

JUSTIÇA & COMPANHIA[®]

ISSN 1807-779X
4972807779000 0.03933
Edição 191 - Julho de 2016
R\$ 16,90

MINISTRO HUMBERTO MARTINS, DIRETOR-GERAL DA ENFAM

ENFAM, CONTRIBUIÇÃO ESSENCIAL À FORMAÇÃO DOS MAGISTRADOS

EDITORIAL: Lupens e abutres da nação

A integração entre a sistemática de resolução de conflitos e o novo Código de Processo Civil

Antonio Vanderler de Lima | Presidente do Tribunal de Justiça Desportivo do Rio de Janeiro

A resolução de conflitos por meio da negociação, conciliação, mediação, arbitragem e outros métodos é defendida como uma alternativa capaz de alijar os tribunais da excessiva carga que lhes é imposta. Assim, implantou-se recentemente uma gama de políticas e regras para acelerar o fluxo de processos destacando-se a Lei de Mediação (Lei nº 13.140/15), a Resolução 125 do CNJ, a Lei de Arbitragem (Lei nº 13.129/15) e o novo CPC, dentre outros.

Tudo isso se harmoniza com a EC 45/2004 que assegurou a todos a razoável duração do processo e incentiva práticas para viabilizar a celeridade processual. O sistema jurídico busca novas estratégias para os mecanismos de resolução de conflitos, adquirindo notoriedade as técnicas mais consensuais formuladas na esteira da justiça de proximidade francesa (*Justice de Proximité*).

Mauro Cappelletti e Bryant Garth no trabalho conhecido como *Projeto Florença* identificaram uma série de barreiras ao acesso à justiça diante da preocupação com a efetividade da prestação jurisdicional. Dentre elas destacam-se:

1. Obstáculos de origem econômica;
2. Representação judicial dos interesses metaindividuais (difusos);
3. Insucesso do uso do processo tradicional como melhor solução para resolver determinados conflitos.

Dai surgiram:

Assistência jurídica gratuita aos hipossuficientes;
Ações coletivas;
Métodos alternativos (*rectius*), adequados de resolução de conflitos.

No Código de Processo Civil, em vigor a partir de 18.3.2016, estabeleceu-se que:

Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

Assim, a conciliação e a mediação apresentam-se como dois meios de tratamento de conflitos que visam o restabelecimento das relações sociais e a busca da paz. A conciliação origina-se do latim *conciliare*, que significa atrair, ajudar, harmonizar. Trata-se de um meio alternativo de pacificação social, no qual as pessoas buscam sanar as diferenças, através de um conciliador.

Neste mesmo sentido, e ainda trazendo mais luzes sobre o tema, se posicionou o ilustrado Des. Guaraci de Campos Vianna, no artigo publicado na revista da EMERJ, sobre o Novo Código de Processo Civil, intitulado “Marcas do Novo CPC – Celeridade processual, prestígio à conciliação e mediação dos



conflitos com observância à segurança jurídica (revista da EMERJ. V. 18 nº 70 – 2015 – setembro/outubro. Rio de Janeiro. Págs. 56 e seguinte):

Além dos meios de desistência ou submissões de direitos das próprias partes, existem os institutos da conciliação, mediação e arbitragem, em que há participação de um terceiro imparcial e não se utiliza do processo, e são esses institutos eventualmente chamados de “equivalentes jurisdicionais”. Esses meios, resumidamente, se justificam garantindo o acesso à justiça, a celeridade, a economia processual e até a pacificidade da solução, prevista no preâmbulo constitucional, princípios que no sistema processual vigente muitas vezes não se concretizam. Visam, portanto, esses institutos, a concretizar a efetividade processual.

Na busca de soluções ao problema de ineficiência da máquina estatal, na prestação, sob sua alçada, do dever de solucionar os conflitos de interesses levados ao Judiciário, a Constituição Federal inseriu no seu artigo 5º os princípios constitucionais e processuais e os direitos fundamentais da inafastabilidade da jurisdição ou acesso à justiça (CF, Art. 5º, XXXV) e da razoável duração do processo (CF, Art. 5º, LXXVIII).

Após a elevação explícita ao patamar constitucional do preceito, sucessivas reformas processuais vêm sendo implementadas com o pretenso escopo de emprestar densidade à norma legal que estabelece a célere tramitação processual.

Façamos, aqui, uma análise isenta de paixões e concisa, à *vol d’oiseau*.

Neste aspecto, é fato que o novo Código de Processo Civil traz importantes mudanças e inovações no procedimento das ações em geral e, ainda que alvo de críticas, visa a alcançar efetividade e celeridade processuais, prestigiando, inclusive, a conciliação e a mediação dos conflitos.

Neste contexto, é importante destacar, entre parênteses, uma outra importante inovação (se assim podemos dizer) no novo CPC 2015/16, que é a ampliação do instituto de negociação processual.

Como ressaltou o já citado e festejado Des. Guaraci Vianna, agora em palestra celebrada em Boston, em Harvard Faculty Club. Club, por ocasião da gravação do 1º curso online de atualização em mediação do Instituto Internacional Acadêmico de Mediação, onde tivemos a honra de assistir presencialmente:

A NEGOCIAÇÃO PROCESSUAL que já existia de forma tímida no CPC/73 vem com tudo no NCPC (primazia ao princípio da adequação)!

A negociação processual pode se dar de duas maneiras: de forma TÍPICA (já prevista pela lei) ou ATÍPICA (criada a partir da necessidade e conveniência das partes). São exemplos de negociações processuais típicas: cláusula de eleição de foro (art. 63/NCPC), calendário processual (art. 191, §§1º e 2º), delimitação

consensual das questões de fato e de direito (art. 357, §2º), etc.

Art. 63. As partes podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde será proposta ação oriunda de direitos e obrigações.

Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso. § 1º O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados. § 2º Dispensa-se a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário. Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:

I - resolver as questões processuais pendentes, se houver;

II - delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos;

III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373;

IV - delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito;

V - designar, se necessário, audiência de instrução e julgamento.

§ 2º As partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV, a qual, se homologada, vincula as partes.

Já as atípicas – nosso maior ponto de interesse – são frutos do princípio do autorregramento da vontade do processo, ou seja, as partes poderão criar suas próprias regras processuais e ao juiz caberá apenas respeitar tais vontades. Normalmente a negociação é conduzida pelos advogados das partes que, antes de procurar uma solução adversarial, reúnem-se e tentam solucionar o conflito (é antecedente à mediação extrajudicial e ao processo jurisdicional). Esse tipo de negociação é um processo informal. Mas o NCPC aprofundou mais essa forma de solução de conflito. Veja-se o teor do art 3º, § 2º e § 3º, do NCPC:

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

§ 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.

O NCPC então estimulou a figura do negociador. (Podemos dizer negociador profissional?) Seja como for, é importante ressaltar os mais importantes princípios da Negociação, por que a negociação não é um modelo de ganha e perde. A negociação é baseada em princípios, quais sejam:

1º PRINCÍPIO: Separe as pessoas dos problemas. Ataque os méritos da negociação, não o negociador ou a parte contrária. Não exija, dê sugestões à negociação. Soluções benéficas para ambos os lados.

2º PRINCÍPIO: Foco nos interesses e não nas posições. Por trás das posições, é possível interesses mútuos.

3º PRINCÍPIO: Geração de opções de ganhos mútuos. Não julgue novas ideias prematuramente, novas ideias trazem novas soluções.

COMO FAZER VALER ESTES PRINCÍPIOS? Os grandes negociadores sempre fazem seu trabalho de preparação. Então, é preciso ter algumas noções básicas, que todo advogado deve ter na sua formação profissional.

A palavra negociação é associada às vezes ao negócio da qual seria derivada. Etimologicamente, porém, *negotium* não designa especificamente comércio, mas, sim, o conceito de atividade, utilidade; da ausência, do ócio, da desocupação ou inatividade. (*in* ADRS – Métodos alternativos de solução de conflitos, análise estrutural, fundamentos e exemplos na prática nacional/internacional, GARCEZ, José Maria. 1.ed. [s.l.]: Lúmem Juris, 2013. p. 29).

Na negociação **entre as partes no novo CPC**, merecem ser destacados os seguintes pontos:

1. Como negócio jurídico, o acordo entre as partes está sujeito às normas de direito material (artigos 104-184 do Código Civil);

2. Demais disso, o acordo só é possível nos processos “sobre direitos que admitam autocomposição”, excluindo-se, assim, a possibilidade de ele vir a ser celebrado em detrimento de normas de ordem pública;

3. É possível se convencionar sobre ônus (como o ônus da prova, por exemplo), poderes, faculdades e deveres de natureza processual, respeitando-se, no entanto, as normas de ordem pública (não se pode transigir sobre a observância da boa-fé processual, por exemplo).

Bem, então, a negociação é a primeira forma de resolver questões pendentes, conflitos, ainda que de forma parcial. Pode ser útil tanto no processo formal, quanto nos meios alternativos de solução de conflitos. Aliás, tudo começa com uma negociação bem sucedida.

Voltando ao nosso foco: Mediação é negociação? De certa maneira, sim, porque a mediação implicará, a dada altura, a negociação; contudo, a mediação de conflitos, envolvendo a negociação cooperativa, investiga a fundo os problemas reais e auxilia a criar e avaliar as opções de soluções com um critério científico que assegura aos mediados que o acordo resultante será justo, equitativo e duradouro, atento ao relacionamento existente entre eles e ao encontro de um caminho de respeito e cooperação no tratamento das suas diferenças, pela participação ativa dos mesmos, que dominam o processo. Em uma acepção extensiva, segundo a origem etimológica da palavra, dá-se a negociação quando as próprias partes, ou pessoas contratadas por ela, “negociam” diretamente, sem a interferência de um terceiro.

O NCPC enuncia, dentre as suas normas fundamentais, a promoção da solução consensual dos conflitos pelo Estado, a ser estimulada por todos os operadores do direito (art. 3º, § 2º e § 3º). Agora como isso ocorre na prática? O primeiro ato do juiz ao receber a petição inicial, após examinar sua regularidade, é designar audiência preliminar de conciliação ou mediação. Vejam o que diz o art. 334 do CPC:

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.

E agora? Quem faz (Preside) a audiência referida? Tem que especificar se é de conciliação ou mediação? Pensamos que o básico é saber a diferença de conciliação para mediação.

Mediação não é **conciliação**? Há, primeiro, que distinguir a chamada conciliação que, usualmente, é feita por Juízes e conciliadores gerais, da conciliação enquanto técnica praticada por outros profissionais. Na primeira, utiliza-se o bom senso e determinados critérios para tentar aproximar as reclamações dos litigantes a um ponto de convergência de interesses. Na segunda, há um profissional que domina a investigação do problema, que escuta e que, mantendo-se imparcial, sem forçar as vontades das partes, pela análise dos pontos fortes e fracos das posições opostas, convence-as das vantagens de alcançarem um acordo em que há a concessão de parte a parte para acabar com as disputas, podendo tal acordo não respeitar ou atender a todas as expectativas.

Tal qual o mediador, o conciliador também funciona como um facilitador, para ajudar na solução do conflito estabelecido, possuindo, no entanto, um poder

maior que o do mediador comum, podendo sugerir soluções para o referido conflito. O ideal mesmo é que o Conciliador tenha especialização na matéria em que esteja sendo tentada a solução (consumo, transporte coletivo, etc). Dessa maneira, ele terá maior capacidade para entender quais os aspectos são realmente relevantes dentro da estrutura do conflito.

A mediação tem a função de tentar encontrar um ponto de equilíbrio na controvérsia, aproximando as partes e captando os interesses que ambas têm em comum em busca da solução que seja a mais justa possível para as mesmas. Uma das grandes vantagens da Mediação é que ela pode evitar longo e desgastante processo judicial, resolvendo suas diferenças mais rapidamente.

Como exemplos de mediação pode-se destacar os conflitos de vizinhança, separação, divórcio, conflitos trabalhistas e outros. Exige-se uma especialização maior.

Aqui outro parêntese: A Lei nº 13.140/2015, que dispõe sobre a mediação estabelece o conceito de mediação no seu artigo 1º, que diz:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

Parágrafo único. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

Também estabelece que a mediação pode ser contratual (art. 2º, §1º), extrajudicial (art. 9 e 21) e judicial (art. 11 e 24), sendo possível sua prática a distância (V.G. por internet, art. 46). Então podemos, de uma maneira rudimentar e pouco científica, estabelecer o seguinte: para ser mediador extrajudicial, basta ser pessoa capaz, que tenha confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação. (art. 9º da Lei nº 13.140/15), podendo ser assistida por advogado, o que também é facultado às partes (art. 10 da mesma lei). Então: nem a mediação, nem o mediador extrajudicial, podem ser impostos às partes, como ocorre na mediação judicial (art. 25) daí a ele serem aplicadas as normas de impedimento e suspeição do juiz e serventários em geral ao mediador judicial.

Os requisitos exigidos para o mediador judicial são **mais rígidos**. Para atuar como mediador judicial é necessária a inscrição no cadastro do tribunal, que só será possível se cumpridos todos os requisitos exigidos pelo Conselho Nacional de Justiça e pelo tribunal, sendo um deles a necessidade de capacitação

mínima, por meio de curso realizado por entidade credenciada ou pelo próprio tribunal, conforme parâmetro curricular mínimo definido pelo Conselho Nacional de Justiça (art. 168, § 1º). A Resolução nº 125/2010 do CNJ regulamenta essa capacitação em seu art. 12 na norma sentido está o art. 11 da Lei nº 13.150/15. Mas nada impede que seja oferecido no contrato de fidelização de uma companhia telefônica, por exemplo, essa forma de resolução de conflito. Não é uma operação casada, por que isso não irá excluir a apreciação do Poder Judiciário. É apenas uma maneira de resolver o problema e manter o vínculo contratual ou o relacionamento comercial.

A mediação também pode ser exercida por pessoas da comunidade, mas, para isso, precisam de capacitação e algumas características importantes e necessárias para ser um mediador.

A mediação comunitária estabelece maior participação da comunidade na solução dos seus conflitos, promovendo maior responsabilidade e ajudando os cidadãos a resolverem problemas pessoais ou sociais e a melhorar a qualidade de vida da comunidade.

O mediador comunitário é alguém da comunidade que desenvolve trabalho voluntário, com base da Lei do Voluntariado (Lei nº 9.608, de 18.12.1998), escolhido pelos litigantes para facilitar e estimular o diálogo, auxiliando na solução pacífica do conflito e evitando que novos aconteçam. Ele ajuda as partes para que elas mesmas possam chegar a um consenso que beneficiem os seus interesses reais.

Em qualquer caso, portanto, a mediação é o mecanismo de abordagem consensual de controvérsias em que uma pessoa isenta e capacitada atua tecnicamente com vistas a facilitar a comunicação entre os envolvidos para que eles possam encontrar formas produtivas de lidar com as disputas.

O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que tiver havido vínculo anterior entre as partes, auxiliará os interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não tiver havido vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

São auxiliares da Justiça, além de outros cujas atribuições sejam determinadas pelas normas de organização judiciária, o mediador e o conciliador judicial. Diversamente do que ocorre na mediação, em que um terceiro imparcial e dotado de

neutralidade assiste às partes a fim de que elas mesmas possam alcançar a pacificação, o acordo; bem como, diversamente da conciliação, em que o conciliador, também imparcial, integrante ou não do Poder Judiciário, tem liberdade para verdadeiramente aconselhar e/ou induzir as partes ao acordo, não apenas abrindo caminho para elas mesmas decidirem a demanda; na arbitragem, concede-se a um terceiro igualmente neutro, o poder de emitir decisões quanto às controvérsias levadas pelas partes, que devem eleger o árbitro de comum acordo, ou, não havendo acordo, o juiz pode indicar o árbitro. O pacto celebrado entre as partes, antes da instauração do procedimento arbitral, constitui uma espécie de contrato entre elas. Mais do que isso, as partes elegem o árbitro, celebrando com este um novo contrato. Tal pacto chama-se convenção arbitral, dela advém a cláusula compromissória e o compromisso arbitral, que serão objeto de estudo mais à frente. Sem dúvida, em relação à natureza jurídica da arbitragem, não se pode olvidar que o árbitro exerce verdadeira jurisdição, paralelamente à força estatal, fazendo-o com amparo da lei e da convenção celebrada.

Arbitragem e arbitramento, há aparente similaridade entre os conceitos de arbitragem e arbitramento, razão porque se deve saber distingui-los. Ambos não se confundem. Aquele que exerce a arbitragem é o árbitro, ele tem poder decisório e por força de lei sua decisão é dotada de caráter executório. Aquele que exerce o arbitramento é arbitrador, ele é um expert, um perito, geralmente contratado pelas partes ou nomeado pelo magistrado, após fixação de seus honorários, para formação de um laudo pericial que servirá de meio de prova no procedimento em curso.

Mediação é arbitragem? Não. Ainda que igualmente privada, a arbitragem é o método de resolução de conflitos mais semelhante ao judicial, dado que o procedimento é controlado por um terceiro e nele as partes enfrentam-se (combatem-se) ao invés de cooperarem (auxiliar-se mutuamente na procura de uma solução que seja satisfatória para todas), embora permitindo às partes escolherem o técnico que assume a responsabilidade de decidir por elas uma questão específica.

O árbitro é, sobretudo, um conhecedor técnico da sua área. A arbitragem é uma opção mais adequada a litígios eminentemente técnicos. Havendo questões técnicas e relacionais, a opção pelo recurso a um misto de formas para a resolução do conflito será a ideal, podendo, então, optar-se pela Mediação seguida de Arbitragem, caso as partes não alcancem um acordo na mediação ou pela situação inversa, que permite às partes, depois de conhecida a decisão,

encetarem por si a justa composição do litígio, mediante o auxílio do mediador. Os mediadores são advogados ou psicólogos? Para se ser um profissional de mediação de conflitos é mais importante atender-se às características pessoais do que ao currículo acadêmico.

Em Portugal, para além de um curso em mediação de conflitos, tem sido costume exigir-se também como requisito para a sua frequência, uma licenciatura adequada, porém, há países em que tal não é necessário. É determinante a capacidade de analisar, de investigar, de escutar, o verbal e o não verbal, de gerar empatias e confiança, de resumir, de ser persistente, dinâmico e criativo, de liderar, de promover a cooperação entre as partes.

Existem, em Portugal, mediadores de conflitos de diversas áreas. Todos deixam de lado as suas formações acadêmicas ao atuarem como profissionais da mediação de conflitos.

Quem pode atuar como mediador? Qualquer pessoa com capacidade técnica, legitimidade e habilidade para exercer esta atividade. A maioria dos mediadores vem da área jurídica/advocacia, embora também atuem profissionais de outras áreas, como psicólogos, administradores, sociólogos, engenheiros, psicanalistas, assistentes sociais e outros. Recomenda-se uma consulta aos quadros da OAB e das instituições idôneas que operam a mediação, como as Câmaras de Mediação e Arbitragem e os Centros de Administração de Conflitos, para melhor escolha do mediador. Uma observação deve ser feita em relação à mediação informal, ou seja, não profissional. Ela pode ser realizada por qualquer pessoa, a exemplo da mediação escolar, que prevê capacitação e supervisão de alunos para que os próprios alunos atuem como mediadores de conflitos entre colegas de escola.

As vantagens da mediação para os advogados são **enormes**, além de oferecer novas oportunidades ao advogado, que pode atuar como mediador ou assessorar e acompanhar o cliente durante o procedimento de mediação. Tendo em vista a necessária dinâmica requerida pelo exercício da advocacia, o domínio da prática da mediação permite ao advogado exercer suas funções de modo a melhor satisfazer os interesses dos clientes. Em decorrência da celeridade nas soluções, diversos tipos de conflitos tradicionalmente levados para o Judiciário podem ser encaminhados à mediação, o que contribui para a agilidade nas decisões e no recebimento dos honorários advocatícios, inclusive na fase pré-processual.

A confidencialidade é regra na mediação, o que a torna atraente quando por qualquer motivo a publicidade dos atos seja inconveniente. A mediação apresenta uma ótima relação custo-benefício diante

da agilidade na resolução do conflito, que resulta em economia de tempo e menor desgaste emocional. Evita ainda gastos com recursos e outros atos judiciais/processuais. O acordo obtido na mediação e reduzido a termo constitui título executivo extrajudicial, podendo, a critério das partes, ser homologado judicialmente, hipótese em que se converterá em título executivo judicial.

O novo CPC irá contribuir para a redução dos custos dos processos, através do estímulo para as práticas conciliatórias, consubstanciado, por exemplo, na obrigatoriedade de se realizar uma audiência de conciliação ou de mediação antes do oferecimento da contestação. A possibilidade de extinção sumária do conflito provavelmente propiciará uma análise do custo e do benefício na manutenção do litígio pelas partes, reduzidos, assim, os custos atrelados aos processos.

Aos advogados, muitos dos quais resistentes a essas modalidades de solução de conflitos, restará se adaptarem e criarem mecanismos próprios, ou em parcerias, cercando-se de profissionais especializados de outras áreas do conhecimento (psicólogos, assistentes sociais, terapeutas de família, dentre outros), para o melhor desempenho da atividade profissional.

Aos Juízes e Promotores de Justiça, caberá uma mudança de postura, com a aceitação das novas normas que regerão os procedimentos judiciais, atuando de maneira menos formalista, e sensíveis à importância das novas técnicas de solução de conflitos eleitas pelo CNJ e pelo legislador brasileiro.

Ao Estado, restará a responsabilidade de adotar as medidas adequadas e os aportes financeiros necessários para que o novo sistema de solução consensual de conflitos atinja os objetivos propostos, na busca de uma sociedade mais justa, menos conflituosa, igualitária, em sintonia com os fundamentos assegurados na Constituição Federal: Dignidade Humana e Cidadania.

Enfim, a prática efetiva dos meios conciliatórios, principalmente a mediação, será uma alternativa viável para solucionar múltiplos problemas da jurisdição como um todo e caberá aos advogados se adaptarem aos novos tempos e encontrarem modos lícitos de contribuir para a efetivação da cidadania através destes métodos, sem causar prejuízos ou contratempos ao legítimo exercício da nobre profissão de advogado, que é, continua e continuará sendo indispensável à justiça, e à solução de conflitos, mesmo na fase extrajudicial.



A íntegra desse artigo esta disponível no site www.editorajc.com.br