

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
Curso de Especialização em Direito Processual Civil

GABRIELLA CELIDONIO PASCHOA

Dos Meios Alternativos de Resolução de Conflitos

São Paulo
2016

GABRIELLA CELIDONIO PASCHOA

Dos Meios Alternativos de Resolução de Conflitos

Monografia apresentada à Pontifícia
Universidade Católica como requisito
parcial para obtenção do título de
especialização em Direito Processual
Civil.

Orientador: Prof. Dr. Rogerio Licastro
Torres de Mello

São Paulo
2016

A Deus, meu amigo incansável, provedor de força, foco e fé; aos meus pais, Geni e José, grandes exemplos de garra e amor; ao Prof. Dr. Rogério Licastro, pela grande contribuição no desenvolvimento desse trabalho; ao meu esposo, pelo companheirismo, pela paciência e por todo amor.

RESUMO

Visa-se com o presente trabalho contribuir para o entendimento dos chamados “Meios Alternativos de Solução de Conflitos” (ADRs – *alternative dispute resolutions*, na conhecida expressão da experiência norte-americana) enfatizando o papel desempenhado pela mediação, tanto para prevenção como para resolução justa dos conflitos, fortalecendo os laços de cidadania e de civilidade da coletividade, na medida em que incentiva as partes a encontrarem por si mesmos a solução para seus conflitos. Procura-se ainda demonstrar a necessidade do estudo e da implementação de tais meios em nossa sociedade, visando sempre a pacificação social e o empoderamento dos cidadãos. Durante o estudo poderemos compreender quais são os meios alternativos de solução de conflitos, qual o objetivo do sistema multiportas, os princípios que regem tais meios, as legislações que os regulamentam e como são desenvolvidos em diferentes países.

Palavras-chave: Meios Alternativos de Solução de Conflitos. Pacificação Judicial. Desjudicialização.

ABSTRACT

The aim of this study is to contribute to the understanding of "Alternative Dispute Resolutions" (ADR - known expression on the American experience) emphasizing the role of mediation, both for prevention and resolution disputes, strengthening the ties of citizenship and civility of the community, encouraging the opponents to find a solution for their conflicts. We also wanted to demonstrate the need of this study and implementation of such methods in our society, always seeking social peace and the empowerment of citizens. During the study we hope that the reader can understand what are the alternative dispute resolutions, what is the purpose of multi-door courthouse, their principles, the laws behind them and how they are developed in different countries all over the world.

Keywords: Alternative Dispute Resolutions. Judicial Pacification.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
CAPÍTULO 1 – DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS	09
1.1. Os meios alternativos de resolução de conflitos	09
1.1.1. Autotutela.....	09
1.1.2. Autocomposição	10
1.1.2.1. Autocomposição unilateral.....	11
1.1.2.2. Autocomposição bilateral.....	12
1.1.2.2.1. Autocomposição bilateral mediante negociação	12
1.1.2.2.2. Autocomposição bilateral facilitada.....	13
1.1.3. Heterocomposição	13
1.1.3.1. Arbitragem	13
1.1.3.2. Justiça estatal	14
1.2 Quadros ilustrativos	15
CAPÍTULO 2 – O SISTEMA MULTIPORTAS	17
2.1. Introdução aos meios alternativos de resolução de conflitos.....	17
2.2. O sistema multiportas e a resolução de conflitos.....	18
2.3. Evolução dos meios alternativos de resolução de conflitos	20
2.3.1 Recente evolução dos “ADRs” no Brasil.....	20
2.4. Adoção da técnica adequada à abordagem do conflito	21
2.5. A obtenção do consenso e a resistência pacífica dos meios alternativos de resolução de conflitos	24
2.5.1 Barreiras para a adoção do modelo consensual.....	25
2.6. Acesso à justiça por meios “alternativos”: vantagens e desvantagens	26
2.6.1. Vantagens.....	26
2.6.2. Desvantagens	27
2.7. O papel do advogado.....	27
2.7.1. Os advogados e seus clientes	28
CAPÍTULO 3 – PRINCÍPIOS DA MEDIAÇÃO E DOS ADRs.....	30
3.1. Princípio da autonomia da vontade.....	30
3.2. Princípio da não adversariedade	30
3.3. Princípio da presença do terceiro interventor.....	30
3.4. Princípio da neutralidade e da imparcialidade	30
3.4.1. Abstenções	31
3.4.2. Livre e espontânea vontade.....	31
3.5. Releitura da garantia de inafastabilidade da tutela jurisdicional.....	31

CAPÍTULO 4 – LEGISLAÇÃO	34
4.1. Movimentos legislativos	35
4.2. Lei de mediação (lei nº 13.140/2015)	36
4.3. Mediação no novo código de processo civil.....	37
4.3.1. Interação entre o novo código de processo civil e a lei de mediação	38
CAPÍTULO 5 – ÂMBITO INTERNACIONAL	39
5.1. Panorama internacional do Brasil	39
5.2. Mediação na Argentina	39
5.3. Mediação nos Estados Unidos da América	40
5.3.1. Sistemas mistos.....	40
5.4. Mediação na Europa.....	42
5.4.1. Mediação na França	42
5.4.2. Mediação na Romênia	42
5.4.3. Experiência de mediação on-line na Europa.....	44
5.5. Mediação na Ásia	45
CONCLUSÃO	46
BIBLIOGRAFIA	47

INTRODUÇÃO

O presente estudo refere-se aos Meios Alternativos de Resolução de Conflitos. A adoção de um ou outro meio alternativo dependerá do tipo de conflito e das características das partes.

Em certos conflitos, a resolução por meio de uma sentença adjudicada pode não ser a melhor via adotada para gerar os resultados esperados. Se for um conflito entre partes que possuem vínculo permanente, por exemplo, a sentença judicial pode ocasionar ainda maiores danos aos envolvidos.

O objetivo deste trabalho é identificar em que medida os meios alternativos podem atender a sociedade contribuindo para uma melhor distribuição de justiça na resolução dos conflitos, fomentando assim a cultura da paz.

O estudo está focado na abordagem dos conflitos civis, embasados na Lei de Mediação e no novo Código de Processo Civil. O objetivo é desenvolver a ligação entre os Meios Alternativos de Resolução de Conflitos e o efetivo acesso a uma ordem jurídica justa.

O acesso à justiça merece atenção especialmente considerando que não necessariamente coincide com o acesso ao Poder Judiciário. A garantia universal da prestação jurisdicional, importante conquista do Estado de Direito, não afasta a proposta de pensar de forma criativa para compor as partes em conflito.

Pretende-se com este trabalho esclarecer que os Meios Alternativos de Solução de Conflitos não se tratam de alternativas ao Poder Judiciário, mas sim de meios adequados para dirimir os mais diversos conflitos existentes em nossa sociedade.

Capítulo 1 – Dos meios alternativos de resolução de conflitos

1.1. Os meios alternativos de resolução de conflitos

Para nos situarmos no contexto dos Meios Alternativos de Resolução de Conflitos faz-se necessário definirmos: O que é um conflito?; O que é uma disputa?

O conflito é a crise em sentido amplo, podendo também ser usado como sinônimo de controvérsia; Já a disputa é a unidade controvertida.

Para Francesco Carnelutti, lide é um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida. Quando um dos envolvidos na relação quer satisfazer seu interesse e não consegue fazê-lo pela conduta de outrem, surge a pretensão: exigência que a outra parte se sujeite ao cumprimento do interesse alheio.¹

Já Cândido Rangel Dinamarco entende que conflito é a situação existente entre duas ou mais pessoas ou grupos, caracterizado pela pretensão a um bem ou situação da vida e impossibilidade de obtê-lo.²

Nessa seara, importante definirmos quais são os Meios possíveis de composição de conflitos.

1.1.1 Autotutela

Pela autotutela (ou autodefesa), o indivíduo resolve o conflito por sua própria força, agindo por si próprio para obter uma posição de vantagem em relação à situação desejada. Sua prática costuma ser malvista por trazer a ideia de violência e ser identificada como um resquício de justiça privada.³

Sua utilização sempre foi considerada uma alternativa ante a falta de poder do Estado para definir as querelas. Tendo sido a primeira resposta encontrada pelos indivíduos para resolver suas controvérsias, a autotutela costumava ser considerada um instrumento precário e aleatório; ela não seria apta a garantir propriamente

¹ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Derecho Procesal Civil*, v.1. Trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo e Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Uteha, 1944, p.11.

² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 1.7. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 120-121.

³ AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras linhas de Direito processual civil*, vol. 1. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.26.

justiça, mas sim a vitória do mais forte, esperto ou ousado sobre o mais fraco e tímido.⁴

Segundo Giuseppe Chiovenda, a autodefesa constitui uma atividade “meramente privada, movida por impulsos e intenções particulares e egoísticos, embora consentidos e moderados pelo Estado”. Quanto mais se reforça a organização política, mais se restringe o campo da *autodefesa*, tendo em vista a natural expansão da atuação estatal.⁵

1.1.2. Autocomposição

A autocomposição é uma das espécies possíveis de resolução de conflitos, ela é regida pela vontade das partes que, dentro dos limites da licitude e da disponibilidade do Direito são livres para preencher o conteúdo da norma como bem entenderem, não necessariamente por aplicação direta das previsões legais ao caso concreto.

O novo Código de Processo Civil utiliza a palavra “composição” com a ideia de normatização pelas partes. Por esse motivo é que se dispensa a audiência de conciliação ou mediação quando não se admite a autocomposição ou seja, quando as partes não puderem estabelecer a norma concreta para reger aquele caso, por exemplo em casos onde o direito seja indisponível ou não tenha valor patrimonial atribuído, também não admitem autocomposição quando se tratar de interesse comum em que seja necessário a intervenção estatal.

Não se trata, portanto, de resolver o conflito, mas sim de transformá-lo alternando o modo de visualizar os fatos reputados controvertidos podendo gerar uma mudança de comportamento o que pode repercutir no andamento da controvérsia, transformando-a em uma nova experiência.

Como lembra Rodolfo de Camargo Mancuso, a autocomposição pode ocorrer no plano pré-processual ou no plano judiciário, conciliando-se as partes; ainda que o

⁴ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p.29.

⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, v.1. Trad. Paolo Capitanio, com anotações de Enrico Tullio Liebman. Campinas: Bookseller, 2000, p.58.

direito seja, em alguma medida, indisponível, mas é imperioso reconhecer que ele pode ter aspectos quantitativos negociáveis, por exemplo o direito a alimentos.⁶

Contudo, como bem recorda Rui Portanova, não há uma regra, um rol, tampouco uma situação clara e isenta de confusão sobre quais sejam os direitos disponíveis e os indisponíveis, ou do que seja estritamente de Direito Público ou Privado.⁷

Percebe-se que o novo Código de Processo Civil permite às partes dispor, dentro de certos limites, sobre o procedimento judicial, como por exemplo: a escolha consensual do perito judicial pelas partes, a convenção sobre ônus da prova, a convenção sobre as normas processuais que regerão o processo e a mais inovadora que é sobre a possibilidade de que as partes celebrem “negócios jurídicos processuais” para convencionar sobre regras processuais relativas aos litígios em que o direito admita autocomposição (pressupondo que as partes estejam em condições razoáveis de igualdade para negociar).⁸

1.1.2.1. Autocomposição unilateral

A autocomposição unilateral configura-se quando o ato a ser praticado depender exclusivamente de uma das partes em sua seara de disponibilidade; para exercê-la o interessado protagonizará (i) renúncia; (ii) desistência; ou (iii) reconhecimento jurídico do pedido.

A renúncia é o ato unilateral em que o envolvido na relação jurídica abre mão do direito material a que pode (ou poderia) fazer jus. Importante ressaltarmos que quando implicar renúncia à tutela jurisdicional, exige-se verificação apurada do efetivo consentimento na manifestação da vontade. Sendo que a renúncia nunca será espontânea se decorrente da falta de informação ou acesso à justiça formal.

⁶ MACUSO, Rodolfo de Camargo. *O plano piloto de conciliação em segundo grau de jurisdição*, do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, e sua possível aplicação aos feitos de interesse da Fazenda Pública. Separata da Revista dos Tribunais, ano 93, v. 820, p.19, fev.2004.

⁷ PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 70.

⁸ Enunciado nº 18 FPPC: “há indícios de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnica jurídica.”

Enunciado nº 135 FPPC: “a indisponibilidade do direito material discutido no processo não impede, por si só, a celebração do negócio jurídico analisado”.

A desistência tem base no princípio da disponibilidade processual, em que o autor pode desistir do processo e abdicar da posição processual assumida após o ajuizamento da causa. Contudo, importante destacar que algumas ações não permitem desistência, como por exemplo as de índole criminal e/ou relativas à improbidade administrativa e outras admitem a substituição processual, como no caso da ação popular. A desistência ocasionará a extinção do processo sem a apreciação do mérito. Por este motivo é livre até a citação do réu, porém, após a citação, o réu deverá ser consultado.

Por fim, o reconhecimento jurídico do pedido em que o réu admite a procedência da pretensão deduzida pelo autor. Só será possível se presentes os requisitos da disponibilidade do direito, bem como da capacidade de quem manifesta à vontade.

1.1.2.2. Autocomposição bilateral

A autocomposição bilateral é aquela que conta com a participação dos envolvidos na situação controvertida. Quando as partes se compõem e definem, em conjunto, o destino da pretensão, pactuam um acordo. Verificando-se no pacto concessões recíprocas.

Para a obtenção de situações de vantagem, as pessoas podem realizar, diretamente entre si, atividades de negociação ou se valerem da atuação de um terceiro imparcial facilitador.

1.1.2.2.1. Autocomposição bilateral mediante negociação

A composição bilateral pode ser ainda realizada mediante negociação que é a comunicação estabelecida diretamente pelos envolvidos, com avanços e retrocessos, em busca de um acordo; trata-se do mais fluído, básico e elementar meio de resolver controvérsias, e também o menos custoso.

A negociação preserva a autoria e a autenticidade dos negociadores na solução dos próprios conflitos, não existindo nada mais adequado e duradouro do que uma solução autonegociada.

A persuasão é um elemento importante para alcançar o efetivo cumprimento dos pactos ensejando o cumprimento espontâneo dos envolvidos.

1.1.2.2.2. Autocomposição bilateral facilitada

A deterioração da relação entre os indivíduos pode acarretar graves problemas de contato e comunicação e por conta disso pode ocorrer que as partes sozinhas não consigam chegar a uma resposta para a composição da controvérsia.

Nesses casos é recomendável que um terceiro auxilie as partes, sendo um mediador ou um conciliador.

1.1.3. Heterocomposição

Também chamado de heterotutela ou meio adjudicatório. Trata-se do meio de solução de conflitos em que um terceiro imparcial, alheio ao conflito, define a resposta com caráter impositivo em relação aos contendores.

Pode ser verificada por duas vias: (i) jurisdicional; ou (ii) arbitral.

Na linguagem americana, tais hipóteses constituem processos de adjudicação (*adjudicative process*), gerando resultados do tipo “ganha-perde” (*win-lose*).

1.1.3.1. Arbitragem

Para Carlos Alberto Carmona: “a arbitragem constitui a técnica de solução de controvérsias pela intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção sem intervenção do Estado, sendo destinada a assumir eficácia de sentença judicial.”⁹

O objeto da controvérsia deve corresponder a direitos patrimoniais disponíveis, tendo sido eleita a via arbitral por pessoas capazes de contratar. (art. 1º da Lei nº 9.307/1996).

O art. 18 da mesma lei regula que o árbitro validamente escolhido pelas partes é o juiz de fato e de direito da controvérsia, não ficando sua decisão sujeita a recurso ou homologação perante o Poder Judiciário.

A arbitragem poderá ser utilizada se presentes duas circunstâncias: (i) possibilidade de as partes livremente disporem sobre o objeto controvertido; (ii)

⁹ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: Comentários à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 31.

ausência de reserva específica do Estado quanto ao seu conteúdo (pelo resguardo de interesses coletivos fundamentais).

Uma das grandes vantagens da arbitragem é a chance de maior efetividade da decisão. Como as partes participaram consensualmente da escolha do árbitro e arcaram com os custos do procedimento, não sendo interessante para os negócios uma longa disputa judicial, uma vez proferida a decisão arbitral tende a ser cumprida, não precisando ser executada coercitivamente. Apenas em casos realmente excepcionais buscam-se os meios coercitivos disponibilizados pelo Poder Judiciário.

Para Carlos Alberto Carmona: “o árbitro, juiz privado indicado pelas partes em litígio, decide a contenda vinculando as partes, dita a regra para o caso concreto e faz tudo isso mediante um procedimento em contraditório (processo, portanto).¹⁰

1.1.3.2. Justiça estatal

Não cumprido espontaneamente o preceito legal, ante a proibição de autotutela, o Estado deve proporcionar instâncias aptas a promover a entrega do bem da vida a quem é devido. Tal mister é realizado por meio da jurisdição, pela qual o Estado, substituindo-se às partes, diz a norma aplicável ao caso concreto com o poder imperativo de impor o seu comando.

Jurisdição possui um tríplice aspecto, como poder, função e atividade. A jurisdição é poder como capacidade estatal de decidir imperativamente, impondo decisões; em seu aspecto de função, expressa o dever de promover a pacificação dos conflitos interpessoais, realizando, pelo processo, o direito justo; como atividade, constitui o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função atribuída pela lei.

Especialmente perante uma situação de grande desigualdade entre os litigantes, revela-se importante a utilização da via jurisdicional para que o juiz possa protagonizar a proteção dos interesses socialmente relevantes e garantir a isonomia entre as partes. De acordo com Luiz Guilherme Marinoni: “incumbe ao juiz atribuir sentido ao caso, definindo suas necessidades concretas, para então buscar na lei a

¹⁰ CARMONA, Carlos Alberto. *Em torno do árbitro*. Revista de Arbitragem e Mediação, v. 28, p. 48, 2011.

regulação da situação que lhe foi apresentada, ainda que isso deva ser feito à luz da Constituição”.¹¹

Segundo Ada Pellegrini Grinover, o acesso à justiça não se esgota nem se confunde com a simples possibilidade de acesso aos tribunais, mas “significa a oportunidade de efetiva e concreta proteção judiciária, mediante o justo processo, entendido como conjunto de garantias que permita efetivamente às partes a sustentação de suas razões, a produção de suas provas, a possibilidade de influir sobre a formação do convencimento do juiz.”¹²

Contudo, como bem destaca Rodolfo de Camargo Mancuso: “o “vencido nunca é convencido”. Resultando em uma semente do ressentimento e do rancor, que num ponto futuro germinará na forma de novas lides, num ciclo interminável de demandas”.¹³

1.2. Quadros ilustrativos

Sendo assim, importante visualizarmos claramente todas as possibilidades de composição de conflito proporcionadas por nosso sistema jurídico.¹⁴

Composição de Conflitos					
Autotutela		Autocomposição		Heterocomposição	
Autocomposição					
Autocomposição Unilateral			Autocomposição Bilateral		
Renúncia	Reconhecimento Jurídico do Pedido	Desistência	Negociação	Mediação	Conciliação
Heterocomposição					
Arbitragem			Solução Jurisdicional Estatal		

¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no Estado contemporâneo*. In: MARINONI, Luiz Guilherme (ccord.). *Estudos de Direito Processual Civil*, cit., p. 65.

¹² GRINOVER, Ada Pellegrini. *Deformalização do processo e deformalização das controvérsias*. *Revista de Processo*, n.46, p.69, São Paulo, abr-jun. 1987.

¹³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *O plano piloto de conciliação em segundo grau de jurisdição, do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, e sua possível aplicação aos feitos de interesse da Fazenda Pública*, cit., p.26.

¹⁴ TARTUCE, Fernanda. *Mediação no Novo CPC: questionamentos reflexivos*. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR, Fredie; MEDINA, José; FUX, Luiz; VOLPE, Luiz; MIRANDA, Pedro (orgs.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o Projeto do Novo CPC*, v. 1. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 751-768. Disponível em: http://www.fernandatartuce.com.br/site/artigos/cat_view/38-artigos/43-artigos-da-professora.html?start=10. Acesso em 11 jul. 2016.

Para melhor ilustrar o que foi dito, segue quadro comparativo proposto por Juan Carlos Vezzulla:¹⁵

CONTENCIOSAS	NAO CONTENCIOSAS
Processo Judicial	Negociação
Arbitragem	Conciliação
	Mediação
CARACTERISTICAS	
As partes se enfrentam	As partes cooperam
O procedimento é controlado por terceiros e pelas partes	As partes controlam todo o processo
Um terceiro decide	As partes decidem
Centra-se no passado	Centra-se no presente e no futuro
Trabalha sobre a realidade formal	Trabalha sobre a realidade real
Não pode ser interrompido (na arbitragem, a partir do compromisso)	Pode ser interrompido
O seu resultado não satisfaz plenamente	O acordo satisfaz plenamente (exceto na conciliação)
O seu resultado pode não resolver o conflito	O acordo resolve o conflito (exceto na conciliação)

Quando falamos em autocomposição bilateral de conflitos, temos que ter em mente a diferença de satisfação e resultado entre mediação e conciliação, Juan Carlos Vezzulla destaca que as distinções verificadas decorrem do grau de profundidade com que o conflito é abordado em cada uma das técnicas. Na conciliação, o tratamento da controvérsia ocorre de forma superficial e o acordo tende a ser parcialmente satisfatório, enquanto na mediação o tratamento do conflito se dá de forma mais profunda, gerando resultados plenamente satisfatórios.¹⁶

Tendo em vista os inúmeros meios de composição de conflitos que possuímos, reduzir tudo ao dualismo do lícito/ilícito, inocente/culpado, seria aniquilar as infinitas possibilidades do comportamento humano. A mente humana tem inúmeras possibilidades de argumentar e avaliar as situações comportamentais, muito além do raciocínio binário do Direito, sendo necessários meios adequados que respondam a todas essas situações comportamentais.

¹⁵ VEZZULLA, Juan Carlos. *Mediação*, cit. p.81

¹⁶ VEZZULLA, Juan Carlos. *Mediação*, cit., p. 83.

Capítulo 2 – O sistema multiportas

2.1. Introdução aos meios alternativos de resolução de conflitos

A realidade contemporânea demanda a construção de uma nova forma de aplicação do direito e da justiça. No âmbito da realização da justiça, a racionalidade moderna já não se mostra suficiente para lidar com as complexidades que marcam os tempos atuais.

A justiça oficial codifica procedimentos e aplica a norma ao caso concreto, com base em deduções racionais advindos da autoridade da lei ou dos precedentes. Nas situações de conflito, o Estado substitui a vontade dos cidadãos para “dizer o direito” e assegurar a paz social. Sob esse padrão de regulamentação geral e abstrata, o Estado exerce o monopólio da atividade jurisdicional.¹⁷

Contudo, nem sempre foi assim, os meios alternativos que serão aqui abordados são releituras de meios autocompositivos milenares e são frutos de uma tendência liberal em todo o mundo, pois vários países, indistintamente e de modo muito peculiar, perceberam as dificuldades do formalismo judicial estatal e sua pouca aspiração diante do dinamismo exigido pelas diversas áreas do inter-relacionamento afetivo, profissional ou comercial entre pessoas físicas e jurídicas. Há de notar que essa tendência liberal mantém estreita relação com a retirada cada vez maior do Estado dos assuntos de interesses particulares, reconhecendo a plenitude do cidadão como objeto de deveres e direitos, que por si só pode melhor administrar, transformar ou resolver seus próprios conflitos.¹⁸

Esses meios que se convencionou chamar de Meios Alternativos de Resolução de Conflitos ou *Alternative Dispute Resolutions* – “ADRs”, têm como exemplos a arbitragem, a mediação e a conciliação, entre outros. O termo alternativo diz respeito ao fato de serem opções ao método tradicional de solução de conflitos: o Poder Judiciário.

Hodiernamente, a expressão “Meios Alternativos” vem cedendo espaço para “Meios Adequados” (“*adequate/appropriate dispute resolution*”) a partir da constatação de que os conflitos são diferentes entre si, tanto em complexidade,

¹⁷ Gláucia Falsarella Foley. *Revista do Advogado*. Pg. 83. Ano XXXIV. Agosto de 2014. nº 123.

¹⁸ SALES, Lilia Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*, cit., p.65.

quanto em peculiaridade – e, assim, requerem ferramentas distintas para serem solucionados.

Ademais, os “ADRs” são mecanismos baseados na especialização e adequação de cada método a certo tipo de disputa, por esse motivo não são simples alternativas ao Judiciário e tampouco este deveria ser a única e ou a principal via de solução dos conflitos, como acontece em nosso país e na maior parte dos países de tradição civilista.

A efetivação dos “ADRs” busca proporcionar um acesso à justiça adequado e eficiente, promovendo a coexistência e a pacificação social. Até porque o direito universalmente consagrado é o direito a um julgador, que não precisa ser necessariamente público.

Trata-se, assim, de implementar o chamado sistema multiportas, introduzindo e desenvolvendo no país a mediação, a conciliação, a arbitragem, a negociação, a avaliação de terceiro neutro, as práticas colaborativas, os *dispute boards* e outras diversas formas específicas de solução de litígios.

2.2. O sistema multiportas e a resolução de conflitos

Para bem compreender, pense em alguém que, tendo procurado o Poder Judiciário, encontre um leque de opções em que a solução “sentença judicial” passa a ser uma dentre outras; nesse cenário, aberta a porta do Judiciário, “haveria como que uma antessala em que novas portas estariam à disposição, cada uma representando um método diferente”. Tal sistema (que pode ser ou não articulado pelo Estado) envolve meios hetero compositivos (adjudicatórios) e autocompositivos (consensuais), com ou sem a participação estatal.¹⁹

É fato que o processo, sozinho, jamais será instrumento suficiente para atender a todos os conflitos sociais. Assim, cresce a consciência de que, se o que importa é pacificar, torna-se irrelevante considerar se a pacificação decorreu de atividade do Estado ou por outros meios eficientes.

¹⁹ LORENCINI, Marco. *Sistemas Multiportas: opções para tratamento de conflitos de forma adequada*, cit., pg. 73.

Para Carrie Menkel-Meadow: “Tanto a resposta jurisdicional estatal quanto a saída consensual devem conviver, sem se considerar que um de tais meios seja a via principal de solução de conflitos”.²⁰

No mais, no modelo tradicional (decisão adjudicada) resolve-se apenas a crise jurídica, deixando em aberto impasses de outras naturezas, sendo tendência que estes retornem, o que podemos chamar de: “Síndrome de Litigiosidade”, que se verifica pela emancipação da cidadania (disposição de não mais se resignar ante as injustiças) agravada pela redução da capacidade de dialogar verificada na sociedade contemporânea.

Já nos “ADRs” desenvolve-se melhor as especificidades do caso concreto, dentre elas os aspectos subjetivos (pessoais e psíquicos) dos sujeitos envolvidos no conflito; aqueles que podem bloquear a comunicação e impedir o tratamento eficaz da temática. Por essa razão, nos “ADRs” temos a figura da interdisciplinaridade, em que em um mesmo conflito, diversos profissionais de diferentes áreas atuam conjuntamente para compreensão adequada da ocorrência conflituosa.

Apesar de ser um sistema inovador que pretende dar a solução adequada aos conflitos das partes, é de grande importância que, ao realizar a “sugestão” às partes quanto à adoção de mecanismos diferenciados, os operadores do direito tenham o cuidado para evitar não só situações de constrangimento e intimidação como também a indevida procrastinação do processo, em prejuízo de sua tão desejada celeridade.

Importante também o respeito ao princípio da autonomia das partes, dispostas tanto no Novo Código de Processo Civil como na Lei de Mediação, que podem ter dificuldades consideráveis para enxergar as possibilidades de êxito na tentativa consensual com o mesmo otimismo que os facilitadores do consenso.

Estimular os meios consensuais deve ser uma iniciativa cuidadosa e respeitosa, sob pena de dar a impressão errada de que tais mecanismos não passam de “pedras” no caminho de quem deseja resolver seu conflito por atenderem muito mais aos interesses dos gestores da justiça do que os dos envolvidos na disputa.

²⁰ MENKEL-MEADOW, Carrie. *Whose Dispute is it Anyway? A Philosophical and Democratic Defense of Settlement (in Some Cases)*. In: RISKIN, Leonard L.; WESTBROOK, James E. *Dispute Resolution and Lawyers*. 2 ed. Saint Paul: West Group, 2004, p.30

Assim, as partes devem ter acesso e conhecimento a variada gama de meios alternativos de composição de conflitos. Só munidos dos dados relevantes e pertinentes sobre seu viés é que os envolvidos em disputas poderão, cientes das várias possibilidades, optar com liberdade e legítima motivação por uma das formas de abordar controvérsias.

2.3. Evolução dos meios alternativos de resolução de conflitos

Há diversas expressões na teoria e na prática para designar as técnicas diferenciadas de tratamento do conflito como alternativa à solução judicial. Fala-se em *Alternative Dispute Resolution* (“ADRs”), Resolução Alternativa de Disputas (RAD) e em Meios Alternativos de Solução de Conflitos (MASCs).

Tudo teve início em 1976 na Conferência Pound realizada nos Estados Unidos da América. A Conferência Pound foi um encontro de teóricos e profissionais do direito para discutir a insatisfação com o sistema tradicional de distribuição estatal de justiça. Nessa oportunidade, o professor Frank Sander propugnou que as cortes americanas tivessem “várias portas”, algumas conduzindo ao processo e outras, a vias alternativas, o que chamou de “multi-doorcourthouse”, ressurgindo os *Alternative Dispute Resolution* (“ADRs”), o que veremos de forma aprofundada mais a frente.

Historicamente, a solução dos litígios esteve por muito mais tempo entregue aos particulares do que ao monopólio do Estado.

2.3.1. Recente evolução dos “ADRs” no Brasil

Os “ADRs” são meios que existem antes mesmo da estatização da solução de conflitos por meio do Poder Judiciário.²¹ Ocorre que, depois que o Estado chamou para si o monopólio da jurisdição, a mediação, a conciliação e a arbitragem (dentre outros “ADRs”) perderam espaço em nosso país.

²¹ LORENCINI, Marco Antonio Garcia Lopes. *A contribuição dos meios alternativos para a solução de controvérsias*. In: SALLES, Carlos Alberto (coord.) *As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: QuartierLatin, 2009, p. 601.

Apenas recentemente houve o ressurgimento de tais meios no Brasil, motivado principalmente pela impossibilidade de o Poder Judiciário resolver satisfatoriamente todos os litígios que a ele se apresentam.

Nessa esteira, o próprio Estado passou a incentivar a adoção de outros meios e procedimentos para a pacificação de conflitos, em um movimento de descentralização, que ocorre tanto dentro como fora da estrutura judicial.

Uma das medidas mais importantes tomadas pelo Poder Judiciário quanto ao incentivo aos meios adequados de solução de litígios foi, sem dúvida, a edição da Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 2010 que teve o condão de alçar à categoria de política nacional de justiça a utilização de meios adequados de solução de conflito. Referida resolução sofreu alterações em 2013, como o aumento do rol de princípios e garantias; a adequada formação e treinamento dos conciliadores e mediadores, bem como o acompanhamento estatístico.

A Resolução, de acordo com o Professor Kazuo Watanabe, tem o importante papel de uniformizar, nos Judiciários de todo país, o uso da mediação e da conciliação, e “além de criar um importante filtro da litigiosidade”, estimular, “em nível nacional o nascimento de uma nova cultura, não somente entre os profissionais do direito, como também entre os próprios jurisdicionados, de solução negociada e amigável de conflito.”²²

2.4. Adoção da técnica adequada à abordagem do conflito

Segundo Kazuo Watanabe, quando se trata de solução adequada de conflitos de interesses, “o preceito constitucional que assegura o acesso à Justiça traz implicitamente o princípio da adequação; não se assegura apenas o acesso à Justiça, mas se assegura o acesso para obter uma solução adequada aos conflitos, solução tempestiva, que esteja bem adequada ao tipo de conflito que está sendo levado ao Judiciário”.²³

²² WATANABE, Kazuo. *Política pública do poder judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses*. Revista de processo, v. 36, 2011, p. 385.

²³ WATANABE, Kazuo. *Modalidade de mediação*, cit., p.56.

As crises verificadas na sociedade não são todas idênticas e uniformes, não sendo possível que exista um único método apto a resolver tantos e tão diversos impasses que, antes de serem jurídicos, foram e continuam sendo sociais.

Deve-se considerar ainda que, muitas vezes (talvez na maioria delas), a multifacetada configuração da controvérsia – que tem aspectos sociológicos, psicológicos e de outras índoles – faz que a resposta puramente jurídica seja insuficiente para o tratamento completo e eficaz do conflito, razão pela qual se revela importante contar com elementos interdisciplinares.

A compreensão de determinados mecanismos psicológicos, por exemplo, pode se revelar crucial para a melhor abordagem da controvérsia e seu encaminhamento rumo à composição das partes. Estudos sobre negociação também serão muito úteis para o mediador ou conciliador, que em muitos cenários se defrontará com barreiras estratégicas e cognitivas à negociação.

Entende-se por barreiras estratégicas aquelas que incluem táticas familiares à barganha competitiva – como ocultar informações desvantajosas em relação a valores pleiteados, insistir em posições extremas e ser inflexível quanto a concessões importantes, tentando eventualmente distrair o oponente.

Já as barreiras cognitivas são os problemas irracionais que resultam na inaplicabilidade de entender corretamente ou pesar informações; como exemplo, a “aversão à derrota” resulta na tendência a valorizar mais as derrotas de perspectivas do que as eventuais vitórias a ponto de inibir negócios mutuamente vantajosos.

Por esses motivos é que se faz necessário ter um Plano de Mediação, estruturar uma estratégia para a composição do conflito. Para tanto faz-se necessário a mudança de mentalidade e a adequação da resposta ao tipo de conflito fomentado.

A adoção de técnicas diferenciadas de tratamento de conflitos exige uma substancial modificação da visão do operador do Direito, do jurisdicionado e do administrador da justiça.

A visão atual que se instalou entre nós é uma visão do processo do tipo acusatório (ou “de partes”), que, tendo evoluído ao longo do tempo, acabou por instaurar uma *cultura demandista*, sendo assim, a mudança de mentalidade deve abarcar nosso sentimento arraigado de que a atividade jurisdicional é a forma prioritária, para passarmos a vê-la como uma dentre as diversas opções existentes de solução de conflitos.

De acordo com Kazuo Watanabe: “a cultura da sentença instalou-se assustadoramente entre nós, preconizando um modelo de solução contenciosa e adjudicada dos conflitos de interesses. Há que se substituir, paulatinamente, a cultura da sentença pela cultura da pacificação.”²⁴

No mesmo caminho encontramos o doutrinador Rodolfo de Camargo Mancuso que sustenta que apenas com uma mudança de mentalidade se passará a considerar como boa demanda “aquela que preferivelmente, foi prevenida de algum modo; ou foi antes submetida às instâncias de mediação, à arbitragem ou aos órgãos parajurisdicionais; enfim, se judicializada, puderam as partes, não obstante, encerrá-la antecipadamente, mesmo em segundo grau, mediante conciliação bem conduzida e orientada por agente preparado para esse mister.”²⁵

A Organização das Nações Unidas (“ONU”) tem um papel importante na árdua tarefa de mudança de mentalidade da sociedade, prova disso foi a Resolução A/53/243 da Assembleia-Geral, realizada em 2000 que determinou o seguinte:²⁶

(...) valores, atitudes e comportamentos que reflitam e inspirem interação social e partilha baseada nos princípios de liberdade, justiça e democracia, todos os direitos humanos, tolerância e solidariedade; que rejeitem a violência e se esforcem para evitar conflitos, atacando suas causas para resolver os problemas através de diálogo e negociação; e que garantam o pleno exercício de todos os direitos e os meios para participar plenamente no processo de desenvolvimento de sua sociedade.

A abordagem antagonista do processo contencioso faz com que as partes sejam inimigas, como ganhadora e perdedora, como certa e errada.²⁷

Tal modelo não contribui para a sensação de justiça, especialmente no derrotado. Muitas vezes o processo enseja respostas combativas e acirradas que geram nas partes (e/ou em seus advogados) uma postura de luta que acaba por afastá-las dos verdadeiros objetivos de composição.

No modelo consensual, busca-se o “satisfeito-satisfeito”, de modo que os envolvidos sejam aptos a se compor e alcançar uma situação mais favorável em

²⁴ WATANABE, Kazuo. *Cultura da sentença e cultura da pacificação*, cit., p. 687.

²⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *O plano piloto de conciliação em segundo grau de jurisdição, do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, e sua possível aplicação aos feitos de interesse da Fazenda Pública*, cit., p. 35.

²⁶ Tal teor encontra-se na Resolução A/53/243 da Assembleia-Geral da ONU, realizada em 2000, na qual as Nações Unidas convocaram um movimento mundial pela cultura da paz. No Brasil, 15 milhões de pessoas assinaram aderindo ao conteúdo, que constava do “Movimento 2000”.

²⁷ SALES, Lilia Maria de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*, cit., p.65.

relação aos seus interesses, por intermédio de conversações e debates. É o que se verifica com a mediação, na qual o conflito é visto como uma forma de crescimento individual; com a oportunidade do diálogo e a autorreflexão das partes, ambas são vencedoras.

O administrador do impasse deve expandir seus horizontes, pensando não só em compor as partes em uma controvérsia específica, mas também em prevenir futuros conflitos pelo restabelecimento da comunicação eficiente entre as pessoas.

Nesse sentido, quem pretende atuar com os “ADRs” deve deixar a armadura de gladiador para o foro e utilizar a vestimenta de cavalheiro do século XXI para compor conflitos e transformar a sociedade.

2.5. A obtenção do consenso e a resistência pacífica dos meios alternativos de resolução de conflitos

Quando se fala em Meios Alternativos de Resolução de Conflitos, muitos pensam logo em uma alternativa aos altos custos do poder judiciário, ou as consequências de um litígio demorado, e até mesmo na incerteza da vitória, porém, nenhuma dessas situações – apesar de verídicas – não são as causas primordiais para se optar por um método alternativo ao método tradicional; o método alternativo irá adequar melhor o conflito à solução, dando condições as partes de transformar o conflito como um todo, sempre visando a autodeterminação das partes, como sujeitos de direitos e deveres.

Como já bem explicava Rodolph Von Ihering:²⁸

(...) seria, pois, erro psicológico se, para convencer a parte a sair do processo, apontássemos para as custas e as consequências decorrentes do litígio, com a incerteza da vitória, porque não é o mero interesse, mas o sentimento de justiça lesado que está em jogo.

Calmon de Passos abordou o tema de uma forma simples e direta:²⁹

(...) nosso único receio é que nossa “tara” por autoritarismo leve à irritação os magistrados que pretenderem conciliar a todo custo, como temos visto tanto. Não é o aproximar as partes o que importa para eles, mas sim acabar

²⁸ IHERING, Rudolph Von. *A luta pelo direito*, cit., p.46.

²⁹ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. V.3, p.452.

com o “abacaxi” do processo e findá-lo nos moldes em que a “equidade” do magistrado recomenda.

O que precisamos entender é que quando a autocomposição é imposta, há resultados perversos; é muito possível que as pessoas vitimadas pela má gestão do conflito precisem posteriormente executar a decisão (não cumprida espontaneamente), rever os termos da avença (que não atendeu aos seus interesses) ou até desfazer a transação (por falta e/ou vício de consentimento).

A conduta de promover acordos a qualquer custo é altamente criticável e gera uma “pseudo autocomposição”; sua ocorrência piora ainda mais o quadro de desalento e desconfiança quanto à eficiência do sistema de justiça.

Contudo, temos que ter consciência de que novas ideias frequentemente sofrem fortes resistências. Algumas delas simplesmente desaparecem antes mesmo de serem testadas. Outras, porém, nascem com um poder transformador tão necessário e bem-vindo que resistem contra tudo e contra todos. Talvez, seja este o caso da mediação de conflitos, que ainda se encontra incipiente entre nós, mas tem resistido a inúmeros desafios e continua presente, se tornando uma ferramenta cada vez mais indispensável quando o assunto é resolução de conflitos.

2.5.1. Barreiras para a adoção do modelo consensual

A adoção do modelo de justiça coexistencial, participativa e conciliatória coaduna-se com a solução harmônica e pacífica de controvérsias preconizada no preâmbulo de nossa Constituição Federal, devendo ser divulgada à população e institucionalizada por iniciativas concretas de mediação nas comunidades.

Já há diversas iniciativas exitosas de mediação comunitária, o que demonstra a total aceitação por parte da população no tocante à legitimidade de tais mecanismos.

Contudo, a implementação de tais meios consensuais ainda encontram barreiras, dentre elas, podemos destacar as seguintes:

- a) a falta de informação sobre a disponibilidade de meios consensuais para tratar a controvérsia;
- b) a formação acadêmica de operadores do Direito, que não contempla tal sistemática;

c) o receio da perda de poder e autoridade das instituições tradicionais de distribuição de justiça.

2.6. Acesso à justiça por meios “alternativos”: vantagens e desvantagens

A adoção de meios alternativos de composição de conflitos é uma tendência mundial que vem sendo estimulada não só em virtude dos problemas vivenciados pelos sistemas jurídicos e judiciários, mas também pela evolução da sociedade rumo a uma cultura participativa em que o cidadão é protagonista da busca da solução por meio do diálogo e do consenso.

O debate sobre as vantagens e as desvantagens dos meios de composição tem utilidade não para fomentar um posicionamento contrário ou a favor de sua utilização, mas sim para que possa apreciar como, quando e sob quais circunstâncias as pessoas podem resolver o conflito consensualmente ou precisam da interferência de um julgador juiz para tal mister.

2.6.1. Vantagens

Considera-se vantajosa a resolução consensual dos conflitos quando se busca a obtenção de resultados rápidos, mas que sejam confiáveis e econômicos.

As soluções são ainda ajustadas às mudanças tecnológicas em curso, o que amplia as opções ao cidadão, que teria oportunidades diversas de tratamento do conflito.

Por outro lado, poderemos aperfeiçoar o sistema de justiça estatal por força da redução do número de processos em curso, promovendo uma interação produtiva entre os indivíduos, compondo a controvérsia já instalada e prevenindo a verificação de outros impasses.

No mais, quando as pessoas concordam para a construção de uma saída, elas cumprem espontaneamente os ajustes entabulados, sendo desnecessário promover iniciativas adicionais para fazer jus ao combinado.

Por fim, quando falamos de um conflito decorrente entre partes que já mantem um relacionamento e há intenção de manter o relacionamento em uma perspectiva de futuro, os resultados são, sem dúvida, melhores quando os próprios

envolvidos protagonizam sua solução do que quando um terceiro impõe uma decisão.

2.6.2. Desvantagens

Contudo, os meios consensuais não podem ser aplicados a todo e qualquer conflito. Deve-se analisar o perfil das partes, perfil do conflito e a pré-disposição das partes em querer resolver o conflito de forma pacífica.

Do contrário, se impusermos o meio consensual a todo e qualquer conflito acabaremos por desqualificar os “ADRs”, fazendo com que a sociedade não os olhe como uma nova possibilidade, mas sim como um novo entrave, como um novo obstáculo a ser superado para a obtenção da sentença adjudicada.

Outra crítica frequente refere-se a exclusão de certos cidadãos e relegação ao contexto de uma “justiça de segunda classe”, tendo em mente nossa arraigada cultura litigiosa.

Também há quem fale em enfraquecimento do Direito e das leis, contudo, podemos pensar que com a disseminação da cultura da pacificação ficará mais claro para a sociedade seus direitos e deveres, bem como as diversas possibilidades de ser conseguir o que se pretende, rumo a um empoderamento social.

2.7. O papel do advogado

A adequada abordagem empregada pelo operador ao se defrontar com o conflito é analisar, considerando diversos aspectos da controvérsia, qual modalidade de abordagem se revela mais interessante. O advogado, quando procurado desde o início da controvérsia por uma ou por ambas as partes, figura como o primeiro apreciador técnico do conflito, sendo essencial sua orientação para o encaminhamento dos interessados a mecanismos produtivos.

Ao operador do Direito incumbe avaliar as possibilidades inerentes às vias consensual e litigiosa, informando as partes sobre as alternativas previsíveis e as ferramentas disponíveis. O advogado deve funcionar como um eficiente agente da realidade.

Lembremo-nos sempre que constitui dever do advogado, nos termos do art. 2º, § único, VI, do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil,

“estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios”.³⁰

Essa diretriz tem sido adotada em diversos países. Relata Neil Andrews, ao abordar o panorama inglês, que a *Law Society* da Inglaterra e do País de Gales lançou, em 2005, uma “orientação de práticas” recomendando que advogados considerassem, de forma rotineira, se os conflitos de seus clientes seriam adequados para os meios alternativos de solução de conflitos.³¹

Para otimizar a eficiência dos mecanismos autocompositivos, a participação do advogado pode ser valiosa; o fomento à adoção do meio consensual pelo cliente e a presença na sessão propiciará aos envolvidos contar com um profissional habilitado a orientar, sanar dúvidas, conferir a viabilidade de pactos e alertar quanto a elementos úteis à sua exequibilidade.

A mediação propicia a abertura de uma nova frente de trabalho para os advogados, que passam a contar com mais uma ferramenta para atender seus clientes.

O advogado deve preparar seu cliente para as sessões consensuais, sendo recomendável que eles se reúnam para cogitar sobre possibilidades de encaminhamento e identificação de pontos interessantes a serem abordados.

A atuação do advogado como assessor técnico pode ser ampla, merecendo ser valorizada proporcionalmente ao ganho de tempo e de vantagens para o cliente; isso repercute não só em valores com credibilidade e fidelização, mas também em ganhos materiais que podem ser percebidos celeremente pelo profissional.

A conscientização promovida pelos meios consensuais favorece a inclusão social, a empatia e a razoabilidade no enfrentamento das controvérsias, “oxigenando” a abordagem das controvérsias com novas pautas e ideias em prol de melhores resultados.

2.7.1. Os advogados e seus clientes

A cultura ocidental tem uma longa tradição de converter os conflitos em litígios e abordá-los via uma posição de enfrentamento, que se resolve por meio da

³⁰ Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil.

³¹ ANDREWS, Neil. *O Moderno Processo Civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. São Paulo: RT, 2010, p.242.

tentativa de cada parte de demonstrar ao juiz ou terceiro, que seus direitos e razões são mais convincentes.

Aprendemos isso na família, escola, profissão e vida de uma forma geral. Nessa seara apresentam-se os “super-heróis” que são cidadãos que podem vir em nossa ajuda para nos salvar dos “inimigos”; Nesse contexto, os advogados geralmente são idealizados na figura do “super-herói”.

Essa mentalidade social gera uma dependência e tem como consequência a imposição ao advogado, com seu “saber autorizado”, da tarefa de nos dizer o que é melhor para nós.

Contudo, as respostas advindas dos advogados – aqui também podemos colocar os juízes, árbitros e todos os participantes da lide – estarão construídas a partir de um saber condicionado fundamentalmente por um conceito pessoal e ideológico (pensamento hegemônico) que varia por regiões, épocas, escolas, princípios e etc.

Quando o caminho escolhido para trabalhar o conflito não é o julgamento, e sim a mediação, influenciados pela cultura descrita, corremos o perigo de que, acostumados a implementar esse esquema, advogado e cliente pretendam utilizar o mesmo procedimento, o que certamente inviabilizará a composição do conflito.

O advogado deve ter o cuidado especial na explicação de sua atuação ao cliente, esclarecendo que seu papel na mediação é bem diferente daquele usualmente conhecido em um processo judicial, porque a postura adversarial não é adequada à situação, devendo o advogado se portar em consonância com o espírito cooperativo que caracterizam os mecanismos autocompositivos.

Capítulo 3 – Princípios da mediação e dos ADRs

3.1. Princípios da autonomia da vontade

O princípio fundamental da mediação é o da autonomia da vontade.

A autonomia da vontade confere às partes a faculdade de se socorrerem de meios alternativos para solução da controvérsia, versando sobre direito patrimonial disponível.

Por esse princípio, as partes podem praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos.

Tal liberdade sofre algumas limitações. Entre elas: os preceitos de ordem pública e bons costumes e as imposições legais.

3.2. Princípio da não adversariedade

Diferentemente do que ocorre nas demandas judiciais, não há, na mediação, o espírito de ganhador *versus* perdedor.

As partes trabalham juntas para não somente conter o crescimento do número de questões em disputa como também para encontrar uma solução consensual para o conflito.

Na mediação, buscamos resolver o impasse sem competição.

3.3. Princípio da presença do terceiro interventor

A participação do mediador, terceiro desinteressado, por meio de técnicas específicas assiste à negociação entre as partes conflitantes para facilitar a comunicação e permitir que as partes cheguem a um acordo.

3.4. Princípio da neutralidade e da imparcialidade

A neutralidade e a imparcialidade são fundamentais na mediação, uma vez que são as próprias partes que chegam a um denominador comum. O papel do mediador é apenas ajuda-las a trilhar o caminho.

A imparcialidade pode ser entendida como ausência de favoritismo, preferência ou preconceito com relação a uma das partes.

A imparcialidade também corresponde a ações ou aparências que possam interferir no desenvolvimento de suas atividades e na condução do processo.

O mediador deve ser neutro.

3.4.1. Abstenções

Se, por algum motivo, o mediador achar que sua atitude está sendo parcial, deve-se retirar do processo para evitar qualquer prejuízo a uma ou ambas as partes.

O mediador também não pode dar ou receber nenhum presente das partes.

O mediador deve abster-se de pedir favor, empréstimo, ou qualquer outro item ou valor de uma ou ambas as partes, do advogado ou de qualquer outra pessoa envolvida no processo de mediação.

A responsabilidade do andamento do processo e do resultado é, exclusivamente, das partes, uma vez que o mediador tem o papel apenas de mediar.

O poder de decisão, inclusive sobre o procedimento das sessões, deve ser exclusivo das partes.

3.4.2. Livre e espontânea vontade

A coerção ou influência total ou parcial de uma das partes pelo mediador é inadmissível.

A parte deve tomar suas decisões por livre e espontânea vontade.

Para isso, o mediador deve informar todos os fatos materiais ou as circunstâncias no curso da condução do processo.

A própria posição da cadeira do mediador e a distância entre eles e as partes servem como indicativo de sua postura neutra.

3.5. Releitura da garantia de inafastabilidade da tutela jurisdicional

Para Carlos Alberto de Salles, ao mencionar a garantia da inafastabilidade jurisdicional diz “ser necessário dar-lhe a amplitude adequada e consentânea

àqueles mecanismos que, longe de limitá-la e excluí-la, servem como medidas para sua complementação, permitindo soluções mais rápidas e adequadas.”³²

O momento atual demonstra a necessidade de repensar a administração da justiça, resgatando antigos elementos, aprimorando o modelo já existente e propondo novas modalidades de respostas para tratar de forma eficaz os conflitos que se multiplicam diuturnamente.

Analisar a temática implica repensar o papel do Estado e suas funções no âmbito das relações sociais. Deve, então, ser formulada e enfrentada a seguinte questão: a administração da justiça precisa ser estatal? Sendo a resposta (total ou parcialmente) negativa, quando e onde poderá deixar de sê-lo? Qual o custo-benefício para o Estado de assumir a administração da justiça com exclusividade?

Como bem pondera Roberto Bacellar, a inafastabilidade do Poder Judiciário constitui garantia fundamental que não se confunde com o monopólio da atividade jurisdicional: este não pressupõe que todas as questões devam necessariamente ser decididas por Juiz de Direito; em realidade, “o processo perante o Poder Judiciário só deve aparecer na impossibilidade de autossuperação do conflito pelos interessados, que deverão ter à disposição um modelo consensual que propicie a resolução pacífica e não adversarial da lide”.³³

Entender o acesso à justiça com sinônimo de acesso à jurisdição é uma posição que precisa ser revista. Considerar o Poder Judiciário a prioritária opção para a composição de conflitos traduz uma visão exacerbada de garantia de acesso ao Poder Judiciário que em nada contribui para a efetiva distribuição de justiça em um regime democrático, pluralista e participativo.

Nesse sentido, pondera Rodolfo de Camargo Mancuso que:³⁴

A garantia de acesso à Justiça, em sua conotação substancial, não sinaliza no sentido de que o Poder Judiciário deva ser a primeira porta a que, direta e imediatamente, os contendores devam ter acesso, mas, ao contrário, quer assegurar uma sorte de garantia residual, para casos de urgência, ou quando falhem ou não sejam idôneos os demais meios de resolução de conflito (homo ou heterocomposição), assim os acordos, a renúncia de

³² SALLES, Carlos Alberto de. *Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à justiça*, cit., p.784.

³³ BACELLAR, Roberto Portugal. *A mediação no contexto dos modelos consensuais de resolução de conflitos*. Disponível em: <http://www.tj.ro.gov.br/emeron/revistas/revista8/08.htm>. Acesso em: 30 ago. 2016.

³⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *O plano piloto de conciliação em segundo grau de jurisdição, do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, e sua possível aplicação aos feitos de interesse da Fazenda Pública*, cit., p.14.

direitos, a intervenção dos órgãos colegiados como os de arbitragem, enfim, tudo o que hoje vai se chamando de equivalentes jurisdicionais.

Carlos Alberto de Salles aponta para a necessidade de recolocar a inafastabilidade a partir de uma nova consideração teórica, bem como que esta tenha a aptidão de responder à tendência atual de utilização dos mecanismos alternativos de composição de controvérsias. Como precisamente expõe, isso se revela importante para possibilitar a assimilação, pelo sistema, de novos instrumentos de resolução de controvérsias. Tal postura não visa enfraquecer a garantia do direito de ação, mas sim “apontar caminhos para o seu correto entendimento em face dos desafios colocados por uma realidade de constante transformação da atividade jurisdicional do Estado brasileiro”.³⁵

Vale destacar que não há pretensão de substituir a via judiciária por outras instâncias de composição de conflitos; busca-se, em realidade, disponibilizar mais mecanismos e permitir a adoção de vias adequadas ao tratamento das controvérsias em relação de complementaridade com o mecanismo jurisdicional clássico.

³⁵ SALLES, Carlos Alberto de. *Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à justiça*, cit., p. 780.

Capítulo 4 - Legislação

4.1. Movimentos legislativos

Quando falamos em “ADRs” no Brasil, devemos dividir o estudo em três marcos legislativos, o advento da Resolução nº 125 do CNJ, em 2010; o novo Código de Processo Civil, em 2015; e a promulgação da Lei de Mediação, também em 2015.

Antes de 2010 não tínhamos um panorama claro sobre a mediação, e os textos legais não regulavam sobre a pertinência e o *modus operandi* da mediação no Brasil.

Nessa época a mediação se desenvolvia basicamente por programas de acesso à justiça desenvolvidos por tribunais (que promoviam a mediação judicial), por entidades não governamentais (realizadoras de mediação comunitária), por câmaras de mediação e arbitragem (prestadoras de serviços privados de mediação), ou por mediadores privados independentes (profissionais prestadores de serviços atuantes em áreas diversas como família, cível e empresarial).

Por outro lado, a falta de normatização não impediu que os práticos e os teóricos da mediação desenvolvessem cartas de princípios orientadores e de deveres do mediador (incluindo diretrizes ligadas à confidencialidade e à imparcialidade, entre outras), havendo inúmeros exemplos de mediação privada em que essas “normas não escritas” eram seguidas à risca.

A concretização centralizada dessa tendência de reger a autocomposição judicial despontou no advento da Resolução nº 125 do CNJ; tal ato normativo passou a reconhecer que a política de tratamento adequado de conflitos é uma pauta pública, devotando maior atenção à conciliação e à mediação.

Segundo Cesar Peluso, a elaboração de tal ato normativo teve dois objetivos básicos:³⁶

³⁶ PELUSO, Cezar. *Mediação e conciliação*. Revista de Arbitragem e Mediação, ano 8, v. 30, p.16, jul-set. 2011.

Firmar, entre os profissionais do Direito, o entendimento de que, para os agentes sociais, é mais importante prevenir e chegar a uma solução rápida para os litígios do que ter que recorrer, sempre, a um Judiciário cada vez mais sobrecarregado, ou de perpetuar nele, de certo modo, reflexos processuais de desavenças que tendem a multiplicar-se, senão a frustrar expectativas legítimas; e oferecer instrumentos de apoio aos tribunais para a instalação de núcleos de conciliação e mediação, que certamente terão forte impacto sobre a quantidade excessiva de processos apresentados àquelas cortes.

Destaca-se ainda na Resolução a proposta de nivelar as práticas ligadas à autocomposição e obrigar o Poder Judiciário a ofertar meios consensuais aos jurisdicionados.

Havia também algumas leis esparsas, como no caso do Mato Grosso do Sul, tínhamos a Lei nº 2.348/2001 que instituiu a justiça comunitária no Poder Judiciário com vistas a propiciar mais informações ao jurisdicionado e “intermediar os conflitos sociais junto à própria comunidade”. A lei criou a figura do “agente comunitário de justiça”, que deveria desempenhar funções ligadas à mediação e à informação, segundo registros, houve um elevado número de mediações consideradas exitosas nos seus primeiros anos de funcionamento.

Em 2014, porém houve um incremento na exploração do tema sob o argumento de que, como a crise da justiça demandava elementos aptos a “desafogar” o Poder Judiciário e prover a celeridade, a mediação figurava como um instrumento útil ao atendimento de tal desiderato.

Em 2015 o cenário normativo finalmente mudou: com o advento no novo Código de Processo Civil a mediação passou a ser reconhecida expressamente no cenário jurídico, que passou a se referir à mediação em diversas passagens, somando 39 ocorrências esparsas ao longo da legislação.

Como se não bastasse, poucos meses depois finalmente foi promulgada a Lei de Mediação. (Lei nº 13.140, de 26/06/15)

A iniciativa legislativa pioneira de contemplar um marco legal para a mediação foi engendrada no fim da década de 1990. O projeto de Lei nº 4.827/1998 adotou o modelo europeu da mediação com foco na visão de transformação do conflito: com uma proposta simples e descrita em apenas sete artigos, ele buscava o reconhecimento do conceito legal de mediação para que esta passasse a ser adotada ou recomendada pelo Poder Judiciário.

A proposta não era regulamentar o procedimento com minúcias, mas sim contemplar as diretrizes mais importantes da mediação, como a facultatividade de sua adoção e a flexibilidade de suas formas.

Posteriormente veio a lume um segundo projeto de lei: capitaneado principalmente pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual e pela Associação dos Magistrados Brasileiros, ele detalhou vários pontos da mediação ao institucionalizá-la e aproximá-la das diretrizes da conciliação, com clara inspiração no modelo argentino.

Por ocasião de uma audiência pública realizada em 2002, promoveu-se a reunião dos dois projetos de lei e passou a tramitar no Congresso Nacional uma versão consensuada. O projeto, ao trazer regras mais detalhadas, buscava formar diretrizes para a mediação (sobretudo judicial).

Em 2013, após algumas tentativas frustradas, o tema voltou a ser destaque no Senado Federal e foram criadas duas comissões para apresentar o projeto de lei: uma Comissão do Senado para mudar a Lei de Arbitragem, abordando também a mediação privada, e uma Comissão do Ministério da Justiça para tratar da mediação nos âmbitos judicial e privado estabelecendo um “marco regulatório”.

Tais projetos acabaram somados ao anterior e redundaram no Projeto nº 7.169/2014, para dispor sobre “a mediação entre particulares como o meio alternativo de solução de controvérsias e sobre a composição de conflitos no âmbito da Administração Pública”.

Esse projeto foi objeto de alguns debates e alterações até redundar na Lei nº 13.140, promulgada em 26/06/2015, chamada Lei de Mediação.

4.2. Lei de mediação (Lei nº 13.140/2015)

A Lei, que conta com 48 artigos, é dividida em três capítulos.

O primeiro capítulo trata da mediação, prevendo disposições gerais e regras sobre os mediadores (divididas em seções sobre disposições comuns, mediadores extrajudiciais e mediadores judiciais). Há também previsões sobre o procedimento de mediação distribuídas em seções sobre Disposições Comuns, Mediação Extrajudicial, Mediação Judicial, Confidencialidade e suas Exceções.

O segundo capítulo versa sobre a autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de Direito Público, trazendo disposições comuns e regras

sobre os conflitos envolvendo a Administração Pública federal direta, suas autarquias e fundações.

O terceiro capítulo contempla as disposições finais entre os artigos 41 e 48.

4.3. Mediação no novo código de processo civil

Durante a criação no novo Código de Processo Civil, a menção aos meios consensuais se deu de forma recorrente durante os debates legislativos. Como bem destacam Leonardo Cunha e João Lessa, havia no projeto “uma valorização do consenso e uma preocupação em criar no âmbito do Judiciário um espaço não apenas de julgamento, mas de resolução de conflitos”, elemento apto a “um redimensionamento e democratização do próprio papel do Poder Judiciário e do modelo de prestação jurisdicional pretendido”.³⁷

Para Maria Celina Bodin de Moraes: “O distanciamento do julgador e o formalismo típico das audiências judiciais, nas quais as partes apenas assistem ao desenrolar dos acontecimentos, falando apenas quando diretamente questionadas em um interrogatório com o objetivo de obter sua confissão, são substituídos pelo debate franco e aberto, com uma figura que pretende facilitar o diálogo: o mediador ou o conciliador.”.³⁸

No mais, a localização dos dispositivos no novo Código de Processo Civil é variada, o que revela a apropriada percepção de que a mediação tem potencial para lidar com controvérsias não apenas no começo da abordagem do conflito, mas em qualquer momento.

A incitação à adoção de meios consensuais foi explicitada como diretriz essencial do Código. A iniciativa se justifica porque, sendo o Poder Judiciário a arena preferencialmente buscada para dirimir conflitos sob o prisma contencioso, é importante a explicitação sobre a possibilidade de encontrar saídas proveitosas para os envolvidos com a adoção de mecanismos consensuais.

³⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. *O princípio da dignidade humana*, cit., p.5; CUNHA, Leonardo Carneiro da; AZEVEDO NETO, João Luiz Lessa de. *A mediação e a conciliação no projeto do Novo CPC: meios integrados de resolução de disputas*.

³⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. *O princípio da dignidade humana*, cit., p.5; CUNHA, Leonardo Carneiro da; AZEVEDO NETO, João Luiz Lessa de. *A mediação e a conciliação no projeto do Novo CPC: meios integrados de resolução de disputas*.

4.3.1. Interação entre o novo código de processo civil e a lei de mediação

Embora haja dispositivos semelhantes, há também diferenças marcantes entre as codificações.

O novo Código de Processo Civil traz regras sobre a mediação judicial, já a Lei de Mediação prevê regras sobre a mediação nos âmbitos judicial e extrajudicial.

Estamos diante, portanto, de uma antinomia, situação de incompatibilidade entre leis válidas e emanadas por autoridades competentes.

Contudo, trata-se de um conflito aparente: enquanto as antinomias reais conduzem a uma situação sem saída, nos conflitos aparentes é possível, a partir da adequada interpretação e utilização de critérios apropriados, distinguir qual previsão tem precedência sobre a outra. Via de regra, os critérios invocados para a solução das antinomias entre normas costumam ser de três ordens: cronológico, hierárquico e de especialidade.

Pode-se concluir, portanto, que o novo Código de Processo Civil deve ter reconhecida sua aplicação supletiva no que tange às regras de mediação judicial.

Contudo, por força do diálogo das fontes é viável reconhecer a possibilidade de subsunção concomitante do novo Código de Processo Civil e da Lei de Mediação; afinal, os dois sistemas normativos dispõem de princípios comuns tendo como pilares a autonomia da vontade, a imparcialidade, a confidencialidade, a oralidade e a informalidade.

Em casos de dúvida quanto à aplicação de normas de um ou outro instrumento normativo, o intérprete deverá conduzir sua conclusão rumo à resposta que mais se coadune com os princípios dos meios alternativos de resolução de conflitos.

Capítulo 5 – Âmbito internacional

5.1. Panorama internacional do Brasil

O Brasil é signatário de atos internacionais que preveem a adoção de mediação e conciliação em disputas sobre certas matérias, como por exemplo, a existência de atos bilaterais prevendo a tentativa de conciliação entre:

- a) Brasil e França, em casos sobre propriedade intelectual;
- b) Brasil e Peru, em disputas comerciais;
- c) Brasil e Guiné-Bissau, no contexto de intercâmbio comercial;
- d) Brasil e Cabo Verde em relação a acordos de comércio.

Além disso, temos convenções com Itália, Suíça e Libéria para submeter à conciliação conflitos porventura verificados.

No âmbito da ONU – Uncitral (*United Nations Commission on International Trade Law*) foi aprovado o modelo de mediação comercial internacional pela Assembléia Geral de 2002; o Brasil estava presente e aprovou tal modelo. Não há como afirmar, porém, que o país seja seu “signatário” porque tais normas não são vinculantes, retratando apenas tentativas de uniformização das normas.

5.2. Mediação na Argentina

Na Argentina os debates sobre mediação foram iniciados nos anos 90, com uma Resolução do Ministério da Justiça instalando a comissão que apresentou o projeto Nacional de Mediação, implementando programas em vários poderes e setores, como o Poder Judiciário, escolas e demais seguimentos sociais, inclusive fazendo incluir a matéria de mediação nos currículos das Faculdades de Direito. Referida comissão também tinha como finalidade a elaboração do primeiro projeto de lei sobre mediação naquele país.

Após vários investimentos para a preparação de mediadores capacitados, o Ministério da Justiça Argentino criou o corpo de mediadores e determinou a realização de uma experiência piloto de mediação junto aos juízes da área cível.

Com os bons resultados, o Poder Executivo encaminhou ao Congresso Nacional o projeto de Lei de Mediação que entrou em vigor em 1996.

A citada lei estabeleceu a obrigatoriedade da mediação prévia, antecedendo o processo judicial. Essa obrigação na prática tem se tornado apenas uma etapa burocrática. Isso ocorre porque os latinos tendem a resolver seus problemas através do litígio. É uma tradição enraizada na cultura do povo latino. Por esse motivo, continuam os tribunais argentinos cada vez mais abarrotados de demandas.

5.3. Mediação nos Estados Unidos da América

Os responsáveis por levar a cultura da mediação para muitos Estados Americanos foram os imigrantes, principalmente, nos locais onde não tinham sido instalados os sistemas judiciários. Já no final do século XIX a mediação foi reconhecida como forma de solução de conflitos na área trabalhista, desenvolvida pelo *Erdman Act*, de 1898. No ano de 1926 foi fundada a *American Arbitration Association* para incentivar a arbitragem e outras técnicas de solução pacífica.

Em 1976, Frank Sander, professor de Harvard, iniciou uma grande revolução no campo de resolução de disputas com seu famoso discurso: “Variedades de Processos de Resolução de Disputas” na Conferência Roscoe Pound sobre as Causas da Insatisfação Popular com a Administração da Justiça. Ele trouxe a visionária ideia, de que os tribunais estatais não poderiam ter apenas uma “porta” de recepção de demandas relacionada ao litígio, mas sim que poderiam direcionar casos para vários outros meios de resolução de disputas entre os quais a mediação, a conciliação e a arbitragem; esse evento é visto por muitos como o “*Big Bang*” da teoria e prática moderna da resolução de disputas.

Em 1980, foi aprovado pelo Congresso norte-americano um programa nacional para solução das demandas, passando a influenciar a institucionalização da mediação por todos os Estados.

5.3.1. Sistemas mistos

No Brasil são considerados como principais meios de resolução de conflitos a mediação, conciliação e arbitragem. Contudo, nos Estados Unidos diversos outros meios já estão sendo utilizados, são os chamados sistemas mistos.

Entre eles, temos:

- a) Ombudsman: instituição com a tarefa de pesquisar queixas e prevenir disputas, facilitando sua resolução interna corporis;
- b) Med-Arb: o enfrentamento do conflito começa com uma mediação; caso as partes não alcancem um acordo, parte-se para a arbitragem; há também a variação arb-med, em que a sequência muda. Em ambos a proposta é que os meios sejam usados de maneira sucessiva e conduzidos por terceiros neutros; cada um deve exercer sua função, “mantendo-se a independência e autonomia principiológica e procedimental de cada método.”;
- c) Fact Finding: constitui o meio pelo qual um terceiro imparcial é escolhido para identificar fatos relevantes para a causa: sua atuação pode contribuir para avanços na negociação, na mediação ou na solução judicial;
- d) Minitrial: utilizado geralmente para resolver disputas que podem ser objeto de litigância demorada, visa à obtenção de uma solução mutuamente satisfatória; por ser talhado às necessidades dos participantes, podem agregar diversas técnicas. As partes, por seus advogados, apresentam suas teses a um consultor neutro, geralmente um advogado com experiência em relevantes áreas jurídicas, que dará sua opinião sobre o que ocorreria se o caso estivesse no tribunal; a partir de então as partes voltam a negociar um acordo, com ou sem a presença do consultor neutro.
- e) Summary Jury Trial: os advogados testam suas teses antes de levar o caso ao tribunal. Os advogados realizam breves apresentações de seus casos a um júri que não tem autoridade para resolver o conflito, mas cujos membros apresentam as mesmas características dos reais jurados. Seu veredicto não vincula as partes, mas auxilia a mais bem compreender seus casos e talvez encoraje a realização de um acordo.
- f) Baseball Arbitration: as partes negociam e submetem duas possíveis soluções a um árbitro, que deve optar por uma delas.
- g) Early Neutral Evaluation: objetiva reduzir os custos e a demora do processamento da demanda, possibilitando que as partes confrontem as forças e as fraquezas de suas teses em um estágio inicial; para tanto, contam com a assistência de um conhecedor prático e neutro para identificar pontos em que elas concordam ou discordam, fornecendo uma análise da tese de

cada lado. Ele pode ainda predizer o possível resultado caso a demanda vá a júízo, bem como oferecer auxílio às partes em um processo de negociação.³⁹

5.4. Mediação na Europa

5.4.1. Mediação na França

No território francês muitos meios que objetivavam a solução de conflitos foram adotados a partir dos anos 70. A mediação se desenvolveu na França, inaugurando um modelo europeu, mas só foi institucionalizada em 1973, com a criação do Mediador da República, o qual intervia nos conflitos que envolviam os entes públicos.

Em 1995 a conciliação e a mediação judiciária foram definidas como atividades de soluções consensuais no sistema jurisdicional.

5.4.2. Mediação na Romênia

Em julho de 2013, de acordo com a evolução legislativa sobre mediação na Romênia, o requerente passou a ser obrigado a provar que, antes de ir ao tribunal, havia participado de uma sessão informativa sobre as vantagens da mediação com um mediador. A exigência foi aplicada a diversas áreas do Direito, como família, comercial, civil e, de forma limitada, a casos criminais. A comprovação do comparecimento a essa sessão devia se dar por meio de um certificado emitido pelo mediador que realizou a sessão informativa. De acordo com a lei, tais sessões deveriam ser gratuitas.

Segundo narram, essa evolução criou um impulso de otimismo na comunidade mediadora romena. Na época, pouco mais de 4 mil mediadores eram autorizados pelo Conselho de Mediação Romeno a prestar serviços de mediação no país. A comunidade estava prestes a dobrar de tamanho, chegando a quase 10 mil mediadores em junho de 2014.

Outro ato legislativo, com efeitos a partir de agosto de 2013, criou a sanção de inadmissibilidade do caso se o requerente não conseguisse participar da sessão

³⁹ *An Introduction to the Alternative Process for Preventing and Resolving Disputes*. In: RISKIN, Leonard L.; WESTBROOK, James E. *Dispute Resolution and Lawyers*, cit., p.4.

informativa sobre os benefícios de mediação. Como resultado, muitos mediadores começaram a ter casos; os advogados e seus clientes começaram a usar mediadores e o sistema judiciário estava apoiando essa nova forma de filtragem de processos. Os mediadores romenos começaram a se tornar uma presença diária na vida das pessoas; as estimativas mostravam que, de mais de 3 milhões de ações na Romênia, as partes chegaram a considerar a mediação para resolver seus casos em 1,5 milhões delas todo ano.

Contudo, a moeda tinha outro lado e o processo tinha riscos associados à sua realização.

Foi o aconteceu a partir de agosto de 2013: além de alguns casos em que funcionou muito bem, o processo de sessões informativas obrigatórias sobre os benefícios de mediação tornou-se formal e criou verdadeiras barreiras na maioria dos casos. Por ser obrigatório, passou-se a focar não na necessidade de tomar decisões informadas sobre o uso da mediação, mas simplesmente na finalidade de obter o certificado do mediador que permitia que as pessoas acessassem o tribunal.

Muitas reclamações surgiram ao longo do caminho sobre a eficácia do sistema, sobre mediadores que visavam unicamente vantagens financeiras em troca de certificados, sobre advogados que eram também mediadores e agiam como tal para seus próprios clientes e seus adversários, sobre partes que censurariam o juiz por ele ter dito que seria gratuito (mas não era), sobre os juízes começarem a ignorar todo o sistema, e assim por diante. Exceto quanto aos mediadores, todos os outros começaram a se unir em torno de uma preocupação: como contornar o sistema da maneira mais eficaz.

As pessoas então começaram a confundir a mediação com as atividades relacionadas à fase preliminar de sessões informativas. Pior ainda, como tiveram de passar por essa fase, independente das informações recebidas dos mediadores, elas começaram a se desconectar cada vez mais de sua autodeterminação.

Nesse novo cenário que se apresentava, afim de afastar o monopólio do mediador, uma nova lei instituiu que a mediação também podia ser realizada por juízes, procuradores, assessores jurídicos, advogados e notários, casos em que a ocorrência podia ser atestada por escrito. Isso levou um novo complexo debate, exceto a discussão fundamental de estimular as pessoas a escolher livremente serviços de mediação de acesso por seus próprias e pessoais razões.

Houve então um basta com a decisão da corte constitucional romena. Embora cheia de virtudes, a mediação havia se tornado uma barreira de tempo, dinheiro e outros recursos na tentativa das pessoas de acessar os tribunais. Uma petição foi direcionada para o Tribunal Constitucional romeno; de acordo com a Decisão nº 266 de 7/5/14, tanto a obrigação do requerente de assistir à sessão informativa sobre os benefícios de mediação como a sanção para o caso de inadmissão não são constitucionais.

Contudo, tal decisão refletiu na sociedade como se a mediação não fosse constitucional.

Como se percebe, lidar com a obrigatoriedade é não só delicado como também perigoso, sendo essencial haver cautela para evitar repetir experiências como a romena.⁴⁰

5.4.3. Experiência de mediação on-line na Europa

A mediação *on-line*, ou em linha, aparece como uma solução eficaz para a aplicação de uma justiça mais célere e pacífica na resolução dos conflitos desta natureza no mundo globalizado, mas não surge apenas como ferramenta e, sim, como meio que se coaduna com os princípios de liberdade e necessidade de celeridade e diminuição de distâncias neste crescimento das novas sociedades de rede e do próprio ambiente virtual no mundo sem fronteiras.

No continente europeu, em 2012, a autoridade responsável pela Proteção de dados sobre as propostas legislativas relativas à resolução alternativa e em linha de litígios de consumo apresentou parecer que foi publicado no Jornal Oficial da União Europeia.

Também em 2012, a Uncitral realizou sessão com o título: *Solução de controvérsias por via informática*.

A referida discussão pela Comissão das Nações Unidas, bem como o parecer da Autoridade Europeia, mostram claramente a tendência para os próximos anos dos meios virtuais utilizados como solução pacífica dos conflitos, proporcionando, em diversos seguimentos e culturas, uma conexão para o relacionamento comercial na União Europeia.

⁴⁰ TARTUCE, Fernanda. Mediação nos Conflitos Cíveis. São Paulo: Ed. Método, 2015.

5.5. Mediação na Ásia

Na China, a mediação decorria diretamente da visão de Confúcio sobre a harmonia natural e a solução de problemas pela moral em vez da coerção; a abordagem conciliatória do conflito persistiu ao longo dos séculos e se enraizou em uma cultura em que a abordagem ganha-perde não era aceitável.

No Japão ainda se preocupa com a manutenção do relacionamento, sendo normalmente considerado um estilo conciliatório. Em uma negociação muito tempo é gasto construindo-se a relação, iniciativa sem a qual um acordo não é atingido.

A resolução informal e consensual de conflitos pode ser encontrada em diversos outros povos em que o elemento comum a todas é o primado da paz e da harmonia em detrimento do conflito, da litigância e da vitória.

CONCLUSÃO

Não se pretende utilizar a mediação ou os demais meios alternativos de resolução de conflitos como uma substituição ao Poder Judiciário. O que se espera que é com os meios alternativos possamos criar soluções criativas e adequadas aos conflitos sociais que, por suas características, não se resolvem satisfatoriamente com a decisão adjudicada.

Os meios alternativos seriam uma complementação da atividade de justiça com o fornecimento de mais uma ferramenta de trabalho aos advogados e operadores do direito.

Possivelmente a mediação e os demais meios alternativos poderão contribuir para a redução do número de demandas em curso no Poder Judiciário, mas sua maior contribuição será disponibilizar ferramentas hábeis a ensejar nos indivíduos elementos que fomente sua dignidade, assumindo a responsabilidade pessoal pelo seu destino.

Devemos criar uma nova visão da prestação jurisdicional, prevenindo a ocorrência de futuros conflitos mediante uma abordagem mais focada nos reais interesses do que nas posições assumidas.

Devemos seguir em frente, tendo sempre em mente a frase de Abraham Lincoln:

“Discourage litigation. Persuade your neighbors to compromise whenever you can. Point out to them the nominal winner if often a real loser – in fees, expenses, and waste of time. As a Peacemaker the lawyer has a superior opportunity of being a good man. There will still be business enough.”

BIBLIOGRAFIA

AMARAL SANTOS, Moacyr. Primeiras linhas de Direito processual civil, vol. 1. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.26.

ANDREWS, Neil. O Moderno Processo Civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. São Paulo: RT, 2010, p.242.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. A mediação, um propósito de transcendência para o ensino. In: BRAGA NETO, Adolfo; SALES, Lília Maia de Moraes (Org.) Aspectos atuais sobre a mediação e outros métodos extra e judiciais de resolução de conflitos. Rio de Janeiro: GZ, 2012, p.84.

BACELLAR, Roberto Portugal. A mediação no contexto dos modelos consensuais de resolução de conflitos, cit..

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1998. V.3, p.452.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo: Comentários à Lei nº 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 31.

CARMONA, Carlos Alberto. Em torno do árbitro. Revista de Arbitragem e Mediação, v. 28, p. 48, 2011.

CARNELUTTI, Francesco. Sistema de Derechoprocesal civil, v.1. Trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo e Santiago SentísMelendo. Buenos Aires: Uteha, 1944, p.11.

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, v.1. Trad. Paolo Capitanio, com anotações de Enrico Tullio Liebman. Campinas: Bookseller, 2000, p.58.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. Teoria geral do processo. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p.29.

Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, v. 1.7. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 120-121.

Gláucia FalsarellaFoley. Revista do Advogado. Pg. 83. Ano XXXIV. Agosto de 2014. nº 123.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Deformalização do processo e deformalização das controvérsias. Revista de Processo, n.46, p.69, São Paulo, abr-jun. 1987.

IHERING, Rudolph Von. A luta pelo direito, cit., p.46.

LORENCINI, Marco Antonio Garcia Lopes, A contribuição dos meios alternativos para a solução de controvérsias. In: SALLES, Carlos Alberto (coord.) As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao professor Kazuo Watanabe. São Paulo: QuartierLatin, 2009, p. 601.

LORENCINI, Marco. Sistemas Multiportas: opções para tratamento de conflitos de forma adequada, cit., pg. 73.

MACUSO, Rodolfo de Camargo. O plano piloto de conciliação em segundo grau de jurisdição, do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, e sua possível aplicação aos feitos de interesse da Fazenda Pública. Separata da Revista dos Tribunais, ano 93, v. 820, p.14, 19, 26 e 35 fev.2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no Estado contemporâneo. In: MARINONI, Luiz Guilherme (ccord.). Estudos de Direito Processual Civil, cit., p. 65.

MENKEL-MEADOW, Carrie. Whose Dispute is it Anyway? A PhilosophicalandDemocraticDefenseofSettlement (in Some Cases). In: RISKIN, Leonard L.; WESTBROOK, James E. Dispute ResolutionandLawyers. 2 ed. Saint Paul: West Group, 2004, p.30.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade humana, cit., p.5; CUNHA, Leonardo Carneiro da; AZEVEDO NETO, João Luiz Lessa de. A mediação e a conciliação no projeto do Novo CPC: meios integrados de resolução de disputas.

PELUSO, Cezar. Mediação e conciliação. Revista de Arbitragem e Mediação, ano 8, v. 30, p.16, jul-set. 2011.

PORTANOVA, Rui. Princípios do processo civil. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 70.

RISKIN, Leonard L.; WESTBROOK, James E. *Dispute Resolution and Lawyers*, cit., p.4.

ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe. Arbitragem e Mediação – A Reforma da Legislação Brasileira. São Paulo: Ed. Atlas, 2015.

SALES, Lilia Maia de Moraes. Justiça e mediação de conflitos, cit., p.65.

SALLES, Carlos Alberto de. Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à justiça, cit., p.780 e 784.

TARTUCE, Fernanda. Mediação nos Conflitos Cíveis. São Paulo: Ed. Método, 2015.

TARTUCE, Fernanda. Mediação no Novo CPC: questionamentos reflexivos. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR, Fredie; MEDINA, José; FUX, Luiz; VOLPE, Luiz; MIRANDA, Pedro (orgs.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o Projeto do Novo CPC*, v. 1. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 751-768. Disponível em: http://www.fernandatartuce.com.br/site/artigos/cat_view/38-artigos/43-artigos-da-professora.html?start=10. Acesso em 11 jul. 2016.

VEZZULA, Juan Carlos. Mediação, cit. p.81 e 83.

WATANABE, Kazuo. Política pública do poder judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. Revista de processo, v. 36, 2011, p. 385.

WATANABE, Kazuo. Modalidade de mediação, cit., p.56.

WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação, cit., p. 687.