDIAÇÃO – À
MERCÊ DE ESTIMULAR
PARTICIPAÇÃO MAIS ATIVA
DOS CONTENDORES PARA
RESOLUÇÃO DE SUAS
DIVERGÊNCIAS – REPRESENTA
UM SIGNIFICATIVO AVANÇO.

nado, sob a cuidadosa Relatoria do Senador Vital do Rego, apresentou substitutivo, sendo destaca os seguintes pontos:

1. A mediação, extrajudicial ou judicial, pode ser utilizada para dirimir qualquer conflito que admita transação, salvo em questões relativas à filiação, adoção, poder familiar, invalidade de matrimônio, interdição, recuperação judicial ou falência;
2. A mediação extrajudicial independe de registro por cadastro de mediadores;
3. Os mediadores judiciais precisarão ser graduados há pelo menos dois anos, e cursar escola de formação de mediadores, competindo aos tribunais a manutenção de cadastro atualizados de mediadores habilitados;
4. A mediação considera-se instituída a partir da data em que é firmado o termo inicial

de mediação – marco da suspensão do prazo prescricional –, encerrando-se com a lavratura de seu termo final;

5. Utilização da mediação em conflitos envolvendo órgãos da administração pública direta e indireta de todos os entes federados;

6. Realização de mediação via *internet* ou qualquer outro meio que permita a transação à distância.

Encaminhado o projeto de lei à Câmara dos Deputados (PL 7.169/2014), foi elaborado um substitutivo pelo zeloso deputado Sergio Zveiter, enfim aprovado na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados em 7 de abril de 2015.

Remetido novamente ao Senado, o projeto foi finalmente aprovado no dia 2 de junho de 2015, esforço conjunto envolvendo os Três Poderes e todos que participaram de sua elaboração. O texto foi sancionado em 26 de junho de 2015 e publicado no Diário Oficial da União de 29 de junho de 2015 como Lei nº 13.140/2015, com *vacatio legis* de 180 dias.

O marco legal da mediação contém em destaque os seguintes pontos:

1. A mediação, extrajudicial ou judicial, pode ser utilizada para dirimir qualquer conflito que admita transação;

2. A mediação extrajudicial independe de registro em cadastro de mediadores;

3. Os mediadores judiciais precisarão ser graduados há pelo menos 2 anos, e cursar escola de formação de mediadores;

4. A mediação considera-se instituída a partir da data em que é firmado o termo inicial de mediação – marco da suspensão do prazo prescricional –, encerrando-se com a lavratura de seu termo final;

5. É possível a utilização da mediação em conflitos envolvendo órgãos da Administração Pública direta e indireta de todos os entes federados;

6. É viável a realização de mediação via *internet* ou qualquer outro meio que permita a transação a distância.

Em linhas gerais, a Lei de Mediação guarda consonância com as sugestões constantes em outras proposições legislativas sobre o tema. Ademais, busca conciliar o texto com o novo Código de Processo Civil (CPC), instituído pela Lei nº 13.105/2015.

Destaca-se, porém, a recente controvérsia instaurada sobre o impedimento constante no parágrafo 5º do art. 167 do novo CPC, que veda os mediadores judiciais de exercerem a advocacia nos juízos em que desempenhem suas funções. Muitos juristas têm defendido que essa restrição deve ser aplicada somente nos processos em que o advogado atue como mediador judicial, argumentando que a lei de mediação – posterior e especial em relação ao novo CPC – não traz esse tipo de impedimento.

É relevante notar que o art. 2, par. 1, da lei de mediação, estabelece que, se houver previsão contratual de cláusula de mediação, as partes deverão comparecer à primeira reunião, o que implica dizer que a tentativa de mediação prévia passa a ser obrigatória nesse caso, mesmo em se tratando de contrato de adesão, porquanto o legislador não distinguiu.

Em conclusão, pode-se afirmar com segurança que as soluções extrajudiciais, em especial a arbitragem e a mediação, representam o avanço do processo civilizatório da humanidade, que, de maneira consciente, busca mecanismos de pacificação social eficientes.

A mediação – à mercê de estimular participação mais ativa dos contendedores para resolução de suas divergências – representa um significativo avanço. Por isso a fixação do marco legal regulatório, com a edição da Lei nº 13.140/2015, contribuirá inequivocamente para a promoção e assimilação da cultura de métodos adequados de solução de conflitos e carrega, a um só tempo, perspectiva de racionalidade para a jurisdição estatal, hoje tão assoberbada com o decantado volume de processos.



A MEDIAÇÃO E O EXAME DE ORDEM



Marcus Vinicius Coêlho

Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil

Formado em direito pela Universidade Federal do Piauí, tem pós-graduação em direito processual pela Universidade Federal de Santa Catarina e está cursando doutorado, também em direito processual, na Universidade de Salamanca, Espanha. No Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), já foi secretário-geral e presidente da Coordenação do Exame de Ordem Unificado. Marcus Vinicius também foi membro da Comissão de Juristas para elaboração do novo Código de Processo Civil e atua na Comissão do Senado responsável pelo novo texto do Código Eleitoral. É presidente da OAB, professor na Escola Nacional de Advocacia, nas escolas de advocacia dos estados de São Paulo, Piauí e Distrito Federal e na Escola Judiciária Eleitoral. Também é professor na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, na Universidade de Brasília e no Instituto Brasiliense de Direito Público.

Resumo

O Exame da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) tem o papel de contribuir para a sociedade brasileira como um todo, uma vez que assegura o patamar de conhecimento jurídico necessário para que os advogados prestem serviços de qualidade aos cidadãos e às instituições que representam. A partir desse pensamento, o artigo de Marcus Vinicius Coêlho trata não só da relevância de se incluir o tema da mediação no conteúdo programático do Exame de Ordem, como discorre sobre como isso pode ser feito, com vistas a atender tanto a boa formação dos advogados quanto as diretrizes educacionais em vigor no país.

O EXAME DE ORDEM E A PROTEÇÃO DA SOCIEDADE

A atuação do advogado, como detentor do *jus postulandi*, é fundamental e indispensável ao Estado Democrático de Direito, ao devido processo legal e ao acesso à Justiça. A Constituição brasileira reconhece essa importância ao prever, em seu art. 133, que “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

No mesmo sentido é a Lei Federal nº 8.906/94, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (EAOAB), ao reproduzir, em seu art. 2º, o comando constitucional, além de determinar que “o advogado presta serviço público e exerce função social”.

O advogado é o único profissional liberal privilegiado com uma seção do texto constitucional. O tratamento legal dado à advocacia decorre de sua importância para a democracia e para a Justiça brasileira, não só hoje como desde os primórdios da história nacional, inclusive no processo de redemocratização e elaboração na Constituição. A Ordem foi responsável pela redação quase integral do art. 5º, que, em repúdio às frequentes violações de direitos humanos praticadas no regime militar por agentes públicos, consagrou a todos os cidadãos a inviolabilidade à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (Bastos, 2013, p. 95).¹

¹ Bastos, Marcio Thomaz. *A participação da OAB na Constituinte e a construção de uma Justiça mais legítima e eficiente*. In: Furtado, Marcus Vinicius; Heringer, Mauro B.; Carvalho, Mariana (org.). *Reflexões sobre a Constituição: uma homenagem da democracia brasileira*. Brasília: Alumnus/Ordem dos Advogados do Brasil, 2013.

² Silva, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

Cabe ressaltar que a advocacia não é uma profissão mais nobre do que as demais. Todas possuem igual importância, na medida em que contribuem, igualmente, ao progresso social (Silva, 2008, p. 595).² Todavia, a advocacia não é somente uma profissão liberal, mas também um *múnus público*. É encargo, obrigação e função pública; uma fatigante e árdua atividade a serviço da Justiça. Existe um compromisso inarredável da advocacia para com a sociedade brasileira.

Para o exercício da profissão, portanto, é fundamental um sistema que garanta à sociedade ser atendida por um profissional que disponha da qualificação técnica mínima exigida pela lei, nos termos da Constituição, em seu art. 5º, inciso XIII. O objetivo é evitar que advogados possam gerar prejuízos irreparáveis ao cidadão que se vale de seus serviços.

Se é o advogado a voz do cidadão no Judiciário, em defesa dos bens, da liberdade e até mesmo da vida, deve ele ter um patamar mínimo de conhecimento jurídico. O Estado está representado por juízes, promotores e delegados que demonstraram qualificação por meio de um concurso público. Então é justo, racional e imperativo que o representante do cidadão perante essas autoridades também deva ser preparado, sob pena de prejuízo à isonomia entre cidadão e Poder Público.

A preservação dos direitos entalhados na Carta Política Fundamental depende da orientação jurídica e da atuação judicial do advogado. A ampla defesa e o contraditório perdem a

sua efetividade como garantias constitucionais se o profissional responsável por assegurá-las for desqualificado, incapaz de argumentar tese jurídica adequada à proteção do cidadão.

Nesse sentido, o Exame de Ordem possui o escopo de restringir a atuação do profissional que não possua o mínimo conhecimento técnico e, dessa forma, protege a própria sociedade e o cidadão individualmente considerado contra abusos e injustiças que lhes venham a prejudicar.

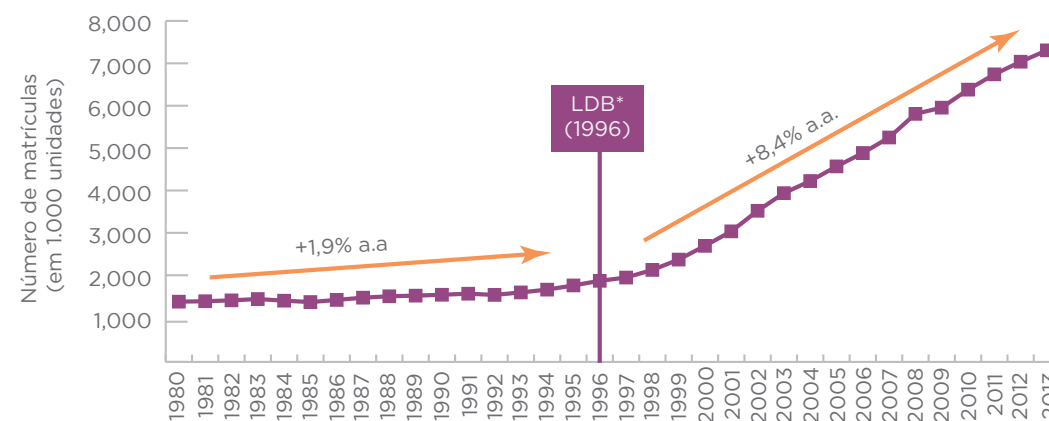
O curso de direito não é curso de magistratura, de promotoria, de defensoria ou de advocacia. É

um curso de bacharelado, que abre oportunidades para inúmeras carreiras jurídicas, cada uma com um teste específico para o ingresso nas profissões. Os estudantes de Direito, ao ingressarem na graduação, têm a ciência desses requisitos para o exercício de todas essas funções.

Uma ferramenta de restrição se torna ainda mais adequada quando o número de cursos de direito cresce de forma exponencial, especialmente a partir da vigência da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional³. O gráfico a seguir, retirado do Caderno Exame de Ordem em Números, demonstra a influência da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional

GRÁFICO 1

Número de matrículas em Instituições de Ensino Superior (Graduação)



Fonte: CFOAB e FGV. Exame de Ordem em Números
(*) Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional

³ CFOAB e FGV. *Exame de Ordem em Números*. Disponível em: <http://fgvprojetos.fgv.br/sites/fgvprojetos.fgv.br/files/exame_de_ordem_em_numeros.pdf>. Acesso em: 04 set. 2015.



(LDB) para o aumento de matrículas em instituições de ensino superior.

Enquanto entre 1980 e 1996 o número de matrículas no ensino superior subia 1,9% ao ano, a partir de 1996, com o início de vigência da LDB, a taxa de crescimento anual mais do que quadruplicou, atingindo a marca de 8,6% ao ano. A exigência de requisitos mínimos de conhecimento, portanto, mostra-se compatível com os dados obtidos pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e pela FGV na análise da realidade do ensino superior brasileiro. Quanto maior o número de bacharéis, mais fundamental é estabelecer um exame para a aferição da mínima qualificação profissional.

Ademais, o Exame de Ordem possui respaldo legal cuja constitucionalidade foi chancelada, por unanimidade, pelo Supremo Tribunal Federal. A exigência de aprovação no exame como requisito para o exercício da advocacia, além de não ser incompatível com a Constituição, é por ela permitida pelo comando do art. 5º, inciso XIII.

No Recurso Extraordinário n. 603.583/RS,⁴ o ministro relator, Marco Aurélio de Mello, citou o dispositivo constitucional, afirmando que “o constituinte limitou as restrições de liberdade de ofícios às exigências de qualificação profissional.” A ministra Cármen Lúcia,

por sua vez, ao defender a função da OAB, destacou a importância da graduação para a formação do profissional, mas lembrou que, no entanto, as faculdades formam bacharéis, não advogados.

O ministro Gilmar Mendes, em seu voto, destacou que o Exame de Ordem brasileiro é ainda menos restritivo do que modelos análogos existentes em outros países. Na Alemanha, após graduado, o bacharel em direito deverá realizar dois exames, entre os quais existe um estágio supervisionado. Na França, após aprovados no exame, os bacharéis ainda se submetem a um curso de formação de 18 meses no âmbito do conselho de advogados, podendo exercer a advocacia só após a obtenção do certificado de conclusão do curso. Na Itália, há um estágio de no mínimo dois anos, com participação em pelo menos 20 audiências, para só então ser permitida a realização da avaliação. Em todos esses países, e também nos Estados Unidos e no Canadá, há consenso quanto à relevância de uma fiscalização apriorística da qualificação profissional necessária ao exercício da advocacia.

Cabe ressaltar que, no Brasil, a atividade profissional do advogado não é a única restringida pela exigência de uma certificação. No Sistema Financeiro Nacional, por exemplo, a

⁴ RE 603583, Relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 26/10/2011. DJe-102. Divulgado em 24-05-2012. Publicado em 25-05-2012, RTJ VOL-00222-01 PP-00550.

A EXIGÊNCIA DE APROVAÇÃO NO EXAME COMO REQUISITO PARA O EXERCÍCIO DA ADVOCACIA, ALÉM DE NÃO SER INCOMPATÍVEL COM A CONSTITUIÇÃO, É POR ELA PERMITIDA PELO COMANDO DO ART. 5º, INCISO XIII.

Lei n.º 4.595/64 atribui ao Conselho Monetário Nacional (CMN) a competência de regular as atividades disciplinadas no art. 4º, inciso VIII, da mesma lei. A Resolução n.º 3.158/03, do CMN, estabelece que, nas instituições cujo funcionamento é condicionado à autorização pelo Banco Central, os empregados que exercerem a distribuição e mediação de títulos, valores mobiliários e derivativos deverão ser considerados aptos no exame de certificação organizado por entidade de reconhecida capacidade técnica.

Exigências de qualificação mínima são fundamentais para se resguardar a prestação de serviços cujo destinatário é a sociedade. São, portanto, medidas de interesse público, e o próprio cidadão reconhece a sua imprescindibilidade para a qualidade dos serviços. Pesquisa nacional do instituto Datafolha, divulgada em julho de 2015, mostrou que 89% dos brasileiros são favoráveis ao Exame de Ordem. E mais: o modelo garante tamanha segurança para a sociedade que outros 94% desejam que médicos e engenheiros sejam submetidos, antes de exercerem sua profissão, a uma avaliação nos moldes da desenvolvida pela OAB.

O exame vem atendendo aos fins pelos quais foi criado e não se mostra uma restrição injusta ao exercício da profissão. A prova é genérica, impessoal, isonômica, com nível técnico compatível com a qualificação exigível de um bacharel em Direito, nacionalmente unificada

e aplicada a todos os interessados em exercer a advocacia, indistintamente. Ademais, não conduz à aprovação de determinados indivíduos pré-selecionados por uma corporação nem representa reserva de mercado aos já advogados.

Cabe observar que não há limite de vagas para aprovação, nem se inibem as tentativas do graduado para alcançá-la. Trata-se de uma prova com 80 questões objetivas e outra que consiste em apresentar uma petição profissional e responder a perguntas de ordem prática na área jurídica, previamente escolhida pelo examinando.

Numa visão econômica, são inválidos os argumentos de que o Exame de Ordem gera riquezas à OAB. Mais rentável seria o fim do Exame de Ordem, pois a Ordem passaria a ter milhares de novos inscritos, pagando uma anualidade média de cerca de R\$ 800 e gerando uma arrecadação quase bilionária.

A existência de um exame para aferir qualificações mínimas, portanto, só possui um único objetivo, que é garantir à sociedade a melhor prestação dos serviços advocatícios; um múnus público, conforme já asseverado. A proteção do cidadão, de forma qualificada, deve ser privilegiada pela ordem constitucional. É essa a garantia fornecida pelo Exame de Ordem.

MEDIAÇÃO E EXAME DE ORDEM

Se a função do Exame de Ordem é definir os requisitos mínimos para uma prestação qualificada dos serviços advocatícios, os conteúdos cobrados nas avaliações devem refletir as peculiaridades da atuação profissional do advogado. O cotidiano profissional deve ser o fundamento de toda a matéria exigida do advogado, sob pena de se desvirtuar a intenção do exame.

Em uma contemporaneidade de tribunais sobrecarregados de processos, métodos alternativos de solução de conflitos passam a se tornar realidade e necessidade da Justiça brasileira. Instrumentos como a mediação e a arbitragem recebem, então, um lugar de destaque na prática advocatícia; o domínio dessas ferramentas é, agora, um diferencial para todos aqueles que procurem atuar como advogados.

O Novo Código de Processo Civil é expresso ao determinar, ao abordar as normas funda-

mentais do processo civil, que a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual deverão ser estimulados por todos os profissionais do direito (art. 3º, § 3º).

Nesse sentido, a ordem natural dos eventos é que a mediação, em razão da sua crescente relevância no meio jurídico, seja inserida no conteúdo programático que orienta a elaboração das provas do Exame de Ordem.

Mas, antes de se abordar a questão da inserção da mediação no conteúdo das avaliações, é fundamental perquirir quais as previsões

O PROFISSIONAL DEVE ESTAR APTO A RESOLVER CONFLITOS DE FORMA CONSENSUAL, NÃO APENAS A LITIGAR JUDICIALMENTE. SOMENTE UM ADVOGADO QUALIFICADO É CAPAZ DE EXERCER O PAPEL DE PROTAGONISTA NO PROCESSO DE CONSTRUÇÃO DE UMA SOCIEDADE MAIS JUSTA, EQUÂNIME E SOLIDÁRIA.

normativas que regulam o tema. O Provimento nº 144/2011, que dispõe sobre o exame, prevê, em seu art. 11, § 4º, as disciplinas integrantes do conteúdo das provas do Exame de Ordem, nos seguintes termos:

“O conteúdo das provas do Exame de Ordem contemplará as disciplinas do Eixo de Formação Profissional, de Direitos Humanos, do Estatuto da Ad-

vocacia e da OAB e seu Regulamento Geral e do Código de Ética e Disciplina, podendo contemplar disciplinas do Eixo de Formação Fundamental.”

O conteúdo do Exame, portanto, compõe-se das matérias de Direitos Humanos, Estatuto da Advocacia e da OAB, seu Regulamento Geral e Código de Ética e Disciplina, bem como daquelas constantes nos Eixos de Formação Profissional e Fundamental.

Quanto às primeiras disciplinas, não há o que ser minuciado; são elas delimitadas no próprio provimento. Entretanto, quanto às disciplinas referentes aos eixos de formação, a definição do conteúdo encontra complemento em resolução do Ministério da Educação, exarada pela Câmara de Educação Superior do Conselho Nacional de Educação.

Atualmente, as diretrizes curriculares do Curso de Direito são regidas pela Resolução da Câmara de Educação Superior do Conselho Nacional de Educação (CNE/CES) nº 9, de 29 de setembro de 2004. Os Eixos de Formação Fundamental e Profissional possuem sua previsão no art. 5º, incisos I e II, respectivamente. O primeiro se compõe das disciplinas de Antropologia, Ciência Política, Economia, Ética, Filosofia, História, Psicologia e Sociologia, essenciais para a integração do estudante com outras áreas do saber. O Eixo de Formação Profissional, por sua vez, abrange as disciplinas de Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Tributário, Direito Penal, Direito Civil, Direito Empresarial, Direito do Trabalho, Direito Internacional e Direito Processual, diretamente ligadas à atuação do advogado.

Determinadas essas linhas gerais, é possível chegar à conclusão de que só podem ser cobradas no Exame de Ordem as disciplinas previstas expressamente no Provimento nº 144/2011 e, conseqüentemente, na Resolução do MEC, que estabelece as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito.

E a mediação, considerada a sua relevância na atual conjuntura nacional? Pode ela ser co-

brada no Exame de Ordem? A resposta, sem sombra de dúvidas, é afirmativa. A dúvida reside na forma como será feita sua inserção nos conteúdos programáticos, visto que não há nenhuma previsão expressa.

A Coordenação Nacional do Exame de Ordem Unificado, atenta às demandas profissionais da categoria, em reunião realizada no dia 26 de maio de 2015, solicitou à Fundação Getúlio Vargas (FGV) que incluía a temática de Mediação e Arbitragem na cadeira de Direito Processual Civil. Essa recomendação foi levada pelo coordenador das bancas e pelo coordenador nacional, Lúcio Teixeira dos Santos, à assessoria da FGV.

Ademais, a própria FGV, em proposta encaminhada ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), em fevereiro de 2015, comprometeu-se, entre outros pontos, a inserir questões na prova ligadas a esse tema junto à cadeira de Direito Processual Civil.⁵

A mediação, assim, ingressa o rol de conteúdo do Exame de Ordem junto às demais subdivisões de Processo Civil. É a previsão do art. 11, § 4º, do Provimento 144/2011 do CFOAB, combinado com o art. 5º, inciso II, da Resolução CNE/CES nº 9/04, que respalda a sua cobrança na prova da Ordem.

Nesse sentido, vale lembrar que as formas consensuais e alternativas de resolução de conflitos não constituem disciplina autônoma, mas um desdobramento da cadeira de Direito Processual. Sobre o tema, deve-se destacar que tramita na Comissão Nacional de Exame de Ordem o processo⁶ no qual se discute a possibilidade de inserção dos métodos alternativos de resolução de conflitos como um conteúdo autônomo da avaliação. A questão encontra-se em andamento e ainda não há definição sobre o pedido.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Exame de Ordem, antes de ser um exame para aferir o conhecimento mínimo necessário ao exercício da advocacia, é um instrumento de proteção da sociedade e do cidadão no que concerne aos seus bens, à sua liberdade e até sua vida. A indispensabilidade do advogado para a garantia de direitos exige um profissional competente e em constante aprimoramento, adequado às exigências de uma Justiça em modernização.

Ao avaliar a qualificação dos bacharéis em direito para que possam exercer a profissão, portanto, é essencial que conteúdos de grande influência no cotidiano da advocacia sejam exigidos do estudante. Nesse sentido, os métodos autocompositivos de solução de conflitos adquirem especial relevância, sobretudo, em um Brasil cujo Poder Judiciário encontra-se sobrecarregado e cada vez mais dependente da implementação de alternativas à judicialização.

Atentas a essa necessidade, a OAB e a FGV trabalham pela inserção da mediação no conjunto de conteúdos dos Exames de Ordem, estimulando os graduandos em direito a estudar a matéria com mais afinco, bem como induzindo as instituições de ensino superior a acrescentar, nas grades programáticas das aulas de Processo Civil, mais horas-aula para a reflexão sobre os métodos alternativos de resolução de conflitos.

O profissional deve estar apto a resolver conflitos de forma consensual, não apenas a litigar judicialmente. Somente um advogado qualificado, que possa honrar os anseios do povo ao resolver conflitos de forma efetiva, é capaz de exercer o papel de protagonista no processo de construção de uma sociedade mais justa, equânime e solidária.

⁵ Esta informação foi protocolada no CFOAB por meio do processo nº 49.0000.2015.000958-6.

⁶ Processo nº. 49.0000.2013.008113-9

MEDIAÇÃO NO PODER JUDICIÁRIO:

INSTRUMENTO DE
DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO
À JUSTIÇA E DE POLÍTICA DE
ADMINISTRAÇÃO JUDICIAL



Jacqueline Montenegro

Desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Graduada em direito pela Universidade Estácio de Sá, é mestranda na mesma instituição e possui especialização em contratos pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Foi presidente do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos. Atualmente é vice-presidente do Tribunal Regional Eleitoral e desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Resumo

Neste artigo, Jacqueline Lima Montenegro reflete sobre a aplicação da mediação não apenas como método de democratização de acesso à Justiça, mas também como uma política de administração judicial que pretende colaborar para a construção de um Poder Judiciário pautado pela rapidez, transparência e eficiência. A autora também chama atenção para os desafios da mediação no país, enfatizando a importância de divulgação adequada dessa prática, uma vez que a adoção de métodos consensuais de resolução de conflitos representa uma forte quebra de paradigma para a sociedade brasileira, tradicionalmente imersa em uma cultura que privilegia a judicialização.

INTRODUÇÃO

A questão relacionada ao acesso à Justiça ocupa a mente dos estudiosos do Direito e das autoridades desde os idos de 1919,¹ quando, na Alemanha e na Inglaterra, foram introduzidas reformas em seus sistemas judiciais, com o fim de garantir e ampliar esse acesso para a população de baixa renda. O enfoque dado à assistência judiciária especialmente voltada aos pobres foi denominado de “primeira onda” de acesso à Justiça.

Como a providência não se mostrou suficiente à obtenção do resultado desejado, surgiu um novo movimento, designado de “segunda onda”, que lançou luzes sobre a tutela dos direitos difusos.

Na década de 1970, foi a vez de um terceiro movimento defender uma perspectiva mais abrangente de acesso à Justiça, incluindo a prevenção de litígios. Iniciou-se então a pesquisa por novas formas de composição de conflitos, o que possibilitou o aparecimento da mediação como alternativa à demanda tradicional.

O PROTAGONISMO DO TEMA ACESSO À JUSTIÇA

Há mais de cinco décadas, verificamos o protagonismo do tema relacionado às dificuldades do acesso à Justiça. Alguns estudos e pesquisas² demonstram que, na Europa e na América do Norte, a questão vem sendo enfrentada desde os anos 1960. Na América Latina, o assunto ganhou espaço a partir da década de 1970, quando países como Chile e

Argentina iniciaram as reformas em seus sistemas judiciais, em busca da facilitação do acesso à Justiça pela população de baixa renda. O debate em torno do tema nasceu da constatação de que o desenvolvimento econômico não se alcança sem um Poder Judiciário eficaz, funcional e transparente.

Assim, as atenções voltaram-se para o Poder Judiciário na América Latina exatamente na ocasião em que ocorriam na região grandes mudanças oriundas de processos de estabilização política e econômica, instalando-se novos sistemas políticos, com o objetivo de estabilização da democracia recém-reconquistada.

As transformações que estavam ocorrendo fizeram despertar o sentimento de que era preciso repensar o Estado e suas instituições, se efetivamente se quisesse não apenas fortalecer a democracia, mas também permitir o desenvolvimento econômico, mostrando-se ao mundo o empenho do Estado em atuar como agente facilitador e regulador das atividades do setor privado.

Não se podia perder de vista que um sistema judiciário incapaz de resolver as demandas que lhe acorriam era um elemento a desestimular as relações negociais, gerando uma distribuição ineficiente de recursos, adicionando custos às transações comerciais e reduzindo, de consequente, a competitividade do mercado. Vale lembrar que a integração econômica entre países demanda um Judiciário de padrão internacional.

Nesse cenário e com a participação do Banco Mundial,³ tiveram início as reformas que

¹ Cappelletti, Mauro; Garth, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.

² Idem, *Ibidem*.

³ Documento Técnico 319 do Banco Mundial, intitulado “O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe – Elementos para Reforma”.



buscavam tornar mais eficientes as instituições públicas dos países que acordavam para a democracia, além de capazes de responder e corresponder às mudanças que tais países experimentavam. As atenções voltaram-se então para o Poder Judiciário, único capaz de assegurar a manutenção e o exercício dos direitos conquistados a partir do novo regime democrático. Em meio a essa conjuntura, percebia-se que o funcionamento do Judiciário era atravancado por procedimentos processuais longos, pelo excessivo acúmulo de processos, pelo difícil acesso da população à Justiça, bem como pela falta de transparência e de previsibilidade das decisões, sendo possível notar, portanto, que imperava a ineficiência.

As novas Constituições nacionais promoveram a ampliação de diversos direitos, alargando o rol dos direitos políticos e sociais, os quais somente poderiam ser garantidos a partir da construção de um Poder Judiciário forte, estável e de fácil acesso.

Vale pontuar que, internacionalmente, sustentava-se que o acesso à Justiça tinha natureza de direito fundamental,⁴ a partir da compreensão de que tal acesso garantia a efetividade dos direitos, acrescentando-se a isso a necessidade de informar a população mais desfavorecida de seus direitos. Tratava-se de uma forma de conscientizar a população de que ela também era titular do direito à educação, à saúde, à segurança e aos serviços públicos.

A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA E COMO MÉTODO DE ADMINISTRAÇÃO JUDICIAL

A partir de então, iniciou-se a busca por mecanismos que seriam eficientes na luta contra o acúmulo de processos, a morosidade dos procedimentos e, conseqüentemente, contra a

⁴ Igreja, Rebecca Lemos; Rampin, Talita Tatiana Dias. “Acesso à Justiça na América latina: reflexões a partir dos Juizados Especiais Federais do Brasil”. In Revista de Estudos e Pesquisas sobre as Américas, vol. 6, nº 1/2012

⁵ Brasil, Lei n. 13.105, de 16/03/2015, Novo Código de Processo Civil, o qual entrará em vigor em 16/03/2016, art. 334: “Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência”.

AS NOVAS
CONSTITUIÇÕES
NACIONAIS PROMOVERAM
A AMPLIAÇÃO DE
DIVERSOS DIREITOS,
ALARGANDO O ROL DOS
DIREITOS POLÍTICOS
E SOCIAIS, OS QUAIS
SOMENTE PODERIAM SER
GARANTIDOS A PARTIR
DA CONSTRUÇÃO DE
UM PODER JUDICIÁRIO
FORTE, ESTÁVEL E DE
FÁCIL ACESSO.

demora na solução dos conflitos e a falta de democracia no acesso à Justiça.

Como se sabe, esse problema não encontra solução única, na medida em que depende da soma de fatores que acabam por desaguar na necessidade de revisão do sistema como um todo, a começar pelos custos diretos e indiretos das partes com o processo. É imprescindível levar em consideração, também, aspectos como o acesso físico e geográfico aos fóruns, a assistência judiciária gratuita e a pesquisa de métodos que possam diminuir a necessidade de ajuizamento de demandas, além da redução do tempo de duração dos processos e a garantia de maior qualidade das soluções dos conflitos de interesse.

Internacionalmente, desde as décadas de 1950 e 1960, países da Europa e da América do Norte faziam uso de métodos consensuais de soluções de conflitos, com especial destaque para a mediação. No Brasil, a mediação começou a despontar de forma importante recentemente, ao ganhar status com o novo Código de Processo Civil,⁵ que impõe a sua

disponibilização aos litigantes na fase inicial do procedimento processual.

A mediação tem muito a oferecer em termos de facilitação de composição de conflitos, redução do número de processos e, sobretudo, na qualidade dos acordos realizados.

Não podemos, contudo, nos enganar e acreditar que basta que se ofereça às partes a possibilidade de mediar para que elas se sintam atraídas a aderir ao novo método de composição de sua lide. Na verdade, há desafios enormes que precisam ser enfrentados, a começar pela divulgação adequada da mediação, levando ao conhecimento de todos, especialmente, da população de baixa renda, a sua existência e eficiência. A adoção dos métodos consensuais de solução de conflitos implica em uma verdadeira quebra de paradigma. Vivemos em uma sociedade tradicionalmente estimulada a judicializar os seus conflitos, que enxerga o Poder Judiciário como a única porta disponível para tutelar e realizar os seus direitos. Além disso, está acostumada a se defrontar com conciliadores que

não são técnicos em conciliação e que exercem a função sem o preparo adequado.

A longa experiência com esse tipo de conciliação quase sempre mal realizada deixou marcas nas partes e nos advogados, que, por isso, precisam ser cativados e encorajados a utilizar os métodos consensuais de solução de conflitos, uma vez que a verdadeira mediação, aquela levada a efeito por mediadores, ainda é novidade entre nós. Poucos profissionais no Brasil tiveram oportunidade de participar de um processo de mediação autêntico, conduzido por mediadores preparados para levar as partes ao diálogo, ao enfrentamento das diferenças e à solução mais adequada à resolução de seu problema.

Se a mediação é pouco conhecida da população em geral, tampouco é um método popular entre muitos advogados e operadores do direito em geral. Aliás, aqueles que tiveram a oportunidade de participar de uma sessão de mediação se apresentam ainda resistentes à prática, seja porque sentem a necessidade de



adquirir novos conhecimentos para exercê-la, seja porque se sentem ameaçados pela perda de clientela.

A experiência internacional,⁶ porém, demonstra que o acolhimento pela população em geral e pelos operadores do direito dos novos métodos de solução de conflitos não tarda quando eles percebem que tais métodos, em especial a mediação, propiciam às partes a melhora na qualidade do relacionamento mantido entre elas. Isso é de importância capital no que diz respeito às relações decorrentes de vínculos duradouros como é o caso de irmãos, pais e filhos, familiares, vizinhos, entre outras.

A mediação contribui para poupar as partes de um desgaste emocional exagerado devido à longa duração do processo tradicional. Além disso, os contendores se dão conta que são eles próprios que vão encontrar, juntos e auxiliados pelo mediador, a solução que melhor se adequa às suas realidades e, por fim, constata-se que muito economizaram em tempo, desgaste emocional e dinheiro.

Ressalta-se que o sucesso do processo de mediação muito dependerá da perícia e habilidade do mediador, que deverá ser um profissional preparado especialmente para estimular e favorecer o diálogo e o entendimento entre as partes.

Ainda há que se considerar a vocação da mediação na prevenção de litígios. Sob a ótica da política de gerenciamento e administração judicial, a melhor aplicação da mediação se dá na fase anterior ao ajuizamento da demanda. Nessa etapa, que antecede ao processo tradicional, as partes estão mais dispostas ao entendimento, porque ainda não estão desgastadas emocionalmente pelo embate inevitável na esfera judicial.

Destarte, não se pode descartar o caráter de prática pedagógica da mediação, pois sinaliza uma visão diferenciada do conflito como oportuni-

dade de mudança e aperfeiçoamento do próprio ser humano, que, por meio dessa prática, pode repensar seus valores e seu comportamento.

CONCLUSÃO

A mediação, portanto, mostra-se um instrumento efetivo de pacificação social, solução e prevenção de litígios, contribuindo de forma significativa para reduzir a quantidade de demandas, recursos e execução de sentenças, destacando-se que, implementada na sua forma pré-processual, funciona como uma poderosa ferramenta contra a excessiva judicialização dos conflitos de interesses.

Como meio de facilitação do acesso à Justiça, a mediação possui papel relevante, na medida em que esse acesso não se restringe ao Poder Judiciário, pois, em última análise, o que se pretende com uma demanda judicial é pôr fim ao conflito, a partir da satisfação dos interesses em disputa, com o intuito de garantir o retorno das partes a um convívio pacífico. Isso pode ser alcançado por meio da composição consensual, obtida pelos próprios contendores, levados ao diálogo pelo mediador.

O grande desafio para a mediação consiste em afastar a cultura da judicialização de todo e qualquer tipo de conflito. Compreende-se, assim, que a mediação deve ser o primeiro degrau em busca da pacificação social, sendo uma etapa indispensável para a obtenção da solução ideal e definitiva do litígio.

Mudanças de paradigma, contudo, exigem um trabalho constante e criterioso de divulgação, incentivo e educação, de modo que será crucial nesse processo a participação de todos os interessados na construção de um país melhor, com um Poder Judiciário capaz de cumprir a sua função de organizar a sociedade e resolver os conflitos nela instalados.

⁶ Documento Técnico 319 do Banco Mundial, intitulado “O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe – Elementos para Reforma”.



O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A MEDIAÇÃO



Cesar Felipe Cury

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Graduado em direito pela Universidade Cândido Mendes é mestrando em direito processual civil pela Universidade Estácio de Sá. Foi defensor público do Estado do Rio de Janeiro. Atualmente é desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, onde preside o Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos. É também membro do Centro de Estudos e Debates em Direito do mesmo tribunal.

Resumo

Este artigo traça algumas características do sistema de justiça convencional brasileiro, identificando as principais razões que impactam na rotina judiciária e dificultam o atendimento às necessidades de prestação efetiva e a tempo razoável. Além disso, o autor reflete sobre a aplicação de instrumentos como a mediação e a conciliação no ambiente judiciário e extrajudicial.

INTRODUÇÃO

A justiça convencional brasileira encontra-se em crise. A opinião praticamente unânime de profissionais e estudiosos do direito reflete a percepção da sociedade de um modo geral, e do jurisdicionado, em particular, sobre o esgotamento do modelo tradicional adversarial para tratamento de todo e qualquer tipo de conflito.

O sinal mais significativo desse judiciário de início de século talvez seja a hiperjudicialização, caracterizada pelo excesso de demandas que confluem para o sistema de justiça, sobrecarregando-o e limitando sua capacidade de resposta com qualidade e a tempo razoável.

Esse fenômeno tem causas multifatoriais, que perpassam e consolidam uma forte cultura que privilegia a solução pelos tribunais, até de questões singelas e mesmo quando inexistente resistência à pretensão.

O professor Humberto Theodoro Junior, em análise ao acesso à justiça no novo Código de Processo Civil (CPC), assinala o comportamento atávico:

“do cidadão brasileiro de promover uma delegação da resolução dos conflitos ao judiciário, fato facilmente demonstrável pela hiperjudicialização de conflitos, mesmo daqueles que ordinariamente em outros sistemas são resolvidos pela ingerência das próprias partes mediante autocomposição”¹

De fato, ao longo da história, o brasileiro aprendeu e sedimentou o entendimento de que a solução dos conflitos deve ser feita por

meio da confrontação, o que, numa sociedade civilizada, induz ao processo judicial – adversarial, portanto.

Mas, sobre ser excessivo, talvez fosse mais adequado tratar o fenômeno como um desequilíbrio na busca pelo Poder Judiciário, concentrada em praticamente dois segmentos, enquanto larga margem da população sequer consegue alcançar as portas dos tribunais.

O PODER PÚBLICO E O ACESSO AO JUDICIÁRIO

Essa é antes uma cultura do próprio Estado, além de difundida entre o cidadão comum melhor informado de seus direitos. O poder público, a despeito das faculdades legais de que dispõe, também privilegia a solução das disputas por meio do processo judicial, muita vez sem que se identifique qualquer resistência à pretensão.

Exemplo disso são os executivos fiscais e seus respectivos incidentes. Como se sabe, pelo menos desde a última década, as demandas que mais impactam os tribunais são provocadas pelo próprio Estado, que responde por cerca de 40% do total de ações ajuizadas. Num país com mais de 5 mil municípios, é curial que a justiça, responsável pela cobrança de seus tributos, esteja mesmo sobrecarregada.

De acordo com dados produzidos pelo Conselho Nacional de Justiça, em 2013 30 milhões de processos pendentes de julgamento eram de execução de títulos fiscais, cuja tramitação, em razão dos inúmeros incidentes e desdobramentos que costuma proporcionar, é particularmente impactante na rotina cartorária.

NUM PAÍS COM
MAIS DE 5 MIL
MUNICÍPIOS, É CURIAL
QUE A JUSTIÇA,
RESPONSÁVEL
PELA COBRANÇA
DE SEUS TRIBUTOS,
ESTEJA MESMO
SOBRECARGADA.

Como regra, o registro de dados dos municípios, em casos de execuções relativas a impostos imobiliários, é deficiente e incompleto, o que resulta em redobrado e insatisfatório esforço judiciário à identificação e localização do imóvel e do devedor. A ineficiência no controle da dívida ativa também dá azo à desatualização do sistema, permitindo o ajuizamento de execuções que contemplam dívidas já prescritas. Demais disso, atos de execução como a penhora e a alienação representam singular dificuldade ao manejo do processo, consistindo em fator de retardo na prestação jurisdicional e interferindo na gestão da unidade judiciária.

A prática generalizada de ajuizamento coletivo de demandas executivas, via de regra ao termo do ano judiciário, a fim de se evitar o advento da prescrição, representa outro importante fator de congestionamento da engrenagem judiciária. Trata-se de algo que repercute no desempenho medido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) ao mesmo tempo em que exige soma extraordinária de esforços materiais e humanos para absorção e rolagem do procedimento.

Ainda sob esse aspecto, o Estado se beneficia do aparato legislativo e judiciário também quando está em mora.

Leonardo Greco ressalta que:

“a visão deturpada do Estado e da sua responsabilidade distorceu também o papel da justiça, que deveria ser a guardiã das liberdades individuais e dos direitos dos cidadãos, e foi transformada em administradora da moratória do Estado e eficiente proteladora do pagamento das dívidas públicas e do cumprimento de suas obrigações para com os cidadãos.”²

Para além das ações fiscais e daquelas através das quais o poder público se vale para retardar a prestação que se lhe exige, inúmeras outras demandas poderiam ser evitadas apenas com a observância das decisões dos tribunais superiores e das reiteradas determinações judiciais nas mais diversas áreas – na saúde, em particular.

A SOCIEDADE DE MASSA E AS AÇÕES DECORRENTES DAS RELAÇÕES DE CONSUMO – AGÊNCIAS REGULADORAS

As questões derivadas das relações de consumo também concentram grande soma de processos, os quais respondem por 38% do total em tramitação pelos tribunais e em 30 das novas ações apresentadas anualmente, segundo os dados colhidos dos mesmos indicadores do CNJ. Numa sociedade inserida no mercado internacional, fortemente apoiada no regime de produção, comercialização e consumo de bens e serviços em massa para uma população de 200 milhões de pessoas, é

¹ Theodoro Jr, Humberto; Nunes, Dierle; Bahia, Alexandre Melo Franco; Pedron Flavio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e Sistematização*, 2ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 241-242.

² Greco, Leonardo (*Paradigmas da Justiça Contemporânea e Acesso à Justiça*, in *Instituições de Processo Civil – Introdução ao Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2015. P. ob. cit., p. 13

intuitivo que os conflitos decorrentes guardem a mesma proporção.

Nessa linha, pode-se afirmar que o enorme volume de conflitos de consumo resulta da conjunção de pelo menos fatores: a insuficiência da infraestrutura do país à sustentação de modelo econômico baseado na produção de bens e serviços em escala massificada e a ineficiência dos sistemas legal e regulatórios. Com efeito, grande parte das ações do consumo está relacionada aos serviços públicos concedidos à iniciativa privada, que deveriam ser fiscalizados pelo Estado por meio das agências reguladoras setoriais.

Inspiradas nas agências independentes americanas, que regulam setorialmente as atividades, por meio de colegiados,³ o modelo de agência reguladora brasileiro, previsto nos artigos 21, XI, e 174 da Constituição Federal, encontra regulamentação na Lei 10.871/2004, permitindo-se sua implementação não apenas em âmbito federal, mas também no de estados e municípios, correspondentes aos serviços que lhes são próprios.

Garantias como mandato fixo – após indicação pelo Presidente da República e aprovação pelo Senado Federal –, estabilidade e vencimentos acima da média do funcionalismo público proporcionam aos seus diretores e integrantes autonomia e independência para o exercício adequado da regulação e da fiscalização das empresas privadas na prática das atividades concedidas.

Todavia, o que se constata é que as agências reguladoras federais, de um modo geral, ainda carecem de maior amadurecimento político-administrativo, e sua atuação reflete as precariedades da infraestrutura do próprio país ao não conseguir atender, em grau aceitável de satisfação, às finalidades do objeto da concessão e da fiscalização.

Convém registrar que, nos EUA, instâncias administrativas das próprias agências costumam responder de modo resolutivo às reclamações dos interessados, que devem exercer ao limite todas as possibilidades de prova de suas alega-

A MAIOR AMPLITUDE
CONFERIDA ÀS FORMAS
DE RESOLUÇÃO
DE CONFLITOS
AGORA INCLUI A
AUTOCOMPOSIÇÃO E A
HETEROCOMPOSIÇÃO
NÃO APENAS NO
SISTEMA DE JUSTIÇA
CONVENCIONAL, MAS
TAMBÉM PROMOVIDA
POR PARTICULARES.

ções. Suas decisões somente são revistas em juízo em caso de ofensa ao devido processo legal.

No Brasil, a insuficiência da atuação das agências reguladoras, aliada à inexistência de sistema privado ou parajudiciário de tratamento adequado de conflitos e aos demais fatores já mencionados, determina o encaminhamento direto ao sistema de justiça convencional de grande parte das demandas das relações de consumo.

JUDICIÁRIO: CRISE DE LEGITIMIDADE. A BUSCA POR OUTROS PARADIGMAS

A incapacidade operacional do Poder Judiciário, correspondente à, entre outros aspectos, maior consciência jurídica e consequente grau de exigência pela população melhor informada, determinou a busca de mecanismos e soluções em países que utilizam outros paradigmas.

Profissionais do direito passaram, então, a buscar experiências do *common law* para aplicá-las ao regime jurídico brasileiro, como forma de resolver questões que se tornaram insolúveis ou de difícil solução pelo sistema da *civil law*.

Assim é que iniciativas como a dos juizados especiais e das ações coletivas, ambas com

inspiração nos *small claims courts* e nas *class action* do direito americano, ainda na década de 1980, foram adaptadas pelo legislador pátrio e utilizadas com alguma eficácia durante determinado período.

Inúmeras outras adaptações foram incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, a ausência de sistematização, resultado dos recortes legislativos de origem e natureza diversas, conduziram ao esgotamento do modelo assistemático do Código de Processo Civil de 1973, o que determinou a edição de um novo documento, inteiramente revigorado, que mantém institutos bem-sucedidos e introduz outros, tomados de outras legislações.

A mudança de paradigma mostra bem a aproximação entre os sistemas. A maior amplitude conferida às formas de resolução de conflitos agora inclui a autocomposição e a heterocomposição não apenas no sistema de justiça convencional, mas também promovida por particulares.

Com efeito, o novo CPC contempla, logo em seu início,⁴ a mediação, a conciliação e a arbitragem como modos preferenciais de solução de conflitos, determinando que a opção por esses e outros mecanismos deverá ser estimulada pelos profissionais do direito.

A mediação e a conciliação são tratadas em inúmeros dispositivos do novo CPC, que chega a destinar a esses institutos uma Seção inteira, entre os artigos 165 e 175.⁵

A mediação e a conciliação são institutos conhecidos do profissional do direito brasileiro. A inovação fica por conta da ênfase e da sistematização conferidas pelo legislador, que aponta para uma aproximação do *Multi-door Courthouse*, ou Tribunal Multiportas, como concebido e desenhado, ainda na década de 1970, pelo professor Frank Sander.

⁴ 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.

⁵ Seção V, do Capítulo III, do Título IV.

⁶ Art. 167, §6º, CPC

Os estudos do professor Sander já sinalizavam os benefícios que o tratamento preliminar aos conflitos proporcionava ao permitir o dimensionamento da disputa e maior facilidade na sua condução e resolução.

O CNJ já havia se antecipado e iniciado a introdução desse modelo no sistema jurídico brasileiro através da edição da Resolução 125, em 2010, com a qual se previu a instalação de Centros Judiciários de Resolução de Conflitos pelos tribunais.

O legislador de 2015 também encontrou no modelo desenvolvido por Sander a inspiração para a estruturação, pelo CPC e por lei extravagante, do sistema de tratamento incidental aos conflitos judicializados, e preventivo, em esfera privada. Nesse sentido, os tribunais podem optar por constituir quadro próprio de Mediadores e Conciliadores Judiciais.⁶

Por outro lado, profissionais qualificados, devidamente capacitados por entidade credenciada e que observe as prescrições do CNJ, podem se habilitar como mediadores ou conciliadores judiciais, cadastrando-se nos tribu-

A MEDIAÇÃO E A
CONCILIAÇÃO SÃO
INSTITUTOS CONHECIDOS
DO PROFISSIONAL DO
DIREITO BRASILEIRO. A
INOVAÇÃO FICA POR
CONTA DA ÊNFASE E
DA SISTEMATIZAÇÃO
CONFERIDAS
PELO LEGISLADOR.

³ Quadros, Fernando, *Agências Reguladoras*, Juruá, São Paulo, p. 96

nais em que pretendam atuar. Assim, podem ser contemplados com os casos derivados das ações em curso,⁷ quando inexistir acordo entre os interessados.

Contudo, as Câmaras Privadas de Mediação e Conciliação e de outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais, previstas em dispositivos como os artigos 167, 168 e 175, do novo CPC, podem representar o sinal mais significativo de mudança do paradigma ao possibilitar o tratamento de questões relacionadas aos direitos indisponíveis transigíveis em ambiente extrajudicial.

Como se vê do artigo 167 do CPC, mediadores e conciliadores também poderão se reunir em Câmara Privada de Mediação e Conciliação e prestar serviços de autocomposição. Nesse caso, a Câmara deverá estar credenciada no tribunal em cuja jurisdição pretenda atuar, assim como os profissionais que a integram.

Com efeito, questões de natureza familiar e societária, por exemplo, em que, via de regra, há aspectos relacionais subjacentes, podem ser melhor tratadas por meio do diálogo que permita o entendimento e a construção do consenso. É uma quase unanimidade a inaptidão da decisão judicial adjudicada para resolver conflitos dessa natureza. As disputas decorrentes das relações do consumo, inclusive e principalmente as seriadas, também podem ser validamente tratadas por meio das Câmaras Privadas de Resolução de Conflitos.

Com previsão expressa no artigo 175 do CPC e regulamentadas pela Lei 13.140/15, as Câmaras Privadas podem se apresentar na modalidade presencial e *on line*. Neste caso, as *ODR's* – ou *On Line Dispute Resolution* – constituem verdadeira modernização do mecanismo, cuja essência permanece a mesma. Operadas à distância, em plataformas baseadas em inteligência artificial, podem contribuir para reduzir ou eliminar custos como deslocamento e tempo.

De fato, questões triviais de consumo, que não exigem maiores desafios cognitivos ou exegeses jurídicas sofisticadas, e que hoje são ina-

propriadamente submetidas à solução judicial consensual ou adjudicada, devem ser previamente endereçadas às Câmaras Privadas.

O cadastramento nos tribunais permite a verificação das condições de formação dessas câmaras e respectivos profissionais, e a fiscalização garante a qualidade de sua operação, sob pena de suspensão ou descredenciamento. O fato de operar à distância garante ainda o benefício da comodidade, evitando-se deslocamentos, sobretudo em locais que ainda não dispõem de acesso eletrônico à justiça convencional.

As Câmaras Privadas convencionais e as *ODR's* têm sido utilizadas em países como a Espanha e a França, além dos EUA, sede de sua origem e desenvolvimento, e mostram progressiva aceitação e enorme potencial de aplicabilidade e eficiência.

Assim, *a latere* da discussão acerca da obrigatoriedade de prévio acesso à resolução privada de conflitos, as câmaras convencionais e as *ODR's* podem contribuir para elevar o grau de resolutividade dos conflitos – sobretudo daqueles que mais impactam o judiciário, como o consumo – e com a pacificação social.

De qualquer modo, sendo as Câmaras Privadas convencionais ou as *ODR's* uma opção, a tentativa frustrada de resolução pode interferir positivamente na tramitação de eventual e futuro processo judicial, tornando prescindível a realização da audiência a que alude o artigo 334 do CPC.

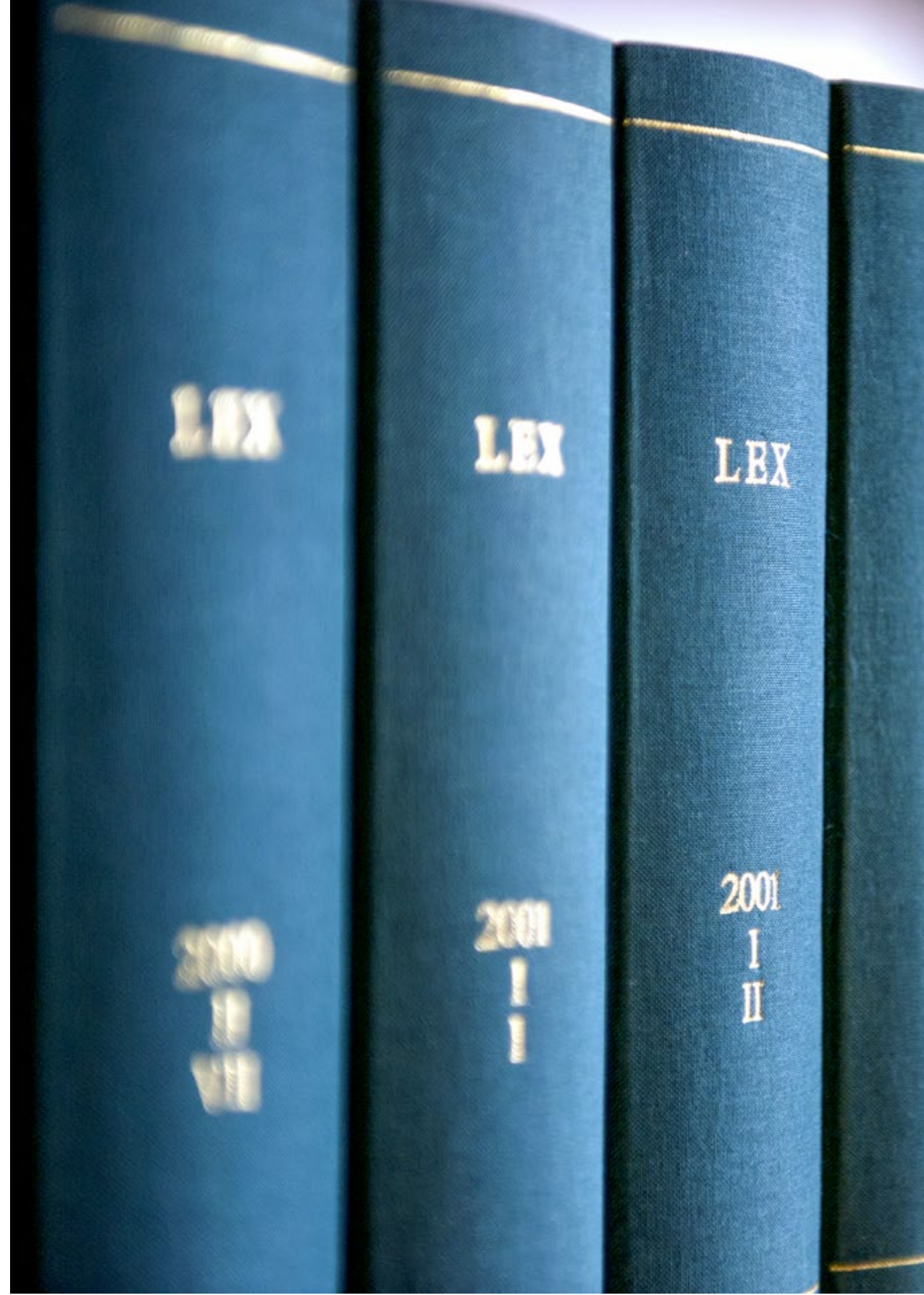
Tribunais e empresas deverão adaptar-se para os novos tempos, que se iniciam a partir da vigência da Lei 13.140/15 e do novo CPC.

Estruturas internas voltadas ao atendimento de demandas pelas vias autocompositivas, promovidas por Câmaras Privadas convencionais ou à distância, passarão a fazer parte da rotina da justiça estadual e das empresas formadoras de grande número de demandas, contribuindo para um cenário promissor de tratamento mais adequado e célere dos conflitos, com menor custo operacional para empresas e tribunais.

⁷ Art. 168. As partes podem escolher, de comum acordo, o conciliador, o mediador ou a câmara privada de conciliação e de mediação.

§1º. O conciliador ou o mediador escolhido pelas partes poderá ou não estar cadastrado no tribunal.

§2º. Inexistindo acordo quanto à escolha do mediador ou conciliador, haverá distribuição entre aqueles cadastrados no registro do tribunal.



MEDIAÇÃO DE CONFLITOS NO ÂMBITO JURÍDICO:

O CRESCIMENTO DA MEDIAÇÃO EMPRESARIAL NO BRASIL



Daniela Monteiro Gabbay

Professora da FGV Direito SP

Formada em direito pela Universidade Federal do Pará, é mestre e doutora pela Universidade de São Paulo. Visiting fellow na Universidade de Yale, EUA, e na London School of Economics and Political Science, Reino Unido, é professora na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas e sócia de Jabardo, Mange & Gabbay. Integra o corpo de mediadores e árbitros de diversas câmaras brasileiras e é autora de artigos e livros sobre mediação, arbitragem e formas extrajudiciais de solução de litígios.

Resumo

A Lei nº 13.140/2015, conhecida como lei brasileira de mediação, define esse instrumento como um meio autocompositivo de solução de conflitos em que um terceiro imparcial e sem poder decisório, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia a desenvolver soluções consensuais para a controvérsia. Essa mesma lei também determina que podem ser objeto da mediação conflitos que envolvam direitos disponíveis ou direitos indisponíveis que admitam transação, podendo a mediação versar sobre todo o conflito ou parte dele. Neste artigo, Daniela Gabbay apresenta e reflete sobre as aplicações institucionais da mediação, trazendo exemplos. De acordo com a autora, as mudanças que estão por vir devem considerar que a Justiça é obra coletiva e depende de iniciativas não apenas do governo, mas também da sociedade e das empresas.

INTRODUÇÃO

A mediação é um meio autocompositivo de solução de conflitos em que um terceiro imparcial e sem poder decisório, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia a desenvolver soluções consensuais para a controvérsia. Essa é a definição que está no art. 1º da lei de mediação brasileira (Lei nº 13.140/2015).¹

Essa mesma lei também determina que podem ser objeto da mediação conflitos que envolvam direitos disponíveis ou direitos indisponíveis

que admitam transação,² podendo a mediação versar sobre todo o conflito ou parte dele.

Considerando que o poder público é um dos maiores litigantes da Justiça brasileira,³ ele não tem ficado de fora do movimento em prol dos meios consensuais de solução de conflitos, de forma que a lei de mediação (art. 32) e o novo Código de Processo Civil (CPC – art. 174) contribuíram para se fixar um marco legal para a mediação no âmbito da administração pública,⁴ determinando que a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios

¹ Segundo Gabbay, Faleck e Tartuce, a mediação é “o meio consensual de abordagem de controvérsias em que uma pessoa isenta e devidamente capacitada atua tecnicamente para facilitar a comunicação de modo que os envolvidos possam encontrar formas produtivas de lidar com as disputas. A mediação é um meio consensual que envolve a cooperação voluntária dos participantes. É essencial que eles demonstrem disposição e boa fé para que possam se comunicar e buscar soluções conjuntamente. Na mediação não há imposição de uma decisão final por quem quer que seja: os envolvidos irão atuar para, conjuntamente, divisarem saídas para seus impasses e eventual acordo será celebrado pela vontade dos interessados.” In Gabbay, Daniela; Faleck, Diego; Tartuce, Fernanda. Meios alternativos de solução de conflitos. Rio de Janeiro: FGV, 2014. pp. 45-46.

² Ainda que o direito seja em alguma medida indisponível, a mediação pode atuar para tratar de seus aspectos transacionáveis. Em pesquisa empírica realizada para o Ministério da Justiça sobre “o Desenho de Sistemas de Resolução Alternativa de Disputas para Conflitos de Interesse Público” identificou-se alguns dos desincentivos mais citados para a submissão de conflitos de interesse público aos métodos consensuais: restrições orçamentárias, responsabilidade do gestor público - sob a égide das leis de responsabilidade fiscal e de improbidade administrativa, indisponibilidade do bem público, inafastabilidade da jurisdição, princípio da legalidade e posição restritiva do Tribunal de Contas quanto aos meios alternativos de solução de conflitos, foram alguns dos fatores apontados e que acabam inibindo o gestor e advogado públicos na sua atuação extrajudicial para a solução de litígios. Cf. Gabbay, Daniela Monteiro; Cunha, Luciana Gross (Coord.) *O Desenho de Sistemas de Resolução Alternativa de Disputas para Conflitos de Interesse Público*. Série Pensando o Direito, n. 38/2011.

³ Cf. Relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), disponível em <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros/relatorios>, acesso em 15/09/2015, que também elaborou *ranking* dos 100 maiores litigantes da Justiça brasileira, despontando os órgãos federais, estaduais e municipais em posições de destaque. O INSS está na 1ª posição na lista consolidada que congrega a Justiça Federal, Estadual e Trabalhista, sendo o maior litigante do Judiciário Brasileiro. Cf. relatório *100 maiores litigantes de 2012*, que está disponível em http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf

⁴ Para analisar a aplicação dos mecanismos consensuais no âmbito da Justiça Federal, vide Gabbay, Daniela e Takahashi, Bruno (Org). *Desenho de sistemas e mecanismos consensuais de solução de conflitos na Justiça Federal*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, obra coletiva que trata tanto das técnicas de solução de conflitos como de experiências práticas e programas de mediação e conciliação no âmbito da Justiça Federal.

MEDIANTE O SEU PAPEL FACILITADOR DA COMUNICAÇÃO ENTRE AS PARTES, O MEDIADOR CONTRIBUI PARA UM MELHOR FLUXO DE INFORMAÇÃO E ESCLARECIMENTO DA CONTROVÉRSIA, COM A UTILIZAÇÃO DE TÉCNICAS QUE BUSCAM MANTER AS PARTES NA MESA E INCENTIVÁ-LAS A GERAR RESULTADOS GANHA-GANHA.

poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da advocacia pública, onde houver, com competência para:

- Dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública;
- Avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público;
- Promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

Na área empresarial, a mediação é bastante indicada para empresas que têm relação continuada entre si e buscam uma solução efetiva com economia de tempo e dinheiro. Os ganhos podem ser diretos e indiretos, pois muitas vezes na mediação também se evitam perdas de oportunidade e rompimento de relações continuadas em atividades empresariais.

Algumas áreas têm revelado grande potencial de crescimento de conflitos submetidos à mediação, como as áreas de construção civil, infraestrutura, seguros, societário, contratos, responsabilidade civil, dentre outras em que

existam relações continuadas entre os litigantes envolvidos.

Mediante o seu papel facilitador da comunicação entre as partes, o mediador contribui para um melhor fluxo de informação e esclarecimento da controvérsia, com a utilização de técnicas que buscam manter as partes na mesa e incentivá-las a gerar resultados ganha-ganha, sem polarizar o conflito, criando valor a partir da satisfação dos interesses envolvidos, com confidencialidade e custo baixo.

Assim, as vantagens da mediação que costumam ser relatadas por quem participa deste procedimento normalmente estão relacionadas a:

- Manutenção de relações continuadas, reestabelecendo comunicações entre as partes envolvidas;
- Enfrentamento do conflito como uma oportunidade para melhorar e preservar as relações;
- Possibilidade de gerar resultados ganha-ganha;
- Garantia de fluxo de informação pelo mediador, que auxilia as partes a terem escuta ativa aos seus interesses para o esclarecimento da controvérsia;
- Redução de custos na solução da disputa;
- Prevenção de futuros conflitos;
- Garantia de confidencialidade e autonomia da vontade das partes.

Por mais que não se chegue a um acordo, a mediação costuma melhorar a compreensão das partes sobre a disputa.



O CRESCIMENTO DA MEDIAÇÃO

Nos EUA, desde a década de 1970, o mercado de mediação vem crescendo e, no âmbito privado, as empresas cada vez mais consideram esse mecanismo na gestão de seus conflitos.⁵

No Brasil, as iniciativas legislativas de maior destaque surgiram em 1998, com a apresentação de dois projetos de Lei: o PL n° 4.327/98, sobre a mediação no processo civil, apresentado pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) de São Paulo, e o PL n° 4.827/98, apresentado pela deputada Zulaiê Cobra, posteriormente

substituído pelo PL n° 94, do senador Pedro Simon, em 2002. No âmbito do Poder Judiciário, em 2010, surgiu a Resolução n° 125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que instituiu a política pública nacional de tratamento adequado de conflitos de interesses⁶ e contribuiu para importantes passos voltados à institucionalização da mediação, além de difusão, sistematização e aprimoramento das práticas já adotadas no Judiciário.

Na área empresarial, por sua vez, depois de 2010, grande parte das câmaras privadas que já ofereciam arbitragem passaram a oferecer

⁵ Quanto a outros países, vale registrar que em 1989, na Inglaterra, foi estabelecida uma campanha britânica a fim de divulgar a resolução de conflitos por meios alternativos ao Judiciário. Na França, a mediação originou-se do Direito Público, mais precisamente, a partir da figura do *ombudsman*. Em 1982 foi sancionada a lei que permitia o uso da mediação para solução de disputas no âmbito do Direito do Trabalho e, em 1990, a mediação foi instituída no Direito Civil. Em se tratando da América Latina, a mediação ganhou bastante espaço no território argentino, sendo regulamentada a criação de um Corpo de Mediadores, em 1992, pelo Ministério da Justiça deste país. Em 1995, a Lei 24.573 determinou a obrigatoriedade da etapa de mediação para os casos que envolviam direitos patrimoniais disponíveis. Cf. Luchiari, Valeria Ferioli Lagrasta. *Mediação Judicial: Análise da realidade brasileira – origem e evolução até a Resolução n° 125, do Conselho Nacional de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, pp. 19-21.

⁶ A Resolução n. 125 trouxe um Código de Ética, estabeleceu parâmetros para a capacitação de conciliadores e mediadores, além de dispor sobre a criação e funcionamento dos Núcleos e Centros de Conciliação e Cidadania. Para ter mais detalhes sobre a Resolução n. 125 do CNJ, vide Watanabe, Kazuo. “Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses” – Justificativa apresentada perante o CNJ quando da elaboração da Resolução n° 125/2010 e Luchiari, Valeria Ferioli Lagrasta. *Mediação Judicial: Análise da realidade brasileira – origem e evolução até a Resolução n° 125, do Conselho Nacional de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. pp. 65-70.

também o serviço de mediação, revisando seus regulamentos, criando lista de mediadores e preparando suas estruturas administrativas para receberem um fluxo de novos procedimentos de mediação. A média do valor envolvido em cada caso costuma ser menor que a do valor dos casos de arbitragem, assim como o tempo necessário à resolução da disputa e o custo do procedimento.

É importante ressaltar que além de a mediação ser adotada em casos individuais, é possível ser aplicada a um grupo de casos por meio de sistemas de solução de conflitos. O desenho de sistemas ou programas de prevenção e gestão de disputas (*Dispute System Design – DSD*)⁷ já vem sendo adotado há algum tempo nos EUA e tem despontado como um novo campo de aplicação dos métodos consensuais de solução de conflitos no Brasil.⁸

No ambiente corporativo das empresas, um programa de mediação que ganhou bastante destaque por utilizar técnicas de DSD foi o *Early Dispute Resolution* (EDR), desenvolvido pela General Electric na década de 1990, fazendo uso da mediação, da negociação e de outros meios adequados de solução para gerir os conflitos da empresa. O programa foi montado a partir de três níveis: um voltado à negociação comercial (*business to business*), outro aos meios privados de solução de conflitos (do menos custoso ao mais custoso) e, por fim, um nível voltado ao litígio judicial. Uma equipe de solução de disputas foi treinada dentro da empresa para avaliar estrategicamente os conflitos e, ao final, o programa possibilitou uma

economia de cerca de US\$ 40 milhões para a companhia, no ano de 2000.⁹

Há também o caso da empresa E-bay, onde o então diretor Colin Rule reestruturou as formas de solução de conflitos a partir de um novo sistema de *online dispute resolution* (ODR) e técnicas de *Dispute System Design*, agregando técnicas consensuais de solução de conflitos à plataforma *online* de compra e ven-

GRANDE PARTE DAS
CÂMARAS PRIVADAS
QUE JÁ OFERECIAM
ARBITRAGEM PASSARAM
A OFERECER TAMBÉM O
SERVIÇO DE MEDIAÇÃO,
REVISANDO SEUS
REGULAMENTOS, CRIANDO
LISTA DE MEDIADORES
E PREPARANDO
SUAS ESTRUTURAS
ADMINISTRATIVAS PARA
RECEBEREM UM FLUXO DE
NOVOS PROCEDIMENTOS.

⁷ Segundo Diego Faleck: “a customização do sistema permite que as necessidades únicas de cada caso concreto sejam atendidas com eficiência e evita gastos de recursos, tempo, energia emocional e perda de oportunidade. Ao mesmo tempo, permite a maior participação das partes interessadas e afetadas para o alcance de seus objetivos, o que gera satisfação com os resultados. (...) O processo de *design* de um sistema de disputas pode ser dividido em cinco etapas principais: (i) análise do conflito e das partes interessadas e afetadas; (ii) definição dos objetivos e prioridades do sistema; (iii) criação de consenso e desenvolvimento do sistema; (iv) implementação do sistema, disseminação e treinamento; e (v) avaliação constante do sistema, adaptando-o de forma a permitir o aprendizado com a experiência.” Cf. Faleck, Diego. *Introdução ao Design de Sistemas de Disputas: Câmara de Indenização 3054*. *Revista Brasileira de Arbitragem*. São Paulo, Ano V, N° 23. Jul-Set/2009. pp. 8-10.

⁸ Um exemplo de caso emblemático que utilizou o DSD foi o da Câmara/Fundo de Indenização de vítimas e familiares de vítimas do acidente de 11 de setembro de 2001 nos EUA. No Brasil, houve a Câmara de Indenização para os beneficiários das vítimas do acidente do voo TAM 3054, em 2007, programa que foi replicado em 2009 para os familiares brasileiros das vítimas do acidente da *Air France*.

⁹ Mais informações podem ser encontradas em Wheeler, Michael A. and Gillian Morris. “GE’s Early Dispute Resolution Initiative (A).” Harvard Business School Case 801-395, June 2001.

da de produtos, o que garantiu a fidelização e maior satisfação dos consumidores.¹⁰

COMO FUNCIONA A MEDIAÇÃO

A ESCOLHA FEITA PELAS PARTES

A escolha da mediação é muitas vezes estratégica e depende dos objetivos e interesses de cada parte. Quando é feita essa escolha no contrato, antes do surgimento de conflito, as partes tendem a escolher o mecanismo de solução de conflitos de acordo com critérios que passam pelo valor do negócio, tipo de litígio, custos envolvidos e relação entre as partes, dentre outros parâmetros que compõem a matriz desta escolha estratégica.¹¹

Essa escolha contratual pode estipular que a mediação seja obrigatória, antecedendo outra forma de solução de conflitos (como a arbitragem ou o judiciário). De acordo com a lei de mediação brasileira, a previsão contratual deverá conter, além dos critérios para a escolha do mediador, uma penalidade em caso de não comparecimento da parte convidada à primeira reunião de mediação.¹² A obrigatoriedade, portanto, não é para se chegar a um acordo, e sim para participar do procedimento contratualmente escolhido pelas partes. Se após a primeira sessão uma das partes não quiser continuar com a mediação, ela não é obrigada a permanecer no procedimento, que pode ser finalizado.

A lei de mediação (art. 22) também determina o mínimo que deve conter uma cláusula con-

O PROCEDIMENTO DA
MEDIAÇÃO NÃO IMPEDIRÁ
O ACESSO AO PODER
JUDICIÁRIO QUANDO FOR
NECESSÁRIO PARA EVITAR
O PERECIMENTO DE DIREITO,
COMO EM RELAÇÃO ÀS
MEDIDAS DE URGÊNCIA QUE
SE FAÇAM NECESSÁRIAS.

tratual de mediação, assim como os critérios que devem ser observados quando não houver uma previsão contratual completa. De acordo com esta lei, a previsão contratual de mediação deverá conter, no mínimo:

- Prazo mínimo e máximo para a realização da primeira reunião de mediação, contado a partir da data de recebimento do convite;
- Local da primeira reunião de mediação;
- Critérios de escolha do mediador ou equipe de mediação;
- Penalidade em caso de não comparecimento da parte convidada à primeira reunião de mediação.

A previsão contratual pode substituir a especificação dos itens acima enumerados pela indicação de regulamento da Câmara no caso

¹⁰ Mais informações podem ser obtidas em: Rabinovich-Einy, Orna; Katsh, Ethan. Technology and the Future of Dispute Systems Design. *Harvard Negotiation Law Review*, V. 17, Spring 2012. pp. 169-174. Disponível em: <<http://www.hnlr.org/wp-content/uploads/2012/09/151-200.pdf>>. Acesso em: 15/09/2015.

¹¹ Embora considere essa escolha mais arte do que ciência, Frank Sander traz à tona alguns critérios que podem ser úteis, considerando a necessidade de (i) mapear os interesses e objetivos das partes; (ii) priorizar os interesses e objetivos; (iii) analisar as características e potencialidades de cada método de solução de conflito; (iv) analisar os impedimentos existentes e a possibilidade de o tipo de método os transpor. Ao fim, o autor considera que a mediação é a forma mais indicada de solução de conflitos (*mediation-centered approach*), mesmo quando ela é utilizada para se chegar a outra forma de solução de conflitos, pois as partes saem da mediação entendendo melhor a disputa e os interesses envolvidos. Cf. Sander, Frank E. A., Rozdeicz, Lukasz. Matching cases and dispute resolution procedures: detailed analysis leading to a mediation centered approach. *Harvard Negotiation Law Review*, vol. 11, 2006, pp. 1-41.

¹² Art. 22, Lei 13.140, 2015. No âmbito do Novo CPC, o art. 334, § 8º determina que “o não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado”.

de mediação institucional, no qual constem critérios claros para a escolha do mediador e realização da primeira reunião.

A escolha pela mediação também pode ser feita depois do surgimento do conflito entre as partes, e, embora a desvantagem disso seja o risco de seus ânimos já estarem alterados, por outro lado, com o advento do conflito é possível ter mais conhecimento da disputa e dos interesses envolvidos do que quando a cláusula está no contrato, mas o conflito ainda não surgiu.

Assim, mesmo quando não há cláusula contratual de mediação, nada impede que as partes façam a opção por esse meio consensual de solução de disputas. Havendo processo judicial ou arbitral em curso, o mesmo deve ser suspenso quando as partes escolhem a mediação.

O procedimento da mediação não impedirá o acesso ao Poder Judiciário quando for necessário para evitar o perecimento de direito, como em relação às medidas de urgência que se façam necessárias.

De acordo com o previsto na lei de mediação brasileira, considera-se instituída a mediação na data para a qual for marcada a primeira reunião

e, enquanto transcorrer o procedimento de mediação, ficará suspenso o prazo prescricional.

OS PRINCÍPIOS ENVOLVIDOS

A mediação deverá ser orientada pelos seguintes princípios:

- Imparcialidade do mediador;
- Isonomia entre as partes;
- Oralidade;
- Informalidade;
- Autonomia da vontade das partes;
- Busca do consenso;
- Confidencialidade;
- Boa-fé.¹³

Embora as partes tenham autonomia da vontade para definir as regras do procedimento de mediação, não podem abrir mão desses princípios que constituem o alicerce valorativo e “garantístico” da mediação.

A imparcialidade do mediador possui grande relevância e está relacionada ao tratamento



¹³ Cf. art. 2º, Lei 13.140/2015.

isonômico das partes. O mediador deve manter-se equidistante em relação aos mediados, evitando induzi-los ou instigá-los a adotar qualquer tipo de conduta. Não se deve, contudo, confundir imparcialidade com falta de empatia. Para a atuação como mediador é importante que se busque compreender a situação conflituosa e o ponto de vista das partes (empatia), com o cuidado de não tomar um posicionamento parcial (imparcialidade).¹⁴ A informalidade é um princípio característico da mediação, que não precisa de regras rígidas para se desenvolver, o que favorece a comunicação entre todos os envolvidos.

Merece destaque também o princípio da autonomia da vontade, dado que os envolvidos têm liberdade para fazer suas escolhas, tanto em termos de procedimento quanto em termos de resultado, desde o início da mediação até o seu fim. O Código de Ética anexo à Resolução nº 125/2010 do CNJ dispõe que é dever do mediador “respeitar diferentes pontos de vista dos envolvidos, assegurando-lhes que cheguem a uma decisão voluntária e não coercitiva, com liberdade para tomar as próprias decisões durante ou ao final do processo” (art. 2º, II).

A confidencialidade, por sua vez, revela-se importante para o bom desenvolvimento da mediação. Para que as partes possam se comunicar sem restrições é imprescindível que se sintam seguras de que o que for dito durante as sessões de mediação não será utilizado contra elas em outras oportunidades. Em razão dessa necessidade, é de praxe a assinatura de termo de sigilo em relação ao conteúdo das sessões de mediação.¹⁵

Por fim, o princípio da boa-fé tem relevante importância na medida em que está relacionado ao comportamento das partes durante o procedimento de mediação. Se algum dos participantes não estiver de fato comprometido, isso levará à perda de tempo e de esforços de todos os demais.

¹⁴ Imparcialidade, no art. 1º, inc. VI do Código de Ética previsto como anexo na Resolução nº 125/2010 do CNJ é assim definida: “dever de agir com ausência de favoritismo, preferência ou preconceito, assegurando que valores e conceitos pessoais não interfiram no resultado do trabalho, compreendendo a realidade dos envolvidos no conflito e jamais aceitando qualquer espécie de favor ou presente.”

¹⁵ A Resolução nº 125/2010 do CNJ, em seu Anexo III, art. 1º, inc. I, dispõe que a confidencialidade é o “dever de manter sigilo sobre todas as informações obtidas na sessão, salvo autorização expressa das partes, violação à ordem pública ou às leis vigentes, não podendo ser testemunha do caso nem atuar como advogado dos envolvidos em qualquer hipótese.”

OS CUSTOS DA MEDIAÇÃO

Os custos da mediação são normalmente compostos de:

- Despesas e taxas administrativas pagas à instituição, no caso de mediação institucional;
- Honorários do(s) mediador(es);
- Honorários advocatícios; e
- Honorários de eventuais peritos e assistentes técnicos, no caso de avaliação neutra de terceiro ser combinada com a mediação.

Os custos administrativos são pagos desde a instauração da mediação, juntamente com a taxa de registro que acompanha o requerimento de mediação, e estão voltados à administração do procedimento pela Câmara, podendo haver a necessidade de antecipação de alguma provisão pelas partes ou a constituição de um fundo de despesas.

Os honorários dos mediadores podem ser tanto definidos por hora de trabalho quanto ter por base o valor da causa em discussão, ou mesmo ambos. A maior parte das instituições privadas possuem tabelas com os valores das taxas administrativas e trabalham com a base horária para remuneração dos mediadores. No âmbito da mediação judicial, o novo CPC determina que conciliador e o mediador receberão pelo seu trabalho remuneração prevista em tabela fixada pelo tribunal, conforme parâmetros estabelecidos pelo CNJ (art. 169).

DIFERENÇAS ENTRE MEDIAÇÃO AD HOC E INSTITUCIONAL

A mediação privada pode ser *ad hoc* ou institucional. A mediação *ad hoc* é aquela em que não há uma instituição de mediação administrando o procedimento, o que fica a cargo das próprias partes e do mediador, enquanto na mediação institucional, por sua vez, orga-



nizações privadas (Câmaras de Mediação e Arbitragem) auxiliam na organização e administração do procedimento de mediação, possuindo normalmente um regulamento, código de ética, lista de mediadores, dentre outros parâmetros que podem ser adotados pelas partes no todo ou em parte.

Nada obsta que haja a adoção de um regulamento de mediação também na mediação *ad hoc* ou mesmo a indicação de uma Câmara de Mediação como autoridade nomeadora para indicar o(s) mediador(es) para o caso.

Quando a mediação for institucional, é muito importante escolher uma Câmara de Mediação confiável, que tenha um regulamento testado e uma boa reputação no mercado. Com o crescimento da procura pela mediação no campo empresarial, as Câmaras de Mediação e Arbitragem, no intuito de se prepararem para esse crescimento do mercado, têm revisto seus regulamentos e buscado investir no bom funcionamento de mediações no ambiente institucional.

O PAPEL DO MEDIADOR

Pode atuar como mediador qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer a mediação.

Segundo a lei de mediação, o mediador tem o dever de revelar às partes, antes da aceitação da função, qualquer fato ou circunstância que possa suscitar dúvida justificada em relação à sua imparcialidade. Não pode o mediador ser considerado pelas partes como impedido ou suspeito para atuar, nos termos do que estabelece o Código de Processo Civil (CPC).

Determina, ainda, a lei de mediação, uma quarentena, ficando o mediador impedido, pelo prazo de um ano, contado do término da última audiência em que atuou, de assessorar, representar ou patrocinar quaisquer das partes. O mediador também não pode atuar como árbitro nem funcionar como testemunha em processos judiciais ou arbitrais referentes a conflitos em que tenha atuado como mediador.

Na mediação judicial, a capacitação do mediador foi objeto de regulação. Segundo o novo CPC e a lei de mediação, poderá atuar como mediador judicial apenas aquele que preencher o requisito da capacitação mínima, por meio de curso realizado por entidade credenciada, conforme parâmetro curricular definido pelo CNJ em conjunto com o Ministério da Justiça. O conciliador ou o mediador, com o respectivo certificado, poderá requerer sua inscrição no cadastro nacional e no cadastro de Tribunal de Justiça ou de Tribunal Regional Federal.

Na iniciativa privada, deixou-se essa escolha à autonomia de vontade das partes. Pode haver lista de mediadores nas Câmaras, embora em grande parte dos casos se permita a escolha de mediadores que estejam fora da lista.

Quando a mediação é institucional, os regulamentos das Câmaras costumam determinar que, na ausência de consenso das partes em relação à escolha do mediador, essa escolha fica a cargo do Centro ou Câmara de Mediação.

Por fim, deve-se fazer uma diferença entre *ser* e *estar* mediador. Ninguém é permanentemente mediador, mas sim está mediador naquele caso em que foi indicado pelas partes. Com o término da mediação, cessa o mandato do mediador para atuar naquele caso.

A RELAÇÃO DA MEDIAÇÃO EMPRESARIAL COM OUTROS MEIOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

MEDIAÇÃO JUDICIAL

A mediação privada é diferente da mediação judicial, que ocorre no início da demanda ajuizada perante o Judiciário. De acordo com o novo CPC, a mediação é obrigatória, salvo se ambas as partes optarem por não a realizar ou se o caso não admitir autocomposição, devendo o réu ser citado para comparecer em audiência de conciliação ou mediação (art. 334 do novo CPC).

¹⁶ Nesse sentido, entendendo que tanto a mediação quanto à conciliação contribuem ao acesso à justiça e favorecem a disseminação da cultura da pacificação, devendo no caso concreto se decidir o que é mais adequado junto às partes, vide Grinover, Ada Pellegrini; Sadek, Maria Tereza; Watanabe, Kazuo, Gabbay, Daniela; Cunha, Luciana Gross (Coord.). Estudo qualitativo sobre boas práticas em mediação no Brasil. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2014. p. 6

Sobre a diferença entre mediação e conciliação, o novo CPC realiza distinção a partir do tipo de litígio e papel do terceiro, o conciliador atuando nos casos em que não há vínculo relacional anterior entre as partes, com a possibilidade de sugerir soluções para o litígio, e o mediador nos casos em que há vínculo anterior entre as partes, atuando de forma mais facilitadora e não avaliativa. Em termos práticos, contudo, é no caso concreto que as partes devem decidir qual é o perfil mais adequado do terceiro e das técnicas (facilitativas ou avaliativas) para a composição consensual do conflito.¹⁶

Alguns pontos de contato entre o Judiciário e a mediação privada são possíveis. De acordo com o art. 168 do novo CPC, as partes, se estiverem de acordo, podem escolher o mediador ou a câmara privada de conciliação e de mediação para submeterem o seu caso. O mediador escolhido pelas partes poderá ou não estar cadastrado no tribunal. Contudo, inexistindo acordo quanto à escolha do mediador ou conciliador, haverá distribuição entre aqueles cadastrados no registro do tribunal, observada a respectiva formação.

ARBITRAGEM

Enquanto na arbitragem há o exercício de jurisdição pelos árbitros, que são indicados pelas partes para decidirem o conflito, o mediador é indicado pelas partes para facilitar a comunicação entre elas, que mantêm em suas mãos o poder decisório do conflito (mecanismo auto-compositivo). Tanto a mediação quanto a arbitragem são formas extrajudiciais de solução de conflitos em que as partes têm autonomia para a escolha do terceiro e do procedimento a ser adotado – que costuma ser mais flexível do que o procedimento judicial.

Considerando suas diferenças, não se espera que a mediação retire o mercado da arbitragem. Muito pelo contrário. Espera-se que haja sinergias, inclusive com a combinação dessas duas formas de solução de conflitos. Muitos contra-

tos já adotam cláusulas escalonadas (como a cláusula *med-arb*), de forma que antes de buscarem o árbitro para decidir, as partes buscam a mediação para tentar resolver o conflito.

DESAFIOS E HORIZONTES NORMATIVOS: ONDE ESTAMOS E PARA ONDE VAMOS?

Tal como visto acima, há dois marcos legais para a mediação: o novo CPC (Lei n. 13.105/2015) e a lei de mediação (Lei n. 13.140/2015). Ambos tratam da mediação judicial, embora o foco da lei seja principalmente a mediação privada e a mediação no âmbito da administração pública. O novo CPC, por sua vez, é aplicado subsidiariamente à mediação privada.

O papel da regulação é muito importante para trazer parâmetros normativos mínimos e mais segurança aos usuários da mediação. A mediação obrigatória no judiciário traz também mais visibilidade a essa porta de acesso à justiça, tendo os advogados e partes que se prepararem para melhor aproveitar esse momento, com mudanças na forma de contratação de honorários e na relação com o cliente.

Assim, a institucionalização da mediação e os parâmetros regulatórios (em relação à capacitação do terceiro, princípios a serem observados, regras de conflitos de interesses, código de ética, etc) trazem à tona as bases constitutivas da mediação. Isso é relevante para que a mediação se insira adequadamente em um sistema multiportas de solução de conflitos e não seja vista apenas como um contraponto ao processo judicial ou um mecanismo para solucionar a crise da justiça.¹⁷

Contudo, por mais importante que seja o papel da regulação, não se deve esquecer que a mediação é um mecanismo autocompositivo em que está presente a autonomia da vontade das partes, com flexibilidade tanto em relação

¹⁷ “Um dos principais riscos da institucionalização da mediação é que ela seja considerada uma justiça de segunda classe, sendo vista como uma forma de contenção dos casos que chegam ao Judiciário (...). As polarizações entre justiça de 1ª e de 2ª classe, justiça de massa e justiça artesanal, se considerarem a mediação/conciliação apenas como um filtro de contenção dos casos que chegam ao Judiciário, tornam-se bastante arriscadas”. Cf. Gabbay, Daniela Monteiro. Mediação & judiciário no Brasil e nos EUA: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no judiciário. Brasília, D.F.: Gazeta Jurídica, 2013. pp. 82-83.

ao procedimento, quanto em relação ao resultado. No âmbito da regulação da mediação, portanto, muitas vezes “menos é mais”.

Além disso, não se pode esperar das leis mais do que elas podem dar. O procedimento da mediação não impedirá o acesso ao Poder Judiciário quando for necessário para evitar o perecimento de direito, como em relação às medidas de urgência que se façam necessárias.

Por fim, identidade também implica reconhecer limites. A mediação não serve para todo e qualquer tipo de caso, e o desafio está muitas vezes em qualificar formas de triagem dos casos que são mais adequados aos meios consensuais de solução de conflitos. Os maiores desafios para a mediação se colocam quando há desequilíbrio de poderes entre as partes ou no

O PROCEDIMENTO DA MEDIAÇÃO NÃO IMPEDIRÁ O ACESSO AO PODER JUDICIÁRIO QUANDO FOR NECESSÁRIO PARA EVITAR O PERECIMENTO DE DIREITO, COMO EM RELAÇÃO ÀS MEDIDAS DE URGÊNCIA QUE SE FAÇAM NECESSÁRIAS.

caso em que a abordagem deve ser de direito e não de interesses, ou seja, quando o objetivo das partes é que haja a interpretação e aplicação do direito por um terceiro ou mesmo a criação de precedente. Também é necessária a atuação do juiz quando se precisa de coerção ou aplicação de sanções, o que é monopólio do Estado.

CONCLUSÕES: O PACTO DE MEDIAÇÃO E O FUTURO DA MEDIAÇÃO NO BRASIL

Tal como exposto no item acima, o futuro da mediação não depende apenas da promulgação de novas leis, mas da mudança de mentalidade dos operadores do direito e da sociedade, que precisam se apropriar desta técnica de solução de conflitos e considerá-la como uma das formas de acesso à justiça.

Assim, as mudanças que estão por vir devem considerar que a Justiça é obra coletiva¹⁸ e depende de iniciativas não apenas do governo, mas também da sociedade e das empresas, em especial dos grandes litigantes, jogadores habituais do sistema judicial e que podem considerar a mediação para uma gestão mais adequada e eficiente de seus conflitos.

Nesse sentido, inspirando-se no *mediation pledge* do *International Institute for Conflict Prevention & Resolution* (CPR), instituto norte-americano sem fins lucrativos, que criou um compromisso/pacto voltado à adoção pe-

las empresas de políticas e práticas de mediação,¹⁹ no Brasil foi lançado pacto de mediação em novembro de 2014 na Fiesp-Ciesp, que se insere no contexto de expansão da mediação empresarial no Brasil e está voltado ao compromisso das empresas, advogados, entidades de ensino, dentre outros, em difundir e considerar dentre as opções de solução de conflitos possíveis, os métodos consensuais (como negociação, mediação e conciliação).²⁰

No dia do lançamento, diversas empresas subcreveram o seguinte “Pacto de Mediação”:

“assumimos o compromisso de adotar, interna e externamente, práticas afinadas com os métodos consensuais de solução de controvérsias, tais como a negociação, a conciliação e a mediação, quando apropriadas, com o objetivo de estabelecer e aprimorar constantemente processos de gestão e resolução de disputas, de maneira colaborativa, integrativa, eficiente e sustentável”.

Posteriormente, esse mesmo pacto foi replicado em diversas instituições pelo Brasil, mobilizando empresas, advogados e operadores do direito a refletirem sobre práticas e iniciativas voltadas aos mecanismos consensuais de solução de conflitos. O futuro da mediação depende de práticas como essa, que partem da sociedade e veem na mediação uma forma adequada de solução de conflitos e de acesso à justiça.

¹⁸ Termo utilizado pelo Presidente do TJSP, Jose Renato Nalini, em reportagem da Folha de São Paulo de 09.03.2014. Cf. <http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2014/03/1422463-jose-renato-nalini-justica-e-obra-coletiva.shtml> Acesso em: 15/09/2015.

¹⁹ O primeiro pacto foi firmado em 1984 e hoje já conta com grandes empresas norte-americanas signatárias, revelando um movimento de busca de métodos consensuais para melhorar a gestão de litígios empresariais. Vide mais informações em <http://www.cpradr.org/Portals/0/21st%20Century%20Pledge.pdf>. Acesso em: 15/09/2015.

²⁰ Sobre o pacto de mediação e relato de algumas empresas signatárias, vide Watanabe, Kazuo; Gabbay, Daniela Monteiro. O pacto de mediação empresarial. Revista Brasileira de Arbitragem n. 46, abr-maio-jun 2015, pp. 7-19



MEDIAÇÃO: UMA POSSÍVEL SOLUÇÃO PARA MARIANA?



Isadora Ruiz

Coordenadora de projetos da FGV Projetos

Isadora Ruiz formou-se em direito na Fundação Getulio Vargas, é mestre em administração pública pela Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas da Fundação Getulio Vargas (EBAPE-FGV). É coordenadora de projetos pela FGV Projetos.

Resumo

A gravidade do desastre ambiental ocorrido na cidade histórica de Mariana, em Minas Gerais, torna necessária e urgente a adoção de métodos de resolução de conflitos capazes de fornecer às pessoas atingidas por essa tragédia uma resposta que, além de atender efetivamente às suas necessidades, o faça de forma célere e satisfatória. A partir dessa premissa, Isadora Ruiz defende neste artigo que o uso da mediação, como meio consensual de solução de disputas, pode ser benéfico em situações como a de Mariana, sobretudo, para contemplar as demandas das vítimas. Além de discorrer sobre essa prática, a autora faz a ressalva de que o tema insere-se em uma seara jurídica polêmica, na medida em que diz respeito a uma matéria sensível: o meio ambiente.

O rompimento da barragem de mineração na cidade de Mariana, em Minas Gerais, provocou o maior desastre ambiental na história do Brasil. A estimativa é de que o incidente tenha liberado 62 milhões de metros cúbicos de água e de rejeitos de minérios, que deixaram um rastro de lama e destruição. Pessoas morreram, famílias perderam suas casas e ecossistemas naturais, como o do rio Doce, foram completamente devastados, desencadeando uma série de impactos sociais, econômicos e ambientais cujas proporções são difíceis de mensurar.

Frente à gravidade desse assunto, é fundamental trazer à discussão possíveis soluções jurídicas que, embora não possam reverter os danos causados ao meio ambiente, podem ajudar a dirimir as consequências do problema, na medida em que se apresentam como soluções rápidas e eficazes à minimização do sofrimento ocasionado às vidas atingidas por essa catástrofe. Nesse sentido, defende-se que a mediação, como método de resolução consensual de conflitos, é uma excelente ferramenta tanto para a empresa, quanto para a população afetada, nos casos em que sejam constatados danos individuais e coletivos reflexos, mas distintos do dano difuso ao meio ambiente, ou em casos em que a urgência da situação demande que mesmo os direitos difusos sejam transacionados o quanto antes a fim de evitar que as consequências e os estragos ambientais sejam ainda maiores.

A Constituição Federal determina que o meio ambiente é um bem de uso comum do povo. Em outros termos, ele é bem integrante do patrimônio coletivo da humanidade, o que o eleva a um direito transindividual e difuso. Isso significa que o meio ambiente não pertence a um indivíduo, a um governante e nem mesmo

a uma coletividade específica, mas a todos nós indistintamente. Tal caráter difuso do meio ambiente o caracteriza, para alguns doutrinadores do direito, como um bem indisponível e não transigível. E, sendo assim, conflitos decorrentes de uma catástrofe ambiental não poderiam ser objeto de mediação.

Entretanto, eventos de tamanho impacto e repercussão internacional tornam ainda mais urgente a realização de determinados debates que, apesar de polêmicos, se fazem necessários. Dentro dessa discussão, é relevante entender, em primeiro lugar, o que é e como funciona a mediação.

A mediação é um instituto no qual um terceiro, escolhido em comum acordo entre as pessoas envolvidas em um conflito, vai mediar a controvérsia em questão, auxiliando as duas ou mais partes a encontrarem uma solução consensual que satisfaça aos seus interesses e pacifique o conflito. Diferentemente do juiz ou árbitro que têm poder decisório, o mediador apenas auxilia as partes a chegarem consensualmente a um acordo, portanto, sem impor uma solução final.

Para tanto, o mediador utiliza-se de técnicas multidisciplinares¹ e, por meio de perguntas e reflexões, estimula os envolvidos a compreender melhor as várias dimensões e pontos de vista do conflito, bem como a exercitar as diversas possibilidades de satisfação de seus interesses. Como tais técnicas podem variar de mediador para mediador, dependendo da formação e experiência que possuem, é fundamental ao sucesso da mediação, principalmente dos casos mais complexos, a escolha de um profissional, ou mesmo de um grupo de profissionais, experiente e adequado tecnicamente às especificidades do caso.

¹ Direito, a Psicologia, a Comunicação Social, a Sociologia e a Administração são apenas alguns exemplos de ciências utilizadas na estruturação de técnicas de mediação de conflitos.

COMO MÉTODO
DE RESOLUÇÃO
CONSENSUAL DE
CONFLITOS, A MEDIAÇÃO
É UMA PRÁTICA BOA,
BARATA E RÁPIDA,
QUALIDADES ESSAS
QUE PARECEM ATENDER
EXATAMENTE ÀS
NECESSIDADES DAS
VÍTIMAS DO DESASTRE
DE MARIANA .

O objetivo da mediação é verificar a existência ou não de uma zona de vontades convergentes, na qual seja possível a construção de um acordo. Assim, mesmo que ao final o mesmo não seja alcançado, o processo de mediação, em si, permite a evolução do estágio de pacificação do conflito, pois além de esclarecer as reais necessidades dos envolvidos, possibilita que os mesmos compreendam melhor o conflito e se sintam “ouvidos”, elementos essenciais em situações que envolvem emoções e questões delicadas como no caso de Mariana.

Ademais, a qualquer momento da mediação é possível desistir dela e optar pela judicialização do conflito. A nova lei de mediação,² de 26 de junho de 2015, prevê que ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação.³ O seu processo é, assim, marcadamente flexível, informal⁴ e ausente de regras rígidas, valorizando-se, sobretudo, a autonomia da vontade das partes.⁵

Ao optarem pela mediação, as partes não precisam, necessariamente, chegar a um acordo. A mediação não precisa ter um desfecho, uma

solução. Quando isso ocorre, é porque ambas as partes tiveram suas vontades, em algum grau, satisfeitas. Por isso, não provoca surpresa o fato de o grau de cumprimento de acordos em mediação ser superior ao grau de cumprimento de decisões judiciais. Por exemplo, na sua decisão, o juiz pode entender que uma pessoa tenha determinado direito, mas a outra parte pode simplesmente não ter condições de pagar o que ele estabeleceu. Assim, apesar de ser um desfecho jurídico, a decisão judicial não necessariamente pacifica o conflito.

Com relação a quem pode compor uma mediação, é importante esclarecer que poderão fazer parte desse procedimento qualquer pessoa física ou jurídica, representantes de empresas, terceiro setor e até mesmo o poder público, não havendo limite legal ao número de seus participantes. Nesse quesito a nova lei foi flexível, permitindo a autocomposição do conflito pelas partes e de acordo com a autonomia de suas vontades. Bastará, portanto, que os envolvidos no conflito tenham poder de decisão nas questões em causa e estejam dispostos, em comum acordo, a tentar resolvê-lo, ou minimizá-lo, de forma autônoma (sem a interferência de um terceiro com poder de decisão), porém com o auxílio de um mediador.

A mediação, assim, distingue-se do processo judicial em diversos aspectos. Primeiramente, na mediação não há uma decisão imposta a ambas as partes, mas um acordo construído entre elas. Essa é a essência desse instituto que visa mais do que o término do conflito, mas busca sua pacificação de fato e não só de direito.

² Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015.

³ Art. 2º, § 2º da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015.

⁴ Art 2º, inciso IV da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015.

⁵ Art 2º, inciso V da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015.

Além disso, na mediação não existem recursos, uma vez que o acordo pressupõe o fim da divergência, pois ambas as partes sentem-se, em certa medida, contentadas. E longe de um processo kafkiano dos abarrotados judiciários brasileiros, a mediação tem como um de seus principais benefícios a celeridade.

Como método de resolução consensual de conflitos, a mediação é uma prática boa, barata e rápida, qualidades essas que parecem atender exatamente às necessidades das vítimas do desastre de Mariana, o que suscita a questão do uso ou não da mediação na tragédia do rompimento da barragem em Minas Gerais.

No que tange ao objeto passível de mediação, o Art. 3º da nova lei de mediação determina que “pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis, que admitam transação”. Além disso, o § 2º do mesmo artigo determina que o consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público. Ou seja, podem ser objeto de mediação direitos indisponíveis, desde que: (i) admitam transação; (ii) o consenso alcançado seja homologado pelo juízo e (iii) o Ministério Público faça parte da sua composição ou haja pelo menos a sua oitiva.

A redação da lei põe fim à discussão jurídica, que, inclusive, extrapola o campo do direito ambiental, sobre a possibilidade de transação de direitos indisponíveis. Ora, se indisponibilidade de um direito fosse sinônimo de impossibilidade da sua transação, a referida lei não teria a distinção entre o grupo de direitos difusos que não admite transação, sendo, portanto, “não mediáveis”, e o grupo que admite transação, os “mediáveis.” Portanto, o debate sobre o cabimento da mediação supera a simples questão da disponibilidade dos bens e foca na possibilidade ou não da sua transação.

Nesse sentido, sabe-se que nem todo bem indisponível é, necessariamente, intransigível. A vedação da transigibilidade dos direitos indisponíveis é mera opção de política legislativa.⁶

⁶ Verde, 2006, pag. 63.

⁷ Lenza, 2005, pag. 79.

⁸ A questão não é pacífica na doutrina uma vez que o Art. 841 do Código Civil somente permite a transação a direitos patrimoniais privados.

Em relação à possibilidade de transação dos direitos, destaca-se a lição do autor Pedro Lenza:⁷

“Inexistindo expressa vedação legal (vide, por exemplo, o § 1º do art. 17 da Lei de Improbidade Administrativa – Lei 8.429/92), em tese, orienta-se pela permissibilidade da transação, desde que é claro, a concessão que deva ser feita seja mais eficiente para a manutenção e proteção dos bens difusos que a continuidade da demanda judicial. Observa-se que a concessão (aspecto material inerente à transação) não significa abrir mão do direito material, mas, em realidade, limita-se à forma e termo do ajuste, a fim de se garantir uma maior proteção do bem difuso em litígio.” (grifo da autora).

Assim, como não há expressa vedação legal à transação de bens ambientais, é possível defender a tese de que esse direito, ainda que difuso, pode ser mediado desde que a mediação realizada sirva à sua proteção mais eficiente e célere, sem que se abra mão do direito da presente e das futuras gerações a um meio ambiente equilibrado.⁸

De forma geral, o fato é que mediação vem sendo utilizada com êxito tanto para causas de menor complexidade como desentendimentos familiares, brigas de vizinhos e relações simples de compra e venda, tanto para causas de alta complexidade, como os casos emblemáticos da Câmara de Indenizações para os beneficiários das vítimas do acidente do voo TAM 3054, em 2007, e do voo 447, da Air France (Rio de Janeiro-Paris), em 2009.

Tendo em vista que a nova lei permite a mediação para conflitos envolvendo bens indisponíveis, resta saber se os objetos que estão em jogo nos conflitos de Mariana admitem transação. Diz-se “objetos e conflitos” no plural, pois o primeiro passo a ser tomado nessa tragédia de tal complexidade é identificar os diferentes escopos de conflitos, para então analisar, caso a caso, a possibilidade do uso da

TENDO EM VISTA QUE O NOVO MARCO REGULATÓRIO NÃO VEDA EXPRESSAMENTE A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS ENVOLVENDO DIREITOS AMBIENTAIS, SUSTENTA-SE QUE ESSA POSSA SER UMA ALTERNATIVA MAIS EFICIENTE DO QUE A JUDICIAL DIANTE DE UM DESASTRE QUE EXIGE UMA REPOSTA RÁPIDA, SOB RISCO DA AMPLIAÇÃO SIGNIFICATIVA E POSSIVELMENTE IRREPARÁVEL DOS DANOS AMBIENTAIS.

mediação. Ressalta-se, desse modo, que a nova lei prevê expressamente que a mediação pode versar sobre todo o conflito ou parte dele.⁹

Além dos sérios danos causados ao meio ambiente dos municípios da região de Minas Gerais e Espírito Santo, o incidente na barragem provocou a destruição de casas, carros, comércio e de outros bens privados. Algumas pessoas perderam tudo, inclusive, a vida de um parente querido. Não há dúvidas de que para esse grupo há o direito difuso à recuperação do rio Doce e da natureza do seu entorno, direito esse que compartilha com toda a sociedade, mas também há o direito ao ressarcimento por danos individuais e coletivos (morais e materiais) decorrentes da tragédia.

O direito individual ou coletivo, disponível e transacionável dessas vítimas de serem indenizadas pelos danos morais e patrimoniais a elas causados em decorrência da tragédia, em nada se confunde ou interfere no direito de todos ao meio ambiente equilibrado, não havendo dúvidas de que a mediação poderá ser utilizada nesses casos. Para esse grupo de conflito, a mediação, além de ser cabível, também parece ser a estratégia mais adequada, tendo em vista

⁹ Art.3o , § 2o da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015

que o quadro sensível e complexo da tragédia demanda um instrumento célere e capaz de traduzir em uma solução a legítima necessidade das partes.

Algumas vítimas poderão requerer o simples ressarcimento financeiro pelos danos morais e materiais provocados. Outras poderão requisitar a volta para o local, uma vez que seja comprovada a segurança da área. Pode ser também que solicitem, além das indenizações, um emprego novo na empresa responsável pelo rompimento da barragem ou ainda queiram um pedido formal de desculpas. Assim, a mediação poderá beneficiar as vítimas por ser uma alternativa mais célere, flexível e, sobretudo, mais sensível às necessidades individuais dos atingidos.

Ademais, também poderá trazer benefícios às empresas envolvidas que, por sua vez, poderão, por exemplo, negociar o valor e a forma de pagamento das indenizações individualmente, e ainda terão a oportunidade de melhorar a sua imagem perante à sociedade, ao demonstrarem boa-fé em manter diálogo mais intenso e direto com os que foram diretamente prejudicados pelo desastre.

Quanto ao argumento da falta de capacidade das vítimas de Mariana de dialogarem em pé de igualdade com os advogados da empresa, destaca-se que nada impede que nas mediações participem, além dos advogados de ambas as partes, o Ministério Público, a Defensoria e qualquer outra composição que se faça necessária à garantia da justa indenização dessas pessoas, mas sem que isso importe na falência da empresa, o que tampouco seria favorável para a já tão debilitada economia do país.

Finalmente, não procede o possível receio de assunção de culpa por crime ambiental por parte das empresas que estejam pagando as indenizações às vítimas devido a um procedimento de mediação em curso. Em primeiro lugar, porque as mediações são confidenciais. Depois, porque tratarão da responsabilidade civil das empresas envolvidas e não impedirão o curso de uma ação penal nesse sentido, uma

vez que o simples pagamento indenizatório não determina uma assunção de culpa por parte das empresas, mas sua boa-fé em reduzir os impactos do incidente, ao contribuírem com agilidade, legitimidade e eficiência para conter os problemas provocados.

Superada a argumentação por parte da possibilidade de serem mediados conflitos envolvendo danos individuais e coletivos reflexos, porém, distintos do dano ao meio ambiente em si, é possível mencionar outro debate, um pouco mais complexo juridicamente, sobre a possibilidade de serem mediados os impactos ambientais ocorridos nos municípios de Minas Gerais que ficam às margens do rio Doce.

Destaca-se, inicialmente, que há hoje uma comprovada lentidão das ações judiciais referentes à proteção ambiental, uma vez que envolvem questionamentos complexos de uma matéria extremamente técnica, que não só foge, muitas vezes, de discussões no âmbito do direito, mas que também lida com frequência com a dificuldade na produção de prova.

Frente a isso, o advogado especializado em direito ambiental Paulo de Bessa Antunes alerta que a corrente doutrinária que defende a impossibilidade de dispor e transigir sobre bens ambientais “funda-se no ingênuo pressuposto de que tais direitos são mais bem protegidos se não forem disponíveis”. Segundo o autor, tal doutrina, na prática, poderá levar ao perecimento dos direitos difusos (indisponíveis), pois **justiça ambiental que não se faça célere, injustiça é.**

Tendo em vista que o novo marco regulatório não veda expressamente a mediação de conflitos envolvendo direitos ambientais, sustenta-se que essa possa ser uma alternativa mais eficiente do que a judicial diante de um desastre que exige uma reposta rápida, sob risco da ampliação significativa e possivelmente irreparável dos danos ambientais.

No caso concreto de Mariana, defende-se, além da mediação para a reparação das vítimas, a possibilidade de transação e, conseqüentemente, da mediação do valor e das medidas de urgência de mitigação e recuperação do meio

ambiente a serem disponibilizadas pelo empreendedor aos municípios afetados. Algo que uma composição entre empresas envolvidas, Ministérios Público Federal e Estadual, municípios e seus representantes legais e órgãos ambientais poderiam fazer com rapidez, legitimidade e conhecimento técnico de causa.

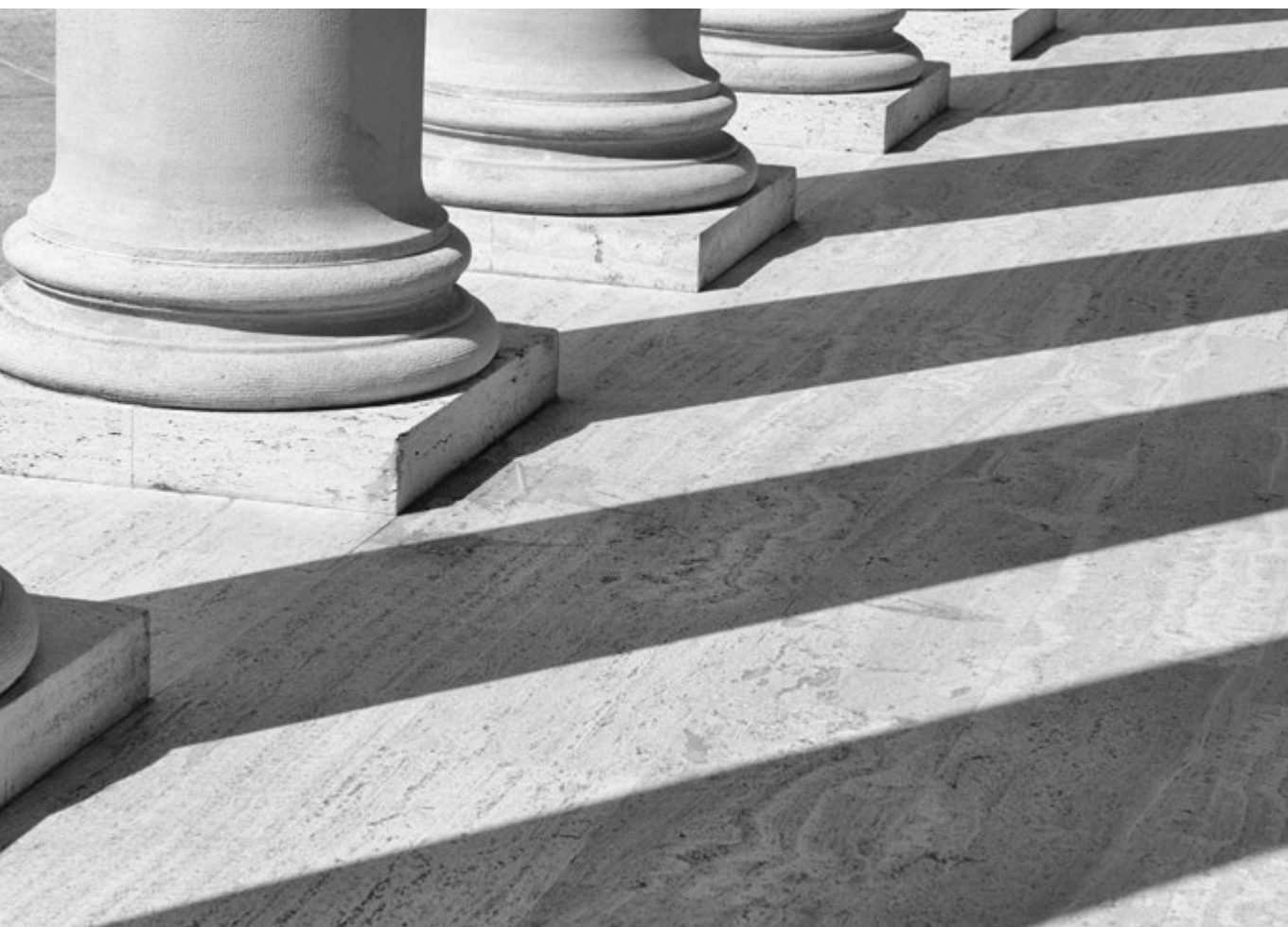
Fato é que os bens ambientais já são ordinariamente objeto de transação pelos empreendedores, pelo Ministério Público e pelo órgão ambiental na assinatura dos Termos de Ajustamento de Conduta (TACs), que constituem uma ferramenta extrajudicial utilizada frequentemente e que tem como um de seus objetivos a mitigação dos impactos e a recuperação do meio ambiente degradado. Ocorre que os TACs, embora tenham exercido um papel de extrema importância no direito ambiental, ainda não foram patronizados quanto à sua metodologia de formação de consenso. Além disso, não possuem, via regra, um terceiro técnico capacitado e imparcial para auxiliar no alcance do melhor acordo e do equilíbrio entre as partes, sendo desenvolvidos quase que unilateralmente ora pelo Ministério Público, ora pela órgão ambiental.

Foi firmado recentemente em Mariana um acordo para a criação de um fundo de R\$ 20 bilhões para garantir a execução de medidas preventivas emergenciais e de contenção de danos para que se comesse a solucionar os problemas. Diante disso, será que já não estamos transacionando os bens ambientais atingidos? E, sendo assim, será que estamos fazendo isso da forma mais eficiente possível? Não haveria a menor chance de arbitrariedade no estabelecimento do valor das indenizações, caso construído com auxílio de uma metodologia multidisciplinar de construção por um terceiro imparcial? Esses questionamentos são fundamentais para que seja possível avançar nesse caso sem precedentes no país.

Várias perguntas e respostas surgem a respeito do tema, mas uma questão é presente: a necessidade de solucionar, de forma rápida e eficiente, os danos decorrentes da tragédia de Mariana.



FLEXIBILIDADE E SATISFAÇÃO DAS PARTES: BASE E LEGADO DA INSTITUCIONALIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO NO BRASIL



Juliana Loss de Andrade

Coordenadora de Projetos da FGV Projetos

Advogada, mediadora e especialista em mecanismos de resolução de disputas. Possui mestrado e especialização em direito e em mediação, respectivamente, pela Universidade Carlos III de Madrid e é doutoranda em direito privado pela Universidade Paris I Panthéon Sorbonne. É professora de negociação e mediação e representante no Brasil da Comissão de Mediação da International Bar Association. É coordenadora de projetos de mediação da FGV Projetos.

Resumo

A inserção da mediação no sistema de justiça implica consequências importantes na forma de enfrentamento dos conflitos. Nesse cenário, as partes passam a protagonizar a decisão integral sobre o procedimento e o resultado. O artigo trata da institucionalização desse instrumento no Brasil, frente aos novos marcos legais, propondo uma reflexão sobre as mudanças culturais que implica. Na opinião da autora, trata-se de um passo importante para uma justiça moderna, pautada em resultados satisfatórios e na realização de um fim último, a pacificação.

Conflitos sempre existiram, assim como terceiros que ajudem as partes em disputa a resolverem suas questões de forma consensual. Precisamente sobre a ideia de mediação, ninguém duvida de que ela esteve presente ao longo dos tempos e, marcadamente, no percurso e na prática da resolução de conflitos em diferentes culturas e religiões, como a judaica, a cristã e a mulçumana. Em tais cenários, a facilitação exercida por um terceiro imparcial integra a forma de resolver problemas e tomar decisões conjuntas. A mediação a que se fará referência no texto parte dessa mesma base, porém com estrutura e conceito desenhados mais recentemente, preponderantemente nas últimas cinco décadas, prevendo um terceiro imparcial que, por meio de técnicas e facilitação do diálogo, auxilia os conflitantes na busca de uma solução consensual.

A inserção da mediação no sistema de justiça dá contornos institucionais a esse processo e implica consequências importantes na forma de enfrentamento estatal dos conflitos, já que então aparecem elementos essenciais, como flexibilidade e satisfação dos interesses das partes, não somente o direito subjetivo. Daí a relevância das ideias trabalhadas por Frank E. Sander¹ no que inicialmente denominou *comprehensive justice center*, base do conceito popularmente consolidado como tribunal multiportas.

O modelo de tribunal multiportas supõe a oferta de múltiplas portas ou programas, por meio dos quais a disputa possa ser resolvida via diferentes métodos, como mediação, arbitragem, processo judicial e outros. Ademais, esse arquétipo também passa a propiciar o acesso a serviços e assistências que sejam apropriados às dificuldades vividas pelas partes. Assim, a prestação do tribunal vai além da decisão judicial e promove uma pluralidade processual somada à concentração de informações e práticas diversas.

Esse formato concentra ao redor do exercício jurisdicional outras maneiras de exercício da cidadania, que, a partir de então, deixam de refletir somente uma estrutura cósmica² e hierarquizada para integrar elementos informais e flexíveis, o que amplia o leque de opções em uma sociedade também complexa e plural. É justamente essa flexibilidade que permite a desmitificação da necessidade de uma atuação muitas vezes paternalista que o cidadão espera do Estado-Juiz. Em alguma medida, essa tendência à flexibilidade e autonomia das partes surge até mesmo no mais formal dos processos, com as novas possibilidades inseridas no novo Código de Processo Civil de negócios processuais. Já nas outras modalidades processuais, como a mediação, as partes passam a protagonizar a decisão integral sobre o procedimento e o resultado.

¹ Sander, F. (2008) “A Dialogue between Professors Frank Sander and Mariana Hernandez Crespo: Exploring the Evolution of the Multi-Door Courthouse,” University of St. Thomas Law Journal: Vol. 5: Iss. 3, Article 4. P. 670. Disponível em: <http://ir.stthomas.edu/ustlj/vol5/>

² Sobre a convivência entre estruturas cósmicas e caóticas do Estado, Boaventura Souza Santos afirma que o Estado passa a compartilhar o espaço com a sociedade civil e observa-se uma informalização e cooperação entre o público e o privado, o Estado e a sociedade. Assim, misturam-se organização e hierarquia (características cósmicas do Estado) com multiplicidade, informalidade e desorganização (características caóticas da sociedade e suas microestruturas). Santos, B. S. (1982). O direito e a comunidade: as transformações recentes da natureza do poder do Estado nos países capitalistas avançados. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 10, 9-40.

A MEDIAÇÃO FACILITA
ATÉ MESMO O DESLINDE
DE OUTROS PROCESSOS,
POIS PREPARA AS
PARTES E O CONFLITO,
E, EVENTUALMENTE, ATÉ
PERMITE, POR EXEMPLO,
CONSENSO QUANTO A
DETERMINAÇÕES FÁTICAS,
O QUE PODE AGILIZAR,
SIMPLIFICAR E BARATEAR
FASES PROBATÓRIAS
COMPLEXAS, CARAS E
LENTAS.

Há, portanto, um pluralismo processual, que denota a consequente necessidade de determinação da “porta” mais apropriada a cada caso, que, eventualmente, pode ser a mediação. Todavia, a escolha de uma dessas portas não quer dizer que os acessos aos demais métodos estejam fechados. Em não raras vezes, é possível lançar mão de uma “janela de mediação”, ainda que pendente (e até mesmo quando já findo) o curso de outro processo de resolução. Não há óbices a que a mediação seja iniciada durante o curso de um processo jurisdicional ou arbitral. Aliás, o novo Código de Processo Civil (CPC) prevê, em seu art. 3º, § 3º, que a mediação e outros métodos consensuais deverão ser estimulados *inclusive no curso do processo judicial*.

Como “porta”, a mediação redundaria de uma escolha, em um primeiro momento, por esse processo para resolver o conflito. Para tanto, não faltam indicações para estabelecer critérios de encaminhamento dos casos, com o fim de que a eles se aplique o método mais apropriado. Contribuem para tal diagnóstico a existência de relação continuada, o momento da escalada do con-

flito, os objetivos e as características das partes, a existência de barreiras ao acordo, entre outras questões.³ Aliás, embora exista um filtro de critérios que pode orientar essa canalização de casos, a mediação pode ser considerada um meio a ser intentado sistematicamente na maioria das situações fáticas.⁴

Se a aplicação dos diferentes métodos adversariais ou não adversariais varia, a mediação logra fortes vantagens no que diz respeito às suas pouquíssimas “contraindicações”. Ainda que não resolva total ou parcialmente o conflito, a mediação facilita até mesmo o deslinde de outros processos, pois prepara as partes e o conflito, e, eventualmente, até permite, por exemplo, consenso quanto a determinações fáticas, o que pode agilizar, simplificar e baratear fases probatórias complexas, caras e lentas.

Em relato dos dados referentes a seus casos de uso de *Alternative Dispute Resolution (ADR)*, o Departamento de Justiça dos Estados Unidos⁵ menciona, por exemplo, que, em 70% dos casos não resolvidos, o uso de ADR resultou em outros benefícios para a resolução da lide. Isso porque os mesmos dados já apontavam, no ano de 2015, uma proporção de resolução em 71% dos casos submetidos a um terceiro neutro que não o juiz. Ou seja, mesmo nos casos em que teoricamente não há êxito, há outros ganhos. Para quem acompanha na prática, esses efeitos positivos da mediação que vão além dos acordos realizados são evidentes; porquanto, em não raras vezes, a retomada do diálogo é o

³ Sander, F. E., & Rozdeiczer, L. (2005). Selecting an appropriate dispute resolution procedure: detailed analysis and simplified solution. In M. Moffit, & R. Bordone, *The handbook of dispute resolution* (pp. 386-406). San Francisco: Program on negotiation at Harvard Law School- Jossey Bass. P. 390

⁴ Ressalvadas as vedações materiais previstas em lei.

⁵ Disponível em: <http://www.justice.gov/olp/alternative-dispute-resolution-department-justice>

primeiro passo que leva a acordos ulteriores e ao reestabelecimento de relações comerciais ou pessoais entre outras consequências, eventualmente só maturadas com o tempo.

Nesse ponto de triagem de destinação dos casos, a mediação tem os elementos necessários para se tornar a “porta” *mainstream*, ou seja, a corrente principal, a via automática por excelência, que, quando não ajuda, dificilmente atrapalha. Ao analisarem a seleção de processos no modelo multiportas, Sander e Rozdeicer⁶ afirmam que “a mediação é o processo padrão, suplantado por outro método somente se certas contraindicações estão presentes”.

Por outro lado, alguns podem alegar que, quando o acordo não é logrado, há uma perda de tempo e recursos econômicos. Todavia, se comparado com o tempo e o custo de um processo judicial ou arbitral, essas cifras na mediação são muito baixas e justificam seriamente o privilégio dessa via, notadamente em tempos de colapso do sistema jurisdicional, que hoje enfrenta números colossais tanto de processos em tramitação quanto de entrantes.

Ainda que com muita dificuldade e após o quarto projeto de lei, o trabalho de consolidar um marco legal para a mediação foi concretizado. E o que essa novidade legislativa realmente representa?

Com a recente concretização do marco normativo e a proximidade de sua entrada em vigor, não há dúvidas sobre o grande efeito positivo de voltar holofotes a esse meio consensual de resolver conflitos. Fato é que foi necessária a edição de um diploma legal para que a mediação realmente passasse a ser foco de interesse de muitos profissionais.

Esse cenário e a importância dada ao novo diploma refletem uma forma de institucionalização que vem de cima para baixo, isto é, de lideranças e de normas de alto nível até chegar ao nível da prática de atendimento ao cidadão. Assim é no Brasil e assim vem sendo na última década em boa parte de países da Europa continental após a Diretiva 52/2008 da Comissão Europeia e suas consequentes normas nacionais de transposição. Essa experiência difere da observada em alguns países como Estados Unidos e Austrália, nos quais os meios consensuais são produto de uma longa trajetória prática até ser incorporada na norma ou abraçada por altas lideranças.

Assim, embora já existissem programas pontuais de mediação com certo sucesso dispersos pelo país,⁷ somente hoje, com a lei de mediação e o novo CPC, a mediação passa a ser uma iniciativa com potencial e capilaridade relevantes em todo o sistema de justiça. Isso acontece por meio da institucionalização da mediação, que representa a difícil tarefa de mesclar estruturas *cósmicas*, como o processo jurisdicional, com outras, que preveem uma maior informalidade e participação do cidadão nos processos de tomada de decisão. O cidadão está habituado a buscar uma solução imposta por uma autoridade, e o objetivo é que ele também passe a integrar esse processo de tomada de decisão e exercer sua participação democrática no âmbito de resolução de disputas.

Quase clichê no que diz respeito ao trajeto de institucionalização da mediação, trata-se de um caminho de mudança cultural. Um caminho sem volta. O fenômeno europeu das últimas décadas, descrito no último relatório de 2014 desenvolvido pela Comissão do Conselho da Europa para eficiência da Justiça,⁸ aponta, por exemplo, para um grande crescimento no nú-



mero de métodos de resolução de conflitos oferecidos ao cidadão. Hoje, na Europa, a maioria dos Estados tem, pelo menos, três formas de ADR disponíveis, algo que o Brasil só alcançará agora. Dentre elas, arbitragem e mediação são as formas mais usadas.

Em perspectiva semelhante, após a introdução, em 2012, do marco legal da mediação na Espanha, essa trajetória rumo a novos parâmetros culturais também é observada por lá a partir da visão otimista de que a lei serve para criar hábitos, que criam costumes que, por sua vez, criam culturas.⁹

Embora seja a protagonista das recentes mudanças, a inserção da mediação no aparato clássico de Justiça também possui o papel de ampliar a perspectiva para outras possibilidades procedimentais voltadas à resolução dos conflitos, igualmente orientadas pela flexibilidade e satisfação das partes. Esses dois pilares norteiam, inclusive, possibilidades como a *Online Dispute Resolution* (ODR), a autocomposição envolvendo a administra-

ção pública, além de estimular, no âmbito empresarial, o uso de *ombudsman* e de instrumentos preventivos.

É essa mesma abertura que baseia o uso da mediação não só como via única de tratamento conflitivo, mas também de forma paralela ou mesclada com outros processos.

O recurso a janelas de mediação em outros processos como arbitragem, processo jurisdicional e comitês de resolução de disputas (*Dispute Boards*) é algo comum, quando não já previamente previsto no trilho processual. Essa busca de consenso com o auxílio de um mediador pode resultar em impactos como a suspensão do processo, se realizada dentro da estrutura judicial, ou até de maneira totalmente independente. Nesse ponto, a possibilidade de acessar a mediação na estrutura estatal e na via extrajudicial é importante porque permite a autodeterminação das partes já no momento de escolha e desenho do processo pelo qual buscará resolver sua disputa.

⁶ Sander, F. E., & Rozdeicer, L. (2005). *Selecting an appropriate dispute resolution procedure: detailed analysis and simplified solution*. In M. Moffit, & R. Bordone. *The handbook of dispute resolution* (pp. 386-406). San Francisco: Program on negotiation at Harvard Law School – Jossey Bass. P. 390. P. 386. Tradução própria.

⁷ Um trabalho de sucesso no Brasil foi desenvolvido pela pesquisadora Fabiana Spengler, na comarca de Santa Cruz do Sul, desde 2009, como parte do projeto “A crise da jurisdição e a cultura da paz: a mediação como meio democrático, autônomo e consensuado de tratar dos conflitos”.

⁸ The European Commission for the Efficiency of Justice. “European judicial systems – Edition 2014 (2012 data): efficiency and quality of justice”. Disponível em: http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/evaluation/2014/Rapport_2014_en.pdf

⁹ Pimentel Siles, M. (2014). *¿Otra cultura en la gestión de conflictos?*. In M. E. Lauroba Lacasa & P. Ortuño Muñoz. *Mediación es justicia. El impacto de la ley 5/2012 de mediación civil y mercantil*. (pp. 27-30). Madrid: Huygens. P. 27.

A janela de mediação pode ser uma maneira interessante para as partes que não querem parecer fracas ao optar somente pela via consensual, não querem (ou não podem) perder tempo ou até mesmo quando elas superestimam expectativas quanto ao resultado de uma decisão judicial ou arbitral.

A abertura e habilidade de profissionais na condução desses processos, em paralelo ou mesclados, é essencial a um novo perfil de juristas, voltado para diferentes abordagens estratégicas, seja com base em interesses, ou em direito e equidade. De tal modo, a institucionalização abre espaço não só para si, mas também para outros meios de resolução de disputas, notadamente aqueles que, em alguma medida, são direcionados ao consenso. Há cada vez mais a atuação de profissionais especializados em não só orientar qual o melhor método de aplicação, mas também em criar processos sob medida, que atendam as partes em suas escolhas de processo de gestão e de substância da resolução da disputa.

Embora a mediação seja a via padrão e hoje já não existam tantos questionamentos em relação às suas benesses, nada disso servirá ao sucesso de sua integração no sistema brasileiro se, com o novo contexto normativo, não vier somada uma rede de estímulos que vai desde informação, passa pela qualidade dos programas e termina com uma vontade política do Estado em todas suas esferas. É preciso fomentar uma cultura menos litigante e criar uma rede de atração realmente impactante na prática, que leve as pessoas a optar pelo intento da mediação ou de outra via consensual.

A mediação é meio eficiente para transportar as partes até a paz e a resolução concreta de conflitos. Meio este provavelmente mais barato e mais rápido do que as vias processuais tradicionais. No entanto, analogamente, como todo meio de transporte, é preciso que ele seja

suficientemente atraente para que as pessoas abandonem hábitos e escolhas anteriores. Onde o transporte público é de qualidade, a adesão ao seu uso é maior e atinge todos os níveis sociais. Em contrapartida, onde o transporte público não é de qualidade, ele não é sequer considerado como opção. Da mesma forma, essa mudança de cultura no cenário de resolução de disputas no Brasil só acontecerá se a mediação se tornar realmente um transporte de qualidade até a paz. Sem uma rede de estímulos, a mediação no sistema público de Justiça terá, como o transporte público no Brasil, pouco uso e baixa satisfação.

Com o marco legal às vésperas de sua entrada em vigor, a institucionalização da mediação pode ser orientada por linhas obsoletas e burocráticas do processo jurisdicional ou pode guiar-se pela flexibilidade e satisfação das partes. Esse momento normativo desenha um espaço para passos ainda mais arrojados na inclusão de um verdadeiro pluralismo processual, que vai além da mediação e representa uma real mudança cultural, não só legislativa. A integração da mediação tem esse papel de abertura, quase como uma espécie de rito de passagem a um sistema de justiça moderno, pautado em resultados satisfatórios e na realização de um fim último, a pacificação. Nessa linha, em interessante observação dos que seriam os reais objetivos dos processos de resolução de conflitos, Thomas Schultz¹⁰ indica, em primeiro lugar, a “promoção da satisfação das partes e da condução imediata à paz”.

Assim, flexibilidade e satisfação das partes aparecem como base, porque sustentam a própria ideia da mediação como nova forma de resolução de conflitos incorporada ao sistema brasileiro, mas também como legado, uma vez que, dessa abertura, decorre uma fenda para estímulo e uso também de outros meios – preponderantemente consensuais – de resolver disputas que não somente pela via jurisdicional.



¹⁰ Shultz T. (2011) .The roles of dispute settlement and Odr. In Ingen-Housz A. ADR in Business. V 2. Kluwer Law International. (pp.135-156) P. 140.

MEDIAÇÃO X JUDICIALIZAÇÃO:

PAPEL E PERSPECTIVAS DO ADVOGADO



Kátia Valverde

Diretora Jurídica do Grupo Gas Natural Fenosa

Kátia Valverde Junqueira é formada em direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Possui MBA em regulação, defesa da concorrência e concessões pela Fundação Getúlio Vargas, pós-graduação em educação ambiental pela Universidade Cândido Mendes e em direito empresarial pelo Instituto Bennett. Foi advogada da Cia. Atlantic de Petróleo e da Ipiranga, gerente jurídica da TVX Participações e ex-presidente da Comissão dos Juizados Especiais Estaduais da Ordem dos Advogados do Brasil do Rio de Janeiro. É diretora jurídica do Grupo Gas Natural Fenosa no Brasil, do qual faz parte a Cia. Distribuidora de Gás do Rio de Janeiro, diretora de assuntos ambientais do Instituto de Advocacia Racial e Ambiental e membro do Instituto dos Advogados Brasileiros.

Resumo

Em meio à excessiva judicialização vivida pelo Judiciário do país, Kátia Valverde inicia seu artigo ressaltando a conciliação e a prevenção de litígios como deveres éticos de todos os advogados. Além disso, a autora apresenta a mediação como a alternativa natural ao imenso volume de ações em trâmite na Justiça, defendendo-a tanto como meio de pacificação de conflitos quanto mercado de trabalho para advogados. Segundo ela, esses profissionais podem assessorar seus clientes nas reuniões de mediação e demais etapas do processo, bem como atuar na condição de mediadores, desde que possuam a capacitação técnica necessária para o desempenho dessas atividades. Kátia Valverde aborda ainda os benefícios de se adotar as práticas consensuais de resolução de conflito no ambiente corporativo.

INTRODUÇÃO

O advogado caracteriza-se por um forte sentimento de justiça, sendo essa a qualidade atribuída ao que está correto e ao que é justo. Nesse sentido, existe um ímpeto que move o advogado a buscar com veemência que as pretensões justas e legítimas de seus clientes sejam atendidas.

É certo, porém, que a pretensão das partes nem sempre é totalmente justa ou legítima, o que implica em uma ponderação entre interesses e direitos, que deve ser realizada pelo profissional da advocacia. Compete ao advogado transmitir àquele a quem representa sua perspectiva de êxito e de fixação do risco, além de estabelecer sua estratégia e, acima de tudo, aconselhar o cliente quanto a perseguir ou não determinado objetivo. Tudo isso deve ser feito para que o advogado transmita uma situação o mais próxima possível da realidade, de modo que indique ao cliente o contraste entre o que é seu direito e o que é seu interesse.

Esse procedimento é um dever ético do profissional, em obediência ao Código de Ética e Disciplina da Advocacia. Vejamos o que dispõe o referido Código a esse respeito:

“Art. 2º. O advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do Estado democrático de direito, da cidadania, da moralidade pública, da Justiça e da paz social, subordinando a atividade do seu Ministério Privado à elevada função pública que exerce. Parágrafo único. São deveres do advogado:

[...]

VI – estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios.”

Do trecho supracitado, extrai-se que o advogado deve estimular as alternativas à instauração do litígio, evitando a aventura judicial, estabelecendo ainda, como dever ético, que o advogado deve atuar com honestidade, lealdade e boa-fé.

Essa previsão normativa demonstra que o advogado tem o dever de alertar seu cliente para os riscos de uma demanda temerária, até mesmo para que não se caracterizem as hipóteses do art. 17 do atual Código de Processo Civil (CPC), que veio a ser reproduzido no art. 80 do Novo CPC:

“Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que:

I – deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso [...]

e

III – usar do processo para conseguir objetivo ilegal;”

Em contrapartida, o art. 5º da Constituição Federal Brasileira incluiu entre os direitos e as garantias fundamentais, o de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” – inciso XXXV.

Considerando-se o texto constitucional, é certo que o direito de acesso à Justiça deve ser entendido como um direito social fundamental e absoluto, porém com as cautelas previstas no art. 17 do CPC (art. 80 do Novo CPC 2015), em relação às quais o advogado tem papel fundamental na prevenção.

Significa dizer que advogar não é, necessariamente, sinônimo de litigar. Mais do que isso, advogar é exercer o aconselhamento, a argu-

NO ANO DA
PROMULGAÇÃO DA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL,
EM 1988, EXISTIAM
APROXIMADAMENTE 350
MIL AÇÕES JUDICIAIS
EM CURSO NO PAÍS,
ENQUANTO TEMOS, NOS
DIAS ATUAIS, CERCA DE
100 MILHÕES DE AÇÕES,
O QUE REPRESENTA
UM VOLUME 286 VEZES
MAIOR DO QUE O
EXISTENTE ANTES.

mentação, ser a voz ativa da defesa de um cliente numa relação jurídica em que uma das partes se acha titular de algum direito resistido pela(s) parte(s) contrária(s), porém, se for o caso, também apaziguar essa relação, se possível, em proveito de todos e, prioritariamente, de seu cliente.

A SITUAÇÃO DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO

Feita tal introdução, é importante analisar o momento pelo qual passa o país. Com efeito, o Brasil vive um grande asoberbamento do Poder Judiciário. No ano da promulgação da Constituição Federal, em 1988, existiam aproximadamente 350 mil ações judiciais em curso no país, enquanto temos, nos dias atuais, cerca de 100 milhões de ações, o que representa um volume 286 vezes maior do que o existente antes.

De fato, por meio desse novel diploma, a defesa do consumidor foi alçada à condição de garantia fundamental (art. 5º, XXXII) ganhando status de direito fundamental, o que trouxe ao

sistema jurídico brasileiro o verdadeiro empoderamento do consumidor de bens e serviços.

Com isso, de um lado, permitiu-se aos consumidores, cada vez mais conscientes de seus direitos, perseverar em busca deles. Por outro lado, tem-se um Poder Público descompromissado com a obediência aos princípios norteadores do sistema jurídico pátrio e que, portanto, cria normativos que prescindem de legalidade – não raro, de constitucionalidade –, ensejando a necessidade de judicialização dessas questões pelos cidadãos afetados, ao mesmo tempo em que executivos fiscais abarrotam a Justiça.

Porém, também contribui para esse “congestionamento do Judiciário” um paternalismo pretoriano muitas vezes exacerbado, que estimula a interposição de demandas, na visão do Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Dr. Werson Rêgo.¹ Além disso, não menos importante é a situação das pessoas jurídicas fornecedoras de bens e serviços que ainda não se conscientizaram quanto ao adequado cumprimento de suas obrigações, infringindo o Direito Consumerista de forma reiterada e em larga escala, gerando a judicialização de milhares de demandas e fazendo do Judiciário um balcão de atendimento de reclamações que, em última análise, presta-lhes serviços. Esses entes são o que o professor norte-americano Marc Galanter² chama de litigantes “habituais.”

Nesse cenário de conscientização e empoderamento, aliado à inobservância de direitos e

¹ Souza, Giselle. Para desembargador, paternalismo não pode orientar ações de consumo. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-14/desembargador-ve-paternalismo-exagerado-aco-es-consumo>>. Acesso em: 14 set. 2015.

² Galanter, Marc. *Apud* Cappelletti, Mauro. *Acesso à Justiça*. Tradução e Revisão da Ministra Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 9



deveres consumeristas, não há dúvidas de que a adequada prestação jurisdicional ao cidadão se vê impactada negativamente, seja pela sua demora, seja pela sua menor qualidade, em razão do asoberbamento do Poder Judiciário ante a esse elevado volume de trabalho. Diante disso, não é racional imaginar que o número de magistrados deva ser incrementado na exata proporção dessas demandas, pois estaríamos criando um círculo vicioso e não buscando a solução do problema.

Sendo assim, o questionamento a ser suscitado é se o cidadão teria devidamente observado o direito constitucional de acesso à justiça na forma em que foi originalmente imaginado pelo legislador constituinte, ou seja, como uma conquista social. Segundo o Ministro Ricardo Lewandowski, na apresentação do Relatório Justiça em Números de 2014³:

“Os desafios do acesso à justiça amplo e democrático somado às exigências constitucionais de celeridade

e qualidade ficam evidenciados no quantitativo de ações que tramitam e ingressam no Poder Judiciário brasileiro a cada ano.”

COMO ENFRENTAR A JUDICIALIZAÇÃO EXACERBADA?

Frente aos problemas apresentados, a pergunta a ser respondida consiste em como lidar com o elevado nível de judicialização. Certamente, não há uma solução simples. Mas, a tentativa de resolver efetivamente essa problemática perpassa por uma avaliação profunda quanto às causas da questão e, consequentemente, por uma atuação direta e eficaz na sua origem.

Essa tarefa, no entanto, é muito mais complexa e demorada, por envolver não só os variados atores desse cenário, que são integrantes de diversos segmentos da sociedade, como também por englobar aspectos políticos e governamentais de diferentes esferas.

³ Justiça em Números 2014. Disponível em: <ftp://ftp.cnj.jus.br/Justica_em_Numeros/relatorio_jn2014.pdf>. Acesso em: 13 set. 2015.

Por tal razão, neste momento, a solução mais pragmática e de caráter emergencial é a de atuar nas consequências, o que é possível pela utilização dos meios alternativos de resolução de conflitos, mais especificamente, por meio da mediação.

MEDIAÇÃO - ALTERNATIVA NATURAL À JUDICIALIZAÇÃO

Sobre a mediação como alternativa natural para a pacificação dos litígios, a professora Rozane Cachapuz⁴ ensina que:

“A mediação é um instituto bastante antigo: sua existência remonta aos idos de 3000 a.C. na Grécia, bem como no Egito, Kheta, Assíria e Babilônia, nos casos entre as Cidades-Estados. Os romanos formaram uma cultura jurídica que influi, ainda hoje, em nossa legislação. Na antiga Roma, o arcaico Diritto Fecciali, isto é, direito proveniente da fé, em seu aspecto religioso, era a manifestação de uma justiça incipiente, onde a mediação aparece na resolução dos conflitos existentes. O direito romano já previa o procedimento in iure e o in iudicio, que significavam, na presença do juiz, o primeiro, e do mediador ou árbitro, o segundo. No antigo ordenamento ático e, posteriormente, no ordenamento romano republicano, a mediação não era reconhecida como instituto de direito, mas sim, como regra de mera cortesia”.

Conforme define a Cartilha da Comissão de Mediação de Conflitos da OAB/RJ, intitulada *O que é Mediação*⁵:

“na Mediação, pretende-se fortalecer a capacidade negocial dos participantes, para que possam exercer, em conjunto, seu poder decisório, por meio de um processo de comunicação e negociação assistidas, conduzido pelo mediador. As decisões tomadas em Mediação tendem a ser mais bem

informadas e mais adequadas às necessidades e possibilidades genuínas de todos os envolvidos, promovendo a percepção de justiça e a sustentabilidade dos acordos”.

A mediação é um meio autocompositivo de resolução de conflitos, o que significa dizer que se caracteriza pela sistemática cooperativa entre as partes, conduzida por um terceiro neutro e imparcial, que é o mediador. O papel desse terceiro, o mediador, é levar os envolvidos em um conflito a alcançar a solução da questão com satisfação e benefícios recíprocos. É a teoria do ganha-ganha, que, em última análise, é o resultado de excelência numa negociação.

Recentemente, no Brasil, duas importantes legislações que adotam a mediação foram editadas. A primeira delas foi o Novo Código de Processo Civil (Lei Federal nº 13.105, de 16/03/2015), que prevê, em diversos artigos, o estímulo à adoção da prática mediadora, que deverá ser incentivada por juizes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público até mesmo no curso do processo judicial.

Também foi editada a Lei Federal nº 13.140, de 26/06/2015, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. O objetivo da nova legislação é dar mais agilidade e transparência às soluções de conflitos, inclusive, aos que envolvam a administração pública. Com isso, a União, os estados e os municípios foram autorizados a criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos. Uma das principais novidades dessa legislação é o uso da mediação na pacificação de conflitos entre órgãos da administração pública ou entre a administração pública e particulares. Além disso, permite-se que a mediação seja realizada a distância, desde que as partes estejam de acordo.

Com esse novo arcabouço legislativo, é previsto um aumento significativo na adoção da mediação no Brasil, com a expectativa de que haja uma desaceleração da judicialização de demandas.

⁴ Cachapuz, Rozane. Mediação nos Conflitos & Direito de Família. Curitiba: Juruá, 2003.

⁵ O Que é Mediação? Comissão de Mediação de Conflitos, OAB/RJ.

De fato, o uso da mediação vem evoluindo no mundo todo, dado o sucesso de seus resultados, em regra, positivos e menos custosos do que o litígio judicializado. Podem ser citados como exemplos exitosos de países que implementaram a mediação pré-judicial obrigatória a Argentina, onde a província de Buenos Aires a adota desde meados da década de 1990, e a Austrália.

Os Professores Mauro Cappelletti e Bryant Garth, na obra *Acesso à Justiça*,⁶ apontam, entre as atuais tendências no acesso à justiça, o uso de meios alternativos para a solução de litígios, especialmente, fora dos Tribunais.

De fato, a sociedade contemporânea, cada vez mais, se afasta do primitivismo originário do homem, da barbárie original e, numa evolução do processo civilizatório, se molda à cultura do apaziguamento de conflitos e à crença de que os seres humanos devem cultivar a paz social e a boa convivência como filosofia, a fim de evitar conflitos e estimular o incentivo à educação, ao respeito ao próximo e a seu direito, à civilidade e ao entendimento.

OPORTUNIDADES DO ADVOGADO NA MEDIAÇÃO

Nesse particular, a mediação se apresenta não apenas como uma promissora forma de reduzir a judicialização de demandas, mas também um nicho de mercado para os advogados tanto na assessoria de seus clientes nas reuniões de mediação quanto nas demais etapas do processo mediatório, bem como na condição de mediadores.

Entretanto, o profissional da advocacia deverá buscar a devida capacitação técnica para o exercício da mediação, de maneira a poder desempenhar tal função de forma adequada e em sua completitude.

Porém, vale destacar que o advogado é um auxiliar natural no apaziguamento entre as partes, além de ter como um de seus deveres o de observar a ética, que é essencial ao desempenho da função social exercida por tal profissional – como previsto no Estatuto da Advocacia (Lei Federal no. 8.906/1994) – e, obviamente, também essencial aos mediado-

res. Sendo assim, o advogado é um pacificador social por excelência.

Ainda recorrendo ao conteúdo da Cartilha da Comissão de Mediação de Conflitos da OAB/RJ, intitulada *O que é Mediação*, trazemos o seguinte ensinamento:

“O advogado pode atuar como mediador se tiver capacitação técnica para tanto, ou como assessor jurídico de um dos participantes. No papel de assessor jurídico, sua função será a mesma de qualquer outro método de resolução de conflitos: a busca pela concretização dos interesses de seu cliente. Entretanto, diferentemente do que ocorre no processo adversarial, sua postura deve ser colaborativa. Ao advogado compete auxiliar: na escolha do mediador; na identificação dos interesses de cada um dos participantes; no oferecimento dos marcos legais; na busca por soluções mutuamente inclusivas; na redação de um acordo com validade e eficácia legal; e, no caso de acordo parcial, conferir seguimento ao processo judicial ou a outro método adequado de resolução de conflitos. Na Mediação, é preferível que as pessoas expressem-se livremente, embora os advogados possam manifestar-se, quando pertinente. O papel mais importante do advogado na Mediação consiste na propositura de soluções criativas de mútuo benefício, mesmo porque, para os envolvidos no conflito, costuma ser mais difícil a tarefa de vislumbrar novas opções”.

Destarte, é certo que a mediação deve ser vista como uma grande oportunidade de trabalho para os advogados: primeiro, porque cria um nicho de atuação do profissional do Direito; segundo, porque ao gerar os resultados que dela se espera de forma global, a mediação fará com que haja um alívio na judicialização de demandas, permitindo maior rapidez e qualidade na prestação da tutela jurisdicional, em prol do interesse das partes, dos advogados, do Judiciário e da sociedade em geral. Ou seja, ainda que



não atue como mediador ou como assistente da parte num processo de mediação, o advogado se beneficia da agilidade da prática.

Por outro lado, se ainda hoje a mediação é realizada de forma gratuita por diversos organismos, especialmente, os vinculados ao Poder Judiciário, é certo que essa gratuidade não persistirá por muito tempo, principalmente, à medida que essa atividade técnica passar a ser utilizada em maior escala. Nessa ocasião, os advogados que tiverem se antecipado em abraçá-la seguramente terão uma vantagem estratégica perante os demais.

Ainda é importante destacar o entendimento do Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o ilustre advogado Dr. Marcus Vinicius Coêlho, que já manifestou publicamente sua visão sobre o assunto, nos seguintes termos:

“Em primeiro lugar, é preciso uma mudança cultural, encerrando a era do litígio e fazendo aposta na con-

*iliação, mediação e arbitragem. O advogado precisa entender que o processo moroso não faz bem a ninguém. Não faz bem à sociedade porque justiça tardia é injustiça. Não faz bem ao Judiciário porque perde credibilidade. Não faz bem ao advogado, que se desvaloriza e demora a receber”.*⁷

Já para o ilustre advogado e presidente da OAB, Seção do Rio de Janeiro, Dr. Felipe Santa Cruz, a mediação possibilita a melhora na prestação jurisdicional e, consequentemente, significa um avanço para o trabalho dos advogados. Para Felipe Santa Cruz⁸:

“a popularização da mediação vai modificar a cultura do litígio em nossa sociedade. As pessoas serão estimuladas a buscar soluções para seus problemas e os advogados a abandonar o vício do contencioso (...) Todas as iniciativas no sentido de modernizar e tornar a Justiça mais célere são

⁷ Dr. Marcus Vinicius Coêlho, Presidente do Conselho Federal da OAB, em entrevista à revista VEJA de 10/08/2013.

⁸ Mediação: Expectativa é de avanço para advocacia. Disponível em: <<http://gazetadoadvogado.adv.br/2015/07/22/mediacao-expectativa-e-de-avanco-para-advocacia/>>. Acesso em: 12 set. 2015.

⁶ *Apud* nota 2, págs. 28 – 33.

bem vistas pela Ordem. A diminuição no tempo de tramitação dos processos favorecerá a classe, inclusive, financeiramente. Nem todos os colegas têm condições de aguardar decisões em processos que se arrastam por anos”.

Ambos os entendimentos estão corretíssimos. Os meios alternativos de resolução de conflitos e, em especial, a mediação, à medida que alcançarem os objetivos de redução da judicialização, permitirão um Poder Judiciário mais ágil e perfeito nas decisões, o que beneficiará a todos aqueles que, de alguma forma, dependem ou têm algum interesse nessas decisões.

Como já dizia o jurista Rui Barbosa:

*“justiça atrasada não é justiça, se não injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade. Os juízes tardinheiros são culpados, que a lasidão comum vai tolerando.”*⁹

Fosse Rui Barbosa hoje vivo, talvez a última parte de sua citação contivesse alguma ressalva relativa aos culpados pela demora da jurisdição e à tolerância dos fatos, diante do panorama dos quase 100 milhões de processos judiciais que assoberbam os juízes e cujo acúmulo prejudica a todos.

O PAPEL DO ADVOGADO CORPORATIVO

No caso dos advogados das corporações, assim como os demais, eles podem e devem atuar com o propósito de cumprir com seus deveres éticos, acrescentando-se a isso o respeito devido ao princípio da responsabilidade social corporativa das companhias que representam. Os advogados corporativos têm o papel fundamental de aconselhar e conscientizar as pessoas jurídicas para as quais prestam serviços dos

É PREMENTE QUE SE
DIFUNDA NA NOSSA
SOCIEDADE A CULTURA
DA MEDIAÇÃO ENTRE
A POPULAÇÃO,
JUSTAMENTE, PARA QUE
AS PARTES TENHAM O
SEU DIREITO DE ACESSO À
JUSTIÇA E À JURISDIÇÃO
ADEQUADAMENTE
PROPORCIONADO
QUANDO EFETIVAMENTE
NECESSÁRIO.

riscos e oportunidades, notadamente quanto à adequação de suas práticas empresariais.

Nesse sentido, é importante demonstrar à corporação os benefícios advindos dos meios alternativos de solução dos litígios, como os elencados no *Pacto de Mediação*¹⁰:

“Esses mecanismos geram drástica redução de custos e ensejam benefícios nítidos para as empresas, como, por exemplo: (i) solução rápida das disputas, com economia de tempo; (ii) redução de custos diretos e indiretos na resolução dos conflitos; (iii) redução do desgaste de relacionamentos importantes para a empresa; (iv) diminuição de incertezas quanto aos resultados”.

Como dever ético, todos os advogados corporativos devem atuar com vistas a prevenir, sempre que possível, a instauração de litígios ou, quando impossível, de forma a abreviar a sua duração, o que reverte em proveito das partes, de acionistas, de colegas advogados, do Judiciário e da sociedade em geral.

Foi com base nessa filosofia do Jurídico interno que a Companhia Distribuidora de Gás do Rio de Janeiro (CEG) iniciou, em 2011, sua exitosa adesão aos meios alternativos de solução de controvérsias, mais especificamente nos mutirões de conciliação do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, sendo a primeira empresa a alcançar 100% de acordos. Desde então, essa participação tem sido constante e bem-sucedida.

Outro exemplo dessa prática colaborativa do Jurídico interno é o convênio inédito, assinado pela CEG com o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJ-RJ), devido à visão de vanguarda dos Desembargadores Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho e Cesar Felipe Cury. Por meio desse acordo, os advogados internos da empresa trabalharão em conjunto com o Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Nupemec), do TJ-RJ, estimulando os funcionários da CEG a utilizar a mediação para temas diversos que possam ser objeto dessa resolução consensual de conflitos.

Essa prática terá diversas vantagens: melhorar a imagem interna do Departamento Jurídico; obedecer aos princípios de responsabilidade corporativa da Companhia; auxiliar o Tribunal na tentativa de reduzir a judicialização, reforçando a imagem da empresa como parceira do Judiciário; além de estimular a sociedade na criação da cultura da mediação, pois cada funcionário que tiver seu problema solucionado por meio dessa técnica servirá como multiplicador dela entre seus amigos e familiares.

O fato de essa iniciativa ser realizada por uma empresa, seguramente, ajuda na difusão da mediação e na prevenção da judicialização. Agora, vamos imaginar essa prática sendo adotada por diversas corporações com atuação estadual ou, quiçá, nacional!

CONCLUSÃO

Pode-se dizer que vivemos a era da cultura da sentença, na qual o cidadão brasileiro tende a judicializar os problemas vividos, em detrimento de outras formas de solução de conflitos, tanto pela falta de conhecimento e difusão da eficiência dos meios alternativos quanto por confiar na figura do Juiz como aquele que vai dizer o Direito – por meio da *juris dictio* – e, ainda, por ver no Judiciário um poder de harmonização social.

Trata-se de uma questão cultural. Por isso, é premente que se difunda na nossa sociedade a cultura da mediação entre a população, justamente, para que as partes tenham o seu direito de acesso à justiça e à jurisdição adequadamente proporcionado quando efetivamente necessário.

O que se defende não é o abandono do Judiciário como instância de jurisdição, absolutamente, não. É crucial que as demandas que cheguem ao Judiciário sejam aquelas que efetivamente precisem chegar à apreciação dos magistrados, em razão da impossibilidade de acordo entre as partes. A nobre função de dizer o Direito não merece servir de balcão de atendimento *elou longa manus* de entes ineficientes.

Por outro lado, os advogados que atuam em um nobre mister, que se caracteriza como função social, têm direito a um Judiciário ágil, eficiente e de qualidade, que lhes permita ter um mínimo de condições de trabalho, como previsibilidade de recebimento de honorários e maior precisão de informações para seus clientes. Isso permitirá um melhor atendimento dos interesses das partes e contribuirá para a valorização da imagem do profissional junto à sua carteira de clientes.

Para tanto, há de haver a união de esforços de todos os segmentos da sociedade, inclusive, o da advocacia, para se difundir e estimular a mediação como eficiente modalidade alternativa de resolução de conflitos, revestindo-a de credibilidade e eficácia.

⁹ Barbosa, Rui. *Oração aos Moços*. Edições Casa de Rui Barbosa, 1999. p. 40.

¹⁰ Carta-compromisso assinada em 11/11/2014 na sede da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo – Fiesp. <http://www.amcham.com.br/centro-de-arbitragem-e-mediacao/arquivos/pacto-de-mediacao>. Acesso em: 13/09/2015.

A GESTÃO ESTRATÉGICA DE CONFLITOS EMPRESARIAIS PELA MEDIAÇÃO



Andrea Maia

Especialista da FGV Projetos

Graduada em direito pela Universidade Cândido Mendes, possui pós-graduação em direito corporativo pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro e mestrado na mesma competência pelo Ibmec. É membro do Conselho Consultivo Brasileiro do Institute for Conflict Prevention & Resolution, membro da Comissão de Mediação da Ordem dos Advogados do Brasil do Rio de Janeiro e colunista do Kluwer Mediation Blog. Coordena o grupo de trabalho do International Mediation Institute no Brasil e é membro da equipe técnica de mediação da FGV Projetos.

Resumo

Conflitos mal administrados acarretam prejuízos de vários tipos. Porém, quando bem gerenciados, tendem a ter consequências produtivas. O objetivo deste artigo é apresentar a mediação como meio capaz de contribuir para o fomento de empresas mais longevas e competitivas. Em um momento em que a preocupação com gestão de riscos vem ganhando espaço, a inserção da mediação no sistema jurídico brasileiro representa uma importante oportunidade de mudanças positivas.

A existência de conflitos é parte natural e até mesmo necessária da vida. Conflitos são agentes de mudanças, sem os quais não haveria a evolução da civilização. Todavia, as consequências dos conflitos serão determinadas pela forma como são tratados e solucionados.

Conflitos bem gerenciados tendem a ter consequências produtivas e maximizar o valor a ser distribuído entre as partes. Por outro lado, quando mal administrados, podem trazer perda de oportunidade, de tempo e de recursos financeiros e relacionais.

A mediação surge como uma alternativa para prevenir e resolver conflitos de forma mais efetiva e customizada. Especificamente na perspectiva das empresas, em que a preocupação com gestão de riscos vem ganhando espaço, a inserção da mediação no sistema jurídico brasileiro implica a extensão dos instrumentos disponíveis. No mundo empresarial, esses atos decisórios são objetos de processos que possuem por base uma análise estratégica que considera o contexto geral, riscos econômicos e relacionais, dentre outros elementos.

Assim, o objetivo deste artigo é apresentar a mediação como meio capaz de contribuir para o fomento de empresas mais longevas e competitivas. Isso porque auxilia na otimização da gestão, mitigação de riscos, prevenção e resolução de conflitos internos e externos de forma mais eficiente. Assim, a mediação pode – e deve – permear as áreas de governança corporativa, responsabilidade social e sustentabilidade. Tudo isso em diferentes níveis do mercado, ao abarcar pequenas, médias e grandes empresas.

NOVO CENÁRIO DE NEGÓCIOS, NOVAS FORMAS DE GESTÃO

*“Mudam-se os tempos, mudam-se as vontades,
Muda-se o ser, muda-se a confiança;
Todo o Mundo é composto de mudança,
Tomando sempre novas qualidades.”*
Luis de Camões¹

O avanço rápido da tecnologia e a popularização da Internet, somados ao aprofundamento internacional da integração econômica, social, cultural e política nos últimos 15 anos, criaram um ambiente de relacionamentos pessoais e comerciais totalmente novo. Transações eletrônicas passaram a ser feitas entre múltiplas partes independentemente de onde cada uma estivesse localizada. Ideias, serviços e capital passaram a cruzar longas distâncias na velocidade de um piscar de olhos. Bancos e lojas de varejo passaram a dispensar a presença física do cliente.

Novos desafios prescindem de novas respostas. Não é de se surpreender que no campo da resolução de conflitos também seja assim. Nesse segmento também há necessidade de adaptação a esse novo mundo e aos conflitos que com ele surgem.

Para acompanhar essas demandas, são necessárias soluções que atendam às necessidades de uma economia contemporânea marcada por um alto grau de competitividade, otimização de recursos e elevada complexidade de atuação em escala local ou global.

Ao verificar que o sucesso dos investimentos está diretamente atrelado a um ambiente de segurança jurídica, e da demanda por caminhos mais eficientes e customizados para resolver os conflitos introduz uma nova era nas empresas,

A DEMANDA POR CAMINHOS MAIS EFICIENTES E CUSTOMIZADOS PARA RESOLVER OS CONFLITOS INTRODUZ UMA NOVA ERA NAS EMPRESAS, QUANDO PROCESSOS ADVERSARIAIS PERDEM ESPAÇO PARA PROCESSOS EM QUE AS PARTES TENHAM MAIOR CONTROLE DO RESULTADO, MENOR CUSTO FINANCEIRO E EFETIVIDADE DA SOLUÇÃO ALCANÇADA.

quando processos adversariais perdem espaço para processos em que as partes tenham maior controle do resultado, menor custo financeiro e efetividade da solução alcançada.

Em atenção a essa questão, um dos diferenciais da mediação em relação a outros métodos de resolução de conflitos reside na maior previsibilidade e no maior controle do resultado, algo que oferece certa concretude para avaliadores de riscos dentro de uma gestão jurídica empresarial.

GESTÃO INTERNA E EXTERNA DE CONFLITOS EMPRESARIAIS

MEDIAÇÃO E GOVERNANÇA CORPORATIVA - GESTÃO DE CONFLITOS INTERNOS DA EMPRESA

O Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC) defende este conceito como o “sistema pelo qual as organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas. Tal sistema envolve as práticas e os relacionamentos entre proprietários, conselho de administração, diretoria e órgãos de controle”.² Nessa linha, as boas práticas de governança corporativa alinham interesses com a finalidade de preservar e oti-

mizar o valor da organização. Como principais pilares, destacam-se três metas totalmente alinhadas com os princípios da mediação:

- Transparência nas Relações
- Senso de Justiça
- Responsabilidade Social

Nesse contexto, a utilização de boas práticas de tratamento e resolução de conflitos vem ganhando cada vez mais importância. Isso resulta no fortalecimento e na criação de valor para as empresas. A introdução de práticas de mediação na agenda do sistema de governança corporativa tem se configurado como uma forma de proteção ao empreendimento e ao interesse dos acionistas, de forma a garantir maior controle e previsibilidade na tomada de decisões e no resultado de disputas.

Atento à necessidade de incorporação de práticas de mediação na governança das empresas, o International Finance Corporation (IFC - Corporação Financeira Internacional), vinculada ao Banco Mundial, maior instituição de desenvolvimento global voltada para o setor privado nos países em desenvolvimento, teve o cuidado de desenvolver um extenso Manual de Orientação para Resolução de Disputas na Governança Corporativa, no qual sugere:

“O Conselho de Administração deve estar bem preparado para lidar com disputas internas e externas. Sem uma preparação adequada, as respostas de um conselheiro para as disputas serão inevitavelmente “ad hoc”, aumentando o risco de que a resolução de litígios não empregue processos eficazes. Assim como os Conselhos têm planos de gestão de crise, também, devem de-

¹ Camões, L. V. de. 200 Sonetos. Porto Alegre: L&PM, 1998.

² Site do IBGC: <http://www.ibgc.org.br/inter.php?id=18161>

*envolver estratégias, políticas e processos de resolução de litígios.”*³

Para ilustrar a importância de criar mecanismos de prevenção e gestão dessas disputas, vale mencionar que o relatório publicado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) apontou que, de 2001 a 2006, 20% dos casos de arbitragem perante a Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI) se relacionavam a um tema de governança. Eram arbitragens em que se discutia: avaliação das ações; disputas entre acionistas; remuneração dos conselheiros; participação dos acionistas nos processos de tomada de decisão; e fusões e aquisições.⁴

Fica clara a necessidade de atuação de forma sistêmica neste contexto. Agentes de governança precisam promover a criação de processos que sejam capazes de articular os diversos componentes organizacionais das empresas

de forma convergente e consistente, utilizando ferramentas como mediação, pensamento analítico e negociação para dirimir ou resolver as mais diferentes formas de conflitos.

MEDIAÇÃO E RESPONSABILIDADE SOCIAL – CONFLITOS EXTERNOS DAS EMPRESAS

Além de implicações positivas na área de governança, o uso da mediação e de outros métodos voltados para o consenso se adequam à perspectiva da empresa como elemento socialmente responsável, uma vez que denota o intento de evitar o uso desnecessário do aparato judicial.

Essa necessidade de cooperação com a justiça é observado por Kazuo Watanabe em recente entrevista, ao instar as empresas a que se intente resolver suas disputas antes que essas cheguem ao judiciário:

³ Disponível em: www.ifc.org/wps/wcm/connect/topics_ext_content/ifc_external_corporate_site/corporate+governance/publications/toolkits+and+manuals/adr_toolkit

⁴ The Quality of Corporate Law and the Role of Corporate Law Judges : <http://www.oecd.org/daf/cal/corporategovernanceprinciples/38297148.pdf>



*“A Justiça é obra coletiva, a boa organização da Justiça não depende só do Poder Público, depende da participação da sociedade. A sociedade não pode ser tão dependente do Estado na resolução dos conflitos, tem de ter mecanismos próprios para solucionar as disputas. Por isso, o Pacto de Mediação é uma convocação do segmento empresarial da sociedade para que se comprometam a tentar solucionar as questões antes de levá-las ao Judiciário. As indústrias, o comércio de um modo geral, o setor financeiro, assumem a responsabilidade social de cooperar com a Justiça, tentando solucionar os conflitos antes da sua judicialização.”*⁵

Esse olhar empresarial para o conflito como algo a ser trabalhado de forma mais eficiente na atualidade tem grandes consequências também no cenário da Justiça como um todo. As empresas passam a se preocupar mais com a diminuição do grau de litigiosidade por meio da gestão de conflito antecipada, que considera a necessidade de redução de gastos e riscos no que diz respeito à empresa e suas relações externas, tais como comunidades, clientes, fornecedores, entre outros.

Com frequência, as perdas evidenciadas pela condução adversarial da gestão de litígios têm não só os claros reflexos negativos do processo judicial, mas também o desgaste das relações e, principalmente, a própria falta de resolução de conflito.

BENEFÍCIOS DA MEDIAÇÃO EMPRESARIAL

Todo conflito tem seus pontos fracos e algum risco de perda. Mesmo vitórias, quando mui-

to demoradas e custosas, podem gerar prejuízos irreparáveis.

Então, por que não tentar uma solução consensual antes de seguir para uma solução adversarial? Com a mediação, normalmente resultados positivos são alcançados em tempo relativamente curto e a baixo custo, se comparados aos resultados dos processos arbitrais ou judiciais. Dependendo da complexidade da

COM FREQUÊNCIA, AS PERDAS EVIDENCIADAS PELA CONDUÇÃO ADVERSARIAL DA GESTÃO DE LITÍGIOS TÊM NÃO SÓ OS CLAROS REFLEXOS NEGATIVOS DO PROCESSO JUDICIAL, MAS TAMBÉM O DESGASTE DAS RELAÇÕES E, PRINCIPALMENTE, A PRÓPRIA FALTA DE RESOLUÇÃO DE CONFLITO.

matéria em discussão e do número de partes, a mediação pode ser concluída em dias, semanas ou poucos meses, sendo que, caso não se concretize o acordo, as partes seguem mais preparadas para as vias judicial ou arbitral.

Com tais benefícios, a mediação ganha cada vez mais espaço no meio corporativo. Uma pesquisa realizada entre executivos e departamentos jurídicos de empresas integrantes da Fortune 1.000 pelo International Institute for Conflict Prevention and Resolution (CPR)

⁵ Entrevista ao site Consultor Jurídico, em novembro de 2014, por ocasião do lançamento do “Pacto da Mediação” para que empresas e escritórios de advocacia se comprometam a tentar a solução amigável dos problemas antes de mandar a questão para o Judiciário. <http://www.conjur.com.br/2014-nov-09/entrevista-kazuo-watanabe-advogado-desembargador-aposentado-tj-sp>

confirmou o crescente uso da técnica da mediação, em contraposição aos processos judiciais, à arbitragem ou até mesmo a soluções negociadas diretamente entre as partes, sem o auxílio de mediador profissional.⁶

O resultado da pesquisa identificou como potenciais benefícios da mediação entre empresas os que destaco a seguir:⁷

- Baixo custo com maior celeridade
- Controle continuado do processo e dos resultados pelas próprias partes, em contraposição aos riscos e incertezas da decisão por terceiros estranhos aos negócios
- Adequação do procedimento às conveniências exclusivas das partes
- Confidencialidade
- Fortalecimento dos canais de comunicação
- Facilitação do afastamento das diferenças culturais ou internacionais
- Consideração das realidades comerciais ou de negócios
- Soluções criativas e duradouras
- Preservação e consolidação das relações de negócios ou oportunidades de interesse comum

Essas são algumas das noções que fazem da mediação um segmento em constante crescimento, seja em nível legislativo, seja espontaneamente como parte da própria estratégia das empresas.

A INSERÇÃO DA MEDIAÇÃO NA GESTÃO EMPRESARIAL

A introdução da mediação nos processos e nas práticas empresariais pode ser feita de diversas formas. Uma delas é por meio da incorporação de critérios de mapeamento de disputas para avaliar a forma mais apropriada para

A MEDIAÇÃO É INSTRUMENTO EFICIENTE DE GESTÃO DE CONFLITOS, SEJA NO CAMPO DAS RELAÇÕES INTERNAS PELO APRIMORAMENTO DAS PRÁTICAS DE GOVERNANÇA, SEJA NA GESTÃO CONSENSUAL E ANTECIPADA DE CONFLITOS EXTERNOS EM UMA CONDUTA SOCIALMENTE RESPONSÁVEL.

sua resolução – como por exemplo os critérios listados no “Early Case Assessment Toolkit” desenvolvido pelo CPR.⁸

Outra forma seria pela assinatura de um Pacto de Mediação, no qual a empresa assume o compromisso de utilizar métodos extrajudiciais de solução de conflitos para o gerenciamento das disputas por meio de negociação, mediação, entre outros, quando for apropriado. A importância desse pacto se dá na medida em que ele ajuda a criar uma filosofia empresarial e facilita a justificativa da propositura de uma mediação sem se sentir fragilizado na negociação com a outra parte.

Além da assinatura do Pacto de Mediação, também é indicada a inserção de cláusulas escalonadas nos contratos comerciais, prevendo a mediação como primeira fase da tentativa de resolução de disputas e aproveitando o momento do início da relação empresarial para já estabelecer os termos de resolução de conflitos que apareçam no caminho ou no fim da relação.

⁶ J. Ryan Lamare e Thomas J. Stipanowich Living with ‘ADR’: Evolving Perceptions and Use of Mediation, Arbitration and Conflict Management in Fortune 1,000 Corporations

⁷ Nancy Nelson e Thomas J. Stipanowich em BetterSolutions for Business: CommercialMediation in the EU © 2004 by CPR, Inc., Chapter One

⁸ Disponível em: www.cpradr.org/About/NewsandArticles/tabid/265/ID/624/CPR-Early-Case-Assessment-ECA-Toolkit-2010.aspx

Por fim, é interessante a manutenção de uma equipe de mediadores disponível para facilitar reuniões de conselho, diretoria e de sócios, ajudando na exploração de interesses, redução de mal entendidos e manutenção do foco no futuro e na solução.

CONCLUSÃO

O mundo empresarial demanda constante inovação, adaptação e melhora de performance. Se a gestão de conflitos antes não integrava a gestão estratégica da empresa, isso já não é mais verdade.

O crescente impacto dos riscos legais nos custos das empresas, a imprevisibilidade de decisões judiciais e os altos custos de outros meios de resolução de disputas, como a arbitragem, contribuem para a expansão da inserção da mediação como instrumento de tratamento conflitivo.

As formas de inserir a mediação na rotina da gestão de disputas empresariais pode vir por diferentes vias, como: incorporação de critérios de mapeamento de disputas, assinatura do Pacto de Mediação, inserção de cláusulas escalonadas nos contratos comerciais, manutenção de painel de mediadores para facilitar reuniões etc.

Assim, a mediação é instrumento eficiente de gestão de conflitos, seja no campo das relações internas pelo aprimoramento das práticas de governança, seja na gestão consensual e antecipada de conflitos externos em uma conduta socialmente responsável. As consequências positivas dessa integração são inúmeras, como economia de tempo e dinheiro e prevenção de desgastes relacionais, além da redução de riscos por meio do controle do conteúdo do resultado do processo.



A FGV Mediação é a iniciativa da FGV que atua na gestão estratégica de conflitos com foco em resolução consensual de disputas, principalmente, por meio da mediação.

Seu objetivo é colaborar para a adoção das boas práticas mediadoras no Brasil, ao oferecer serviços especializados na área a tribunais, instituições públicas, empresas privadas e a pessoas físicas ou jurídicas.

A black and white photograph of a modern, curved building with a large glass facade, set against a clear sky.

PLATAFORMA DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

www.fgv.br/mediacao

- ▶ Mediação online
- ▶ Mediação presencial

FORMAÇÃO DE PROFISSIONAIS

- ▶ Capacitação
- ▶ Certificação
- ▶ Cadastro de mediadores

A black and white photograph showing a person's hand using a stylus to interact with a tablet. The background is blurred, showing other people in a professional setting.

ASSESSORIA TÉCNICA

- ▶ Planejamento
- ▶ Análise de conformidade
- ▶ Estudos e pesquisas setoriais

