



MANUAL DE MEDIÇÃO DE CONFLITOS PARA ADVOGADOS

Escrito por Advogados

O “Manual de Mediação de Conflitos para Advogados, Escrito por Advogados” é um desses trabalhos que comprovam a qualidade e a competência dos profissionais que atuam na promoção do Direito no Brasil. São eles que estão à frente das ações que têm como paradigma a Constituição Federal. Além disso, com a Reforma do Judiciário, os cidadãos e as instituições foram favorecidos com respostas mais rápidas e efetivas. Essa obra é relevante porque atenua a prática do litígio e estimula a política do diálogo.

Os advogados são guardiões fundamentais na condução dos processos judiciais. Com sua cultura e seu conhecimento abrangente, eles têm colaborado cada vez mais com as atividades do mundo corporativos. Seu subsídio abalizado pode, em diversas situações, minimizar problemas e evitar futuros conflitos.

Essas são algumas das razões que motivaram a Acrefi a contribuir com a divulgação desse documento essencial.

Boa leitura!

Érico Sodré Quirino Ferreira
Presidente da Acrefi



A CASA DO CRÉDITO DESDE 1958

Manual de Mediação de Conflitos para Advogados

Escrito por Advogados

Ministério da Justiça
Brasil, 2014

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

MINISTRO DE ESTADO DA JUSTIÇA

José Eduardo Cardozo

SECRETÁRIO DE REFORMA DO JUDICIÁRIO

Flavio Croce Caetano

DIRETORA DO DEPARTAMENTO DE POLÍTICA JUDICIÁRIA

Patrícia Lamego Teixeira

CHEFE DE GABINETE

Wagner Augusto da Silva Costa

COORDENADOR-GERAL

Igor Lima Goettenauer

CONSELHO FEDERAL DA OAB

DIRETOR-GERAL DA ESCOLA NACIONAL DE ADVOCACIA

Henry Clay Santos Andrade

AUTORES:

Aldemar de Miranda Motta Júnior; Carlos Eduardo de Vasconcelos;
Diego Faleck; Fabíola Orlando; Francisco Maia Neto; Ricardo Dornelles;
Samantha Pelajo.

ORGNIZAÇÃO:

ENAM – Escola Nacional de Mediação e Conciliação.

FICHA TÉCNICA DE PUBLICAÇÃO:

CAPA

Maria Luiza Bueno Benevides

DIAGRAMAÇÃO

Maria Luiza Bueno Benevides

REVISÃO

Maria Luiza Bueno Benevides

Robson de Barros Villa Neto

Manual de Mediação de Conflitos para Advogados

Escrito por Advogados

Ministério da Justiça
Secretaria de Reforma do Judiciário
ENAM- Escola Nacional de Mediação e Conciliação
Esplanada dos Ministérios, bloco T, Anexo II, sala 520
CEP 70.064-900, Brasília-DF, Brasil
e-mail: reformadojudiciario@mj.gov.br
www.mj.gov.br/reforma

Sumário

Apresentação.....	7
Introdução.....	10
Capítulo 1 Diferentes Formas de se Lidar com uma Controvérsia.....	17
Capítulo 2 Principais Características da Mediação de Conflitos.....	37
Capítulo 3 Mediador: seu papel, seu perfil e suas habilidades.....	59
Capítulo 4 Relevantes Contribuições do Advogado para a Mediação.....	75
Capítulo 5 A Ética na/da Mediação.....	87
Capítulo 6 Processo e Técnicas de Mediação.....	115
Conclusão: Mediação, um Novo Mercado para a Advocacia.....	143

Apresentação

O Manual de Mediação para Advogados que agora se apresenta é fruto da profícua parceria institucional, estabelecida entre o Ministério da Justiça e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, em favor da promoção e da qualificação do debate e da prática dos métodos autocompositivos de solução de conflitos na advocacia brasileira.

Nunca é excessivo dizê-lo: o advogado é indispensável à administração da Justiça, tanto formal, quanto materialmente, tendo sua função social sido reconhecida e resguardada pela própria Constituição Federal.

Com este manual, espera-se reforçar que o papel do advogado não se esgota nas instâncias jurisdicionais, ou seja, que a sua missão não se completa com a sentença judicial. Quando dissemos ser o advogado materialmente indispensável à administração da Justiça, queremos sublinhar que sua atividade profissional se estende para muito além dos expedientes tipicamente judiciais. O advogado é, essencialmente, o profissional recomendado para conduzir, de forma parcial, o processo de construção de soluções para as desavenças enfrentadas por seus clientes.

Neste sentido, há todo um terreno de atuação pré-processual e mesmo extra-judicial por onde os advogados se

movem. Seja no cotidiano dos escritórios ou na prestação de consultorias, seja na relação com clientes e com outros colegas de profissão, o advogado precisa dispor de ferramentas que lhe permitam identificar o conflito e, ao mesmo tempo, avaliar qual seria o melhor remédio para saná-lo.

Naturalmente, diversas disputas exigem o exercício jurisdicional do advogado. Contudo, outras tantas podem ser solucionadas por meio da composição, cabendo ao advogado oferecer aos seus clientes também as suas qualidades, habilidades e conhecimentos como mediador e como negociador.

Aqui, a função do advogado é reinaugurada, pautada agora não mais tanto pela imagem do advogado enérgico – esta tantas vezes necessária para assegurar os direitos de seus clientes –, e sim redesenhada sob os auspícios de uma advocacia resolutiva, capaz de dialogar e, com o auxílio das próprias partes, facilitar a construção de soluções consensuadas.

Ademais, a mediação e a negociação representam uma área em potencial para a atuação profissional do bacharel em direito que deseja seguir a militância da advocacia. Os métodos autocompositivos de solução de conflitos – como o são a mediação e a negociação, também chamados de MASC ou, no idioma inglês, de *ADR (Alternative Dispute Resolution)* – estão em franco desenvolvimento e expansão em todo o mundo; no Brasil, não seria diferente.

Prova disso são as iniciativas adotadas pelo Ministério da Justiça, por meio da Secretaria de Reforma do Judiciário, em

parceria com diversas instituições do Sistema de Justiça, para o desenvolvimento de ações educacionais e de capacitações de variados seguimentos nos temas afetos aos MASC. Concebidos e ofertados pela Escola Nacional de Mediação e Conciliação – ENAM, esses cursos têm colaborado com a difusão e o adensamento do uso das técnicas consensuais de solução de disputas. Além dos cursos, a ENAM ainda publica materiais didáticos e pedagógicos sobre a temática, tal qual a obra que agora se apresenta.

Esperamos que o presente manual sirva como instrumento de apoio ao jurista, fornecendo-lhe as linhas gerais, tanto teóricas quanto práticas, para a utilização adequada dos métodos autocompositivos de solução de conflitos. A discussão sobre a função do advogado nos procedimentos de mediação e a ética, que esses exigem, propiciam a reflexão sobre as oportunidades profissionais que se abrem no mercado para profissionais treinados não só na tradicional litigância jurisdicional, como também propiciam nas boas técnicas de diálogo e acordo.

Flávio Croce Caetano
Secretário de Reforma do Judiciário

Introdução

“Procuraremos, igualmente, estimular formas alternativas de solução de conflitos, compartilhando, na medida do possível, com a própria sociedade, a responsabilidade pela recomposição da ordem jurídica rompida”¹. Essas foram as sábias palavras proferidas pelo Ministro Ricardo Lewandowski ao tomar posse como Presidente do Supremo Tribunal Federal.

Nesses dizeres está refletido um anseio que há muito identifica o motivo que impede a celeridade da prestação jurisdicional: a judicialização dos conflitos, que se tornou costume no País. Agora, cabe à sociedade brasileira e à advocacia, em parceria com o Judiciário e os demais setores do Poder Público, repensar a ordem jurídica nacional, objetivo para o qual contribuem imensamente os métodos alternativos de solução de conflitos.

É necessária uma mudança cultural para encerrar a era do litígio, com foco na conciliação, na arbitragem e na mediação.

A verdade incontestável é que o Poder Judiciário está sobrecarregado, de acordo com os dados publicados no relatório “Justiça em números” de 2013 pelo Conselho Nacional de

1 “É preciso restaurar a autoestima do Judiciário”, diz Lewandowski em sua posse. Revista Consultor Jurídico, 10 set. 2014. <<http://www.conjur.com.br/2014-set-10/preciso-restaurar-autoestima-judiciario-lewandowski>>

Justiça. A quantidade de processos ajuizados nesse ano, em comparação com os números de 2012, aumentou em 8,4% e, assim, mais de 28 milhões de novos casos judiciais foram propostos, tendo como indesejável subproduto o incremento do estoque de processos paralisados, que chegou a 64 milhões. Há, portanto, atualmente, um processo judicial para cada três brasileiros.

O Manual de Mediação de Conflitos para Advogados, escritos por eminentes advogados com experiência nesse campo de atuação, tem como objeto um dos métodos que contribui para aliviar os tribunais saturados. É de extrema importância a inserção, no meio jurídico, deste manual que orienta os interessados sobre esse procedimento. Interessa especialmente à classe dos advogados, razão pela qual a OAB, por meio de sólida parceria entabulada com o Ministério da Justiça, empreendeu esforços para a publicação da presente edição. Partindo-se da convergência – e não da divergência – de interesses das partes em conflito, busca-se construir a solução que contemple ambos os lados: é essa a ideia que permeia o cenário proposto pela mediação. As partes, verdadeiras conhecedoras da lide que lhes atinge, são as responsáveis pela formulação da melhor solução possível para o conflito.

Os advogados que lhas acompanham, por sua vez, precisam ter capacidade técnica para lidar com a mediação. O desenvolvimento da mediação exige uma adaptação comportamental e estratégica do profissional da advocacia, visto serem as características desse procedimento diferentes daquelas que permeiam o processo judicial. A flexibilidade desse método alternativo de solução da lide, ante a maior

participação e controle das partes em relação resultado dos debates, exige um profissional criativo e com aprimoradas habilidades de negociação, além de outras competências, abarcadas com precisão nas próximas páginas deste manual.

A OAB, atenta ao panorama judiciário brasileiro, conta com uma douta Comissão Especial de Mediação, Conciliação e Arbitragem voltada ao aperfeiçoamento e ao incentivo da adoção de formas alternativas de resolução de conflitos. A iniciativa de instituição desse colegiado evidencia a atividade contínua e persistente de nossa entidade pelo aprimoramento do Judiciário e pela garantia do acesso à Justiça.

É reconhecendo o grande valor desses métodos alternativos de solução de conflitos que a Ordem analisa a inserção da mediação, da conciliação e da arbitragem na lista dos conteúdos do Exame de Ordem, bem como na grade curricular dos cursos de Direito existentes no Brasil. O advogado é essencial para difundir essa cultura da mediação, pois detém a grandiosa responsabilidade de zelar pela defesa da democracia e pela eficiência do sistema judiciário.

Discutir a questão do pleno acesso à justiça em nosso País, por meio de estímulo da utilização de outras opções para o apaziguamento de conflitos, configura-se como uma das grandes prioridades da Ordem. Nossa entidade é detentora da missão de defender o Estado Democrático de Direito, e um dos pilares fundamentais que o sustentam é justamente a garantia de um acesso igualitário à justiça, que gera a produção de resultados jurídicos justos e céleres, de modo que todos os brasileiros e brasileiras sejam pela justiça contemplados.

A Comissão Especial de Mediação, Conciliação e Arbitragem batalha pela defesa dessas garantias, pois só assim se efetivam os direitos fundamentais postulados na Constituição da República.

O Conselho Federal da OAB, em resposta à consulta, manifestou-se recentemente pela possibilidade de recebimento de honorários advocatícios por sociedades de advogados e também por advogados autônomos que atuem na função de mediadores.

A decisão espelha deliberação anterior unânime proferida pelo Conselho Pleno, no tocante à arbitragem, na qual foi expressamente reconhecido que “o serviço de arbitragem, quando prestado por profissional de advocacia, é modalidade de serviço jurídico”, de modo que “as sociedades de advogados podem receber, com segurança, os honorários decorrentes de serviços prestados por seus sócios na condição de árbitros”. Dessa maneira, desfaz-se o mito de que a prática da mediação reduziria o mercado de trabalho da advocacia.

O protagonismo da Entidade estende-se à atuação da referida Comissão e do Colégio de Presidentes das Comissões de Mediação e Arbitragem das Seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil – COPREMA, que vêm trabalhando na elaboração do *Manual de Métodos Adequados de Resolução de Conflitos*, a ser publicado em breve, a fim de melhor subsidiar e orientar os advogados a utilizarem não só a mediação, mas diversos métodos alternativos destinados a dirimir as controvérsias que lhes são apresentadas por seus clientes.

A OAB tem participado, ainda, das comissões do Ministério da Justiça e do Senado para a elaboração de projetos de lei em mediação e arbitragem, bem como proferido pareceres em projetos de lei já existentes que versem sobre o tema, como é o caso do Projeto de Lei n. 2937/2011, que regulamenta, entre outros assuntos, as hipóteses de nulidade da sentença arbitral, e do Projeto de Lei n. 7.169/2014, que dispõe sobre mediação entre particulares e a composição de conflitos no âmbito da Administração Pública, estimulando a regulamentação de mecanismos alternativos de solução de controvérsias.

A atuação da Ordem é somente uma pequena fração do esforço necessário para a mudança desse cenário. A consolidação de uma cultura de desjudicialização deve ser resultado de um trabalho conjunto dos diversos setores da sociedade e da máquina pública

A mediação e a advocacia andam de mãos dadas. Os advogados podem atuar como mediadores, bem como orientando e prestando assessoria às partes que estejam fazendo uso da mediação.

Somente a atuação mútua de juristas, gestores sociais e cidadãos pode construir uma cultura pautada por cooperação e confiança – e não por oposição e desconfiança. Deve-se arraigar no povo brasileiro a valorização do consensualismo como fundamento da solução dos conflitos intersubjetivos de interesses, de forma que os métodos alternativos de resolução das lides sejam também os principais caminhos utilizados pela sociedade.

E o mais importante: as soluções consensuais são encontradas por meio da subjetividade das partes, e não da objetividade de um Estado que ainda não demonstrou absoluto sucesso em gerir os conflitos sociais. Nesse ponto se principia a legitimação popular do Direito, garantindo a democratização da sociedade e a emancipação político-jurídica do cidadão que, acompanhado por um advogado bem instruído, alcançará uma resolução célere, pessoal e justa para os seus conflitos.

Marcus Vinicius Furtado Coêlho
Presidente Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil

1

Diferentes Formas de se Lidar com uma Controvérsia

Francisco Maia Neto

1 Aspectos gerais da solução de conflitos.

1.1 - Autotutela.

1.2 – Autocomposição.

1.3 – Tutela jurisdicional.

2 – Soluções para o acesso à Justiça.

3 – Mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos.

3.1 – Negociação.

3.2 – Mediação.

3.3 – Conciliação.

3.4 – Arbitragem.

4 – Outros meios extrajudiciais de solução de conflitos.

4.1 – *Rente-a-judge*.

4.2 – *Baseball Arbitration*.

4.3 – *High-Low Arbitration*.

4.4 – *Mini-trial*.

4.5 – *Early neutral evaluation*.

4.6 – *Neutral fact-finding*.

4.7 – *Disputes Resolution Board - DRB*.

4.8 – *Consensus building*.

4.9 – *Ombudsman*.

1 – Aspectos Gerais da Solução de Conflitos.

No Estado organizado de hoje, é inconcebível a ideia de as controvérsias serem resolvidas pelo simples predomínio do mais forte. Com a evolução histórica, a sociedade entendeu que deveria outorgar aos seus agentes políticos as atividades que garantem a pacificação social. Este entendimento fez surgir a função jurisdicional, que dá ao Estado o poder de julgar as pretensões apresentadas pela sociedade.

Para definir as relações que envolvem o poder do Estado, oportunizando à população o conhecimento prévio e claro de como se daria a composição dos litígios, criou-se o Direito Processual, o qual serviu também para evitar arbitrariedades do próprio Estado. Conforme ensina o doutrinador Carlos Eduardo Barroso¹, *“é o direito processual, portanto, o conjunto de normas e princípios que estuda essa atividade substitutiva do Estado (jurisdição) e a relação jurídica que irá desenvolver entre as partes litigantes e o agente político (juiz) que exerce a função jurisdicional”*.

Antes de tratarmos dos métodos extrajudiciais de solução de conflitos, é imprescindível verificarmos quais são as formas de resolução da lide que já estão preceituadas no nosso ordenamento jurídico. Essa análise nos permite perceber nitidamente uma evolução de mentalidade ao longo dos tempos.

¹ BARROSO, Carlos Eduardo. Processo Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento, vol. 11 – 3 ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2000. Pág. 20.

1.1 – Autotutela.

Surgiu na ausência de um Estado organizado. Pode-se dizer que é a forma mais primitiva de resolução de controvérsias, uma vez que consiste na dominação do mais forte sobre o mais fraco. Vale ressaltar, entretanto, que no direito brasileiro, ainda hoje, existe a possibilidade de o ofendido agir com força para repelir agressão. Como exemplo, destaca-se a permissão do uso da força nas possessórias² e a legítima defesa no direito penal.

1.2 – Autocomposição.

Na autocomposição, as próprias partes buscam, consensualmente, uma solução para seu conflito de interesses. Essa forma de composição do litígio aparece quando não há a sujeição forçada de um dos litigantes. É muito utilizada em nosso ordenamento jurídico, da seguinte forma: (i) renúncia: é a abdicação que o titular faz do seu direito, sem transferi-lo a quem quer que seja; é o abandono voluntário do direito³; (ii) reconhecimento jurídico do pedido: trata-se da livre sujeição do réu à pretensão do autor, pondo fim ao conflito; é exatamente o inverso da renúncia; (iii) transação: nesta forma de composição, o autor renuncia parcialmente à sua

2 Código Civil - Art. 1.210. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado.

§ 1º O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse.

3 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, v. I.

pretensão, enquanto o réu reconhece a procedência da parte não renunciada – tudo de comum acordo.

1.3 – Tutela jurisdicional.

É a solução adjudicada, obtida pela intervenção dos órgãos jurisdicionais, os quais substituem a vontade das partes, por meio de uma sentença de mérito que aplique o direito material previsto na norma genérica de conduta ao caso concreto⁴.

O Estado não só tem a responsabilidade de solucionar as lides a ele apresentadas, como também a responsabilidade de fazer cumprir o sentenciado, o que é conhecido como princípio da inevitabilidade da jurisdição.

Conforme art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República, nenhuma lesão de direito deixará de ser apreciada pelo Poder Judiciário. Portanto, a jurisdição é definida como sendo o poder-dever do Estado de aplicar o direito ao caso concreto submetido pelas partes, por intermédio da atividade exercida pelos órgãos investidos (juízes)⁵.

Esta tutela jurisdicional do Estado tem por finalidade (i) a composição de litígios, a partir da aplicação de normas; (ii) a pacificação social; e (iii) a realização da justiça.

Vale, contudo, destacar que há um consenso entre os operadores do direito sobre a importância de se buscar

4 BARROSO, Carlos Eduardo. Processo Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento, vol. 11 – 3 ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2000. Pág. 22.

5 BARROSO, Carlos Eduardo. Processo Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento, vol. 11 – 3 ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2000. Pág. 22.

caminhos que não dependam da tutela jurisdicional do Estado.

2 – Soluções para o acesso à justiça.

A expressão “acesso à justiça” por muito tempo foi entendida apenas como acesso aos tribunais, já que a Constituição brasileira prevê a inafastabilidade do controle jurisdicional e a garantia da via judiciária. Entretanto, os doutrinadores Cappelletti e Garth, ao tratarem do tema “acesso à justiça”, citam os seus principais obstáculos, como sendo: a onerosidade das custas judiciais, a demora na prestação jurisdicional, a hipossuficiência – inclusive intelectual – dos possíveis litigantes, o excesso de formalismos e procedimentos complicados⁶.

Tendo em vista este cenário, os doutrinadores sugerem algumas soluções para se efetivar o acesso à justiça, por meio do que denominam de ondas: 1ª onda: assistência judiciária – prevê três importantes modelos jurídicos voltados à assistência dos indivíduos de baixa renda; 2ª onda: representação jurídica para os interesses difusos – busca a justiça de interesses públicos, por meio da representação de direitos coletivos; 3ª onda: enfoque de acesso à justiça – visa ampliar a concepção de acesso à justiça, dando-lhe um novo olhar; inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, por meio de advogados particulares ou públicos.

A terceira onda propõe um amplo e moderno programa e reformas do sistema processual que se viabilizassem por intermédio da criação de outros meios alternativos de

6 CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

solução de conflitos (substitutivos jurisdicionais, equivalentes jurisdicionais), da implantação de tutelas jurisdicionais diferenciadas e de reformas pontuais no sistema processual, a fim de torná-lo mais ágil, eficiente e justo⁷.

3 – Mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos.

Como exposto, cabe ao Estado o poder-dever de resolver todos os litígios a ele apresentados. Entretanto, a partir da evolução histórica da sociedade, cada vez mais complexa em suas relações, a busca por soluções exclusivamente estatais não é mais suficiente.

Dentre os temas mais frequentemente debatidos no seio da advocacia, certamente está a morosidade da tramitação dos processos judiciais. Essa questão ganhou especial destaque quando nos deparamos com a dura realidade de ultrapassarmos os 100 milhões de processos em andamento, cientes de que somente 3 em cada 10 deles serão julgados ao longo do ano.

Se esses números se mostram assustadores pela forma com que impactam a sociedade, menor não é a sua consequência para o advogado, agente “essencial à distribuição da justiça⁸”, que muitas vezes se vê impotente diante de seu cliente, por não conseguir alcançar a solução do litígio, testemunhando na pele a máxima de Rui Barbosa ao constatar que a justiça tardia não foi sequer justa.

7 ALMEIDA, Gregório Assagra de. Codificação do Direito Processual Coletivo Brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

8 Constituição Federal - Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Ao mesmo tempo em que devemos cobrar dos órgãos jurisdicionais medidas para alterar esse quadro desanimador e colaborar na criação de mecanismos legislativos e operacionais que alterem a atual situação, chegou o momento de o advogado deixar de lado a cultura do litígio, que se tornou quase um sinônimo da profissão, e buscar uma nova forma de superação das adversidades.

Torna-se imperativo que nós, advogados, alteremos nossa forma de conduta, nos aproximando e acreditando nos mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos, conhecidos como MESC's ou, como a doutrina internacional denomina, ADR – “Alternative Dispute Resolution”. A expressão evoluiu para meios *adequados* – e não *alternativos* – de resolução de conflitos, porque oportunizam ao advogado escolher o método mais eficaz à solução de cada uma das diferentes controvérsias trazidas pelo cliente.

Em três momentos distintos essas ideias encontram respaldo em renomados operadores do direito, que se manifestarem publicamente acerca da necessidade dessa mudança cultural, como segue:

“... há necessidade de se debelar a cultura ‘judicialista’ que se estabeleceu fortemente no país, segundo a qual todas as questões precisam passar pelo crivo do Judiciário para serem resolvidas...” (Min. Gilmar Mendes, Presidente do Supremo Tribunal Federal, em seu discurso

de posse, em 23 de abril de 2008).⁹

“É tempo, pois, de, sem prejuízo doutras medidas, incorporar ao sistema os chamados meios alternativos de resolução de conflitos, que, como instrumento próprio, sob rigorosa disciplina, direção e controle do Poder Judiciário, sejam oferecidos aos cidadãos como mecanismos facultativos de exercício na função constitucional de resolver conflitos. Noutras palavras, é preciso institucionalizar, no plano nacional, esses meios como remédios jurisdicionais facultativos, postos alternativamente à disposição dos jurisdicionados, e de cuja adoção o desafogo dos órgãos judicantes e a maior celeridade dos processos, que já serão avanços muito por festejar, representarão mero subproduto de uma transformação social ainda mais importante, a qual está na mudança de mentalidade em decorrência da participação decisiva das próprias partes na construção de resultado que, pacificando, satisfaça seus interesses.”
(Min. Cezar Peluso, Presidente do Supremo

⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Posse na Presidência do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucional_PossePresidencial/anexo/Plaqueta_de_Posse_do_Min_Gilmar_Mendes_na_Presidencia.pdf. Acessado em 17/02/2014.

Tribunal Federal, em seu discurso de posse, 23 de abril de 2010).¹⁰

“... é preciso uma mudança cultural, encerrando a era do litígio e fazendo aposta na conciliação, mediação e arbitragem.” (Dr. Marcus Vinicius Furtado Coelho, em entrevista à revista Veja, 10 de agosto de 2013)¹¹.

Os mecanismos de solução de conflitos podem ser divididos em dois grupos: os autocompositivos, com características cooperativas, e os heterocompositivos, com características decisórias. Figuram no primeiro grupo a negociação, cuja sistemática é direta entre as partes; a mediação e a conciliação, cujos processos são conduzidos por terceiros. No segundo grupo, aparecem a arbitragem, cuja natureza é voluntária, e a jurisdição estatal, de submissão compulsória.

Esta diferenciação nos levou a idealizar uma figura metafórica, que denominamos “Pirâmide da Solução de Conflitos”. A indicação no singular decorre do fato de que todo conflito só se resolve de forma terminativa por um único mecanismo, embora possa percorrer outros durante o processo conflituoso, que tem em sua base a negociação, passando pela mediação, conciliação e arbitragem, findando no topo com o Poder Judiciário, que sempre será o guardião da solução das

10 PELUSO, Antonio Cezar. *Posse na Presidência do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalPossePresidencial/anexo/Plaqueta_de_Posse_na_Presidencia_Min_Cezar_Peluso.pdf. Acessado em 29/07/2014.

11 OAB Nacional é destaque na Veja. Disponível em: <http://www.oab.org.br/noticia/25958/oab-nacional-e-destaque-na-veja>. Acessado em 17/02/2014.

controvérsias, além de ser o único que pode coercitivamente dar eficácia às decisões originárias dos demais métodos.

Além disso, ao nos deslocarmos da base para o topo da pirâmide, à medida que se sucedem os diversos mecanismos, cresce a intervenção de terceiros, aumenta o formalismo, acirra a litigiosidade e o processo tende a se tornar mais duradouro¹².



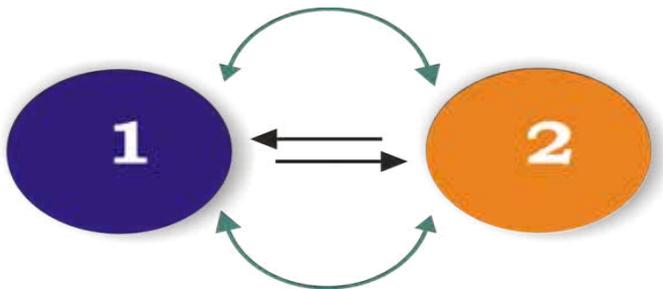
Embora com diferentes metodologias, os MESC's, em geral, têm uma série de características semelhantes, quais sejam: (i) qualquer MESC é iniciado com o consentimento de todas as partes; de um modo geral, o consentimento é manifestado por escrito; (ii) existem regras claras para os

12 NETO, Francisco Maia. Arbitragem: *A solução extrajudicial de conflitos* – 2. ed. Revista e ampliada / Francisco Maia Neto – Belo Horizonte: Del Rey, 2008. Pág. 20.

diferentes procedimentos, com o prévio conhecimento das partes; (iii) as partes podem escolher o “seu” terceiro imparcial (árbitro, mediador, avaliador etc.); (iv) os terceiros imparciais estão familiarizados com o método no qual prestarão os seus serviços, pois foram treinados para isso; (v) os terceiros imparciais documentam a sua independência e imparcialidade; (vi) os terceiros imparciais devem manter sigilo em relação às partes e seus conflitos; (vii) os terceiros imparciais devem respeitar um código de ética; (viii) as partes são de antemão cientes do custo aproximado envolvido na resolução do conflito; (ix) os custos dos MESC’s não estão ligados a um resultado; (x) os prestadores de serviços e terceiros imparciais não participam voluntariamente de processos judiciais referentes ao serviço prestado nos MESC’s; (xi) os prestadores de serviços de MESC’s não executam ou aplicam decisões por interesse próprio ou a pedido de qualquer das partes.

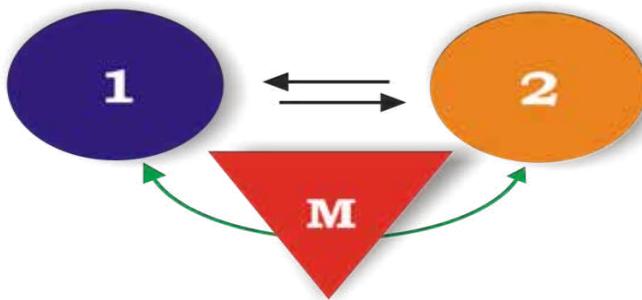
Como já demonstrado, entre outros, os MESC’s mais conhecidos e utilizados no Brasil são a negociação, a mediação, a conciliação e a arbitragem, a seguir detalhados:

3.1 – Negociação.



A negociação é um processo de troca de informações entre as partes, com a finalidade de se alcançar um acordo. As fases da negociação podem ser definidas como: preparação, compreendendo o conhecimento e a definição da própria posição e dos objetivos a serem alcançados; desenvolvimento, em que ocorrem a programação da agenda e a formulação de propostas, concessões e soluções alternativas; desfecho, que pode resultar em acordo, interrupção temporária ou término da negociação.

3.2 – Mediação.

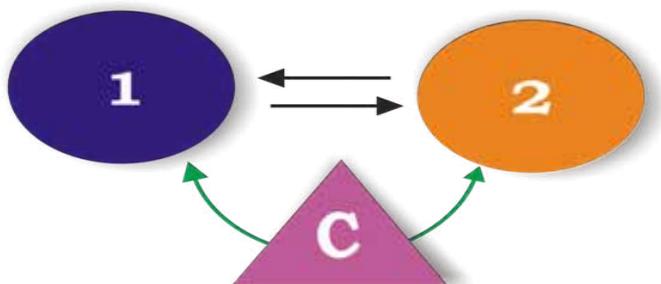


A mediação consiste em uma negociação assistida, caracterizada pela não-adversariedade, voluntariedade, imparcialidade, independência e sigilo, que envolve a intervenção solicitada e aceita de um terceiro.

As decisões permanecem sob a responsabilidade dos envolvidos no conflito, ou seja, o mecanismo ocorre por meio da participação de um especialista em comunicação e negociação, cuja função é facilitar a comunicação entre as pessoas em litígios e ajudá-las a alcançar uma solução de

benefício e satisfação mútuos.¹³

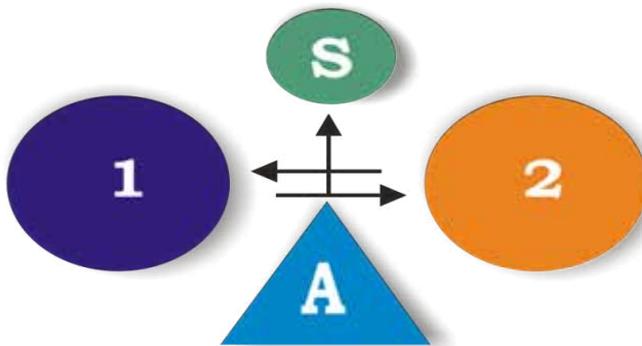
3.3 – Conciliação.



A conciliação também compreende uma negociação assistida, mas difere da mediação na escolha e no procedimento do conciliador, que normalmente não é escolhido pelas partes e pode exercer uma função interveniente, propondo e sugerindo soluções. Costuma ser utilizada em conflitos levados à arbitragem ou justiça estatal, havendo previsão expressa no Código de Processo Civil e na Lei de Arbitragem. A conciliação é a solução de um litígio empreendida pelas próprias partes nele envolvidas, servindo também como preventivo, especialmente o esforço empreendido pelo Poder Judiciário para implementação da conciliação pré-processual.

13 AMORIM, Eliane Pelles Machado e SCHABEL, Corinna Margarete Charlotte. *Mediação não é Conciliação: Uma reflexão acerca da especificidade desses dois meios de pacificação social*. In: *Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem – coletânea de artigos*./Carla Sahium Traboulsi (Org.) et al. – Goiânia: Kelps, 2013.

3.4 – Arbitragem.



A arbitragem é hoje o meio extrajudicial de solução de conflitos mais conhecido. A sua adoção pelas partes pode ser convencionada antes do surgimento do litígio, por meio de um pacto contratual, ou ser escolhida para resolver litígios não contratados ou com cláusulas de foro estatal, desde que haja concordância recíproca. O árbitro é alguém livremente eleito pelas partes e de confiança destas. Importante destacar que a decisão na arbitragem – meio considerado heterocompositivo – não está sujeita a recurso e constitui título executivo judicial.

4 – Outros meios extrajudiciais de solução de conflitos.

Os meios extrajudiciais de solução de conflitos descritos acima são os mais difundidos no Brasil. Contudo, existem muitos outros sendo desenvolvidos no mundo – alguns

consistem em releituras de mecanismos que já conhecemos. Vale destacar que não há limites para a criação de MESC's, uma vez que a finalidade sempre será a implementação adequada do meio ao caso concreto, com a consequente pacificação das relações.

4.1 – Rente-a-judge.

Também conhecido como *private judging*, é um meio termo entre a arbitragem e o contencioso judicial, no que se refere à formalidade. No *rente-a-judge*, as partes apresentam o seu caso a um juiz de um tribunal privado, mas com todos os aparatos do processo judicial formal. Os juízes do *rente-a-judge* são principalmente juízes públicos aposentados ou advogados, autorizados pela corte. Esta abordagem está ganhando popularidade em situações comerciais, porque as disputas podem ser concluídas mais rapidamente do que sob o sistema jurídico tradicional.

4.2 – Baseball Arbitration.

A *baseball arbitration*¹⁴ recebeu essa denominação por ser utilizada em questões relacionadas aos contratos esportivos dos jogadores de baseball. Pode ser considerada um tipo de arbitragem, em que cada uma das partes apresenta ao árbitro uma oferta e, após a audiência final, o árbitro escolherá uma delas, sem modificação, ou seja, esse tipo de arbitragem limita a decisão do árbitro, o que leva as partes a oferecerem uma proposta razoável, com a esperança de que sua oferta seja

14 Disponível em: <http://definitions.uslegal.com/b/baseball-arbitration/>. Acessado em: 10.08.2014.

aceita. Também é conhecida como *final-offer arbitration*.

Existem duas formas de utilização dessa arbitragem: as chamadas *night baseball arbitration* e *day baseball arbitration*.

Em ambas, as partes apresentarão sua melhor oferta ao árbitro. Porém, na *day baseball arbitration* o árbitro toma conhecimento das propostas e escolhe aquela que considera mais adequada. Já na *night baseball arbitration*, as ofertas apresentadas pelas partes são confidenciais até mesmo para o árbitro. Ao proferir sua decisão, confere as ofertas de forma a escolher aquela que mais se aproxima de sua decisão. Essa proposta será a que valerá no lugar da decisão arbitral. A *night baseball arbitration* é geralmente escolhida quando as partes têm uma forte crença sobre a razoabilidade de sua oferta.

4.3 – High-Low Arbitration.

É uma modalidade de arbitragem em que as partes concordam sobre as margens valorativas que limitarão a sentença, isto é, se a decisão do árbitro previr um valor menor do que o mínimo estabelecido pelas partes, fica valendo o valor mínimo; do mesmo modo, se o valor definido na sentença for maior, vale o máximo ofertado¹⁵. Caso a sentença arbitral esteja dentro dos limites estabelecidos entre as partes, será vinculativa.

4.4 – Mini-trial.

O *mini-trial*¹⁶ é um método adequado a resolver uma

15 LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. Cláusulas escalonadas: A mediação comercial no contexto da arbitragem – São Paulo: Saraiva, 2013. Pág. 120.

16 Disponível em: <http://adrresources.com/adr-methods/mini-trial>. Acessado em: 10.08.14.

disputa dentro do juízo estatal, no curso do litígio, quando o juiz sugere este mecanismo, e as partes apresentam suas alegações, de forma sumária. A decisão do juiz não é vinculante e tem caráter confidencial. Na hipótese do caso não ser resolvido, o processo retoma seu curso, sob a direção de um outro juiz¹⁷.

4.5 – *Early neutral evaluation.*

Submissão da controvérsia a um terceiro imparcial que avalia os pontos fracos e fortes, mensurando as chances de sucesso que cada uma das partes possui em uma eventual demanda. Geralmente é utilizada quando o litígio envolve questões técnicas ou de fato que se prestam a uma avaliação por peritos.

4.6 – *Neutral fact-finding.*

Neutral fact-finding é um processo em que um terceiro neutro, selecionado ou pelas partes litigantes ou pelo tribunal, investiga um problema, analisa relatórios ou ouve testemunhas. O processo de averiguação neutra é particularmente útil para a resolução de disputas científicas e factuais complexas.

4.7 – *Disputes Resolution Board – DRB.*

Consiste na designação de um painel decisório, usualmente composto por três especialistas escolhidos anteriormente ao início do procedimento. Estes especialistas acompanham a execução do contrato por meio de reuniões periódicas, sendo possível assim a decisão em tempo real

17 LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. Cláusulas escalonadas: A mediação comercial no contexto da arbitragem – São Paulo: Saraiva, 2013. Pág. 121.

sobre questões incidentais que surjam ao longo do contrato.

As modalidades de DRB são: Banca de Revisão de Disputa – os especialistas emitem recomendações, que as partes comumente se comprometem a cumprir; caso contrário, a questão é encaminhada à arbitragem ou ao Poder Judiciário; Banca de Sentença de Disputa: os especialistas proferem decisões, às quais as partes se obrigam a cumprir, por meio de acordo contratual; Banca de Disputa Mista: os especialistas oferecem recomendações, mas podem proferir decisões se uma das partes solicitar – a escolha está atrelada a critérios pré-estabelecidos.

Em caso de posterior arbitragem, a recomendação pode servir como elemento de prova.

4.8 – *Consensus building*.

A *consensus building*¹⁸ consiste, essencialmente, na mediação de um conflito que envolve muitas partes. Normalmente, a controvérsia também está relacionada a questões múltiplas e complexas. O *consensus building* costuma ser mais usado em disputas ambientais, porém também é aplicável a muitos outros tipos de disputas de políticas públicas, na comunidade, nos estados e até em níveis internacionais.

4.9 – *Ombudsman*.

Ombudsman é um profissional contratado por um

18 Disponível em: <http://www.colorado.edu/conflict/peace/treatment/consens.htm>. Acessado em: 10.08.14

órgão, instituição ou empresa com a função de receber críticas, sugestões e reclamações de usuários e consumidores, devendo agir de forma imparcial no sentido de mediar conflitos entre as partes envolvidas (no caso, a empresa e seus consumidores). Atualmente, o termo é usado tanto em âmbito privado como público para designar um elo imparcial entre uma instituição e sua comunidade de usuários.

Francisco Maia Neto – Graduado em Engenharia Civil e Direito pela UFMG; pós-graduado em Engenharia Econômica pela Fundação Dom Cabral, onde é professor convidado; membro da lista de árbitros de câmaras arbitrais em MG, SP, RJ e DF; autor de livros sobre perícias, arbitragem e mercado imobiliário; integrante das Comissões de Juristas do Senado Federal e do Ministério da Justiça para elaboração da Lei de Mediação e reforma da Lei de Arbitragem (2013); Vice-Presidente do CREA/MG (1992/1993); Conselheiro da OAB/MG (2010/2015); Presidente da Comissão de Direito da Construção da OAB/MG (2011/2015); Secretário-Geral da Comissão de Conciliação, Mediação e Arbitragem e membro da Comissão de Direito Imobiliário e Urbanístico do Conselho Federal da OAB (2013/2015); Vice-Presidente Jurídico da CMI-SECOVI/MG (2012/2016); articulista do jornal Estado de Minas, responsável pela coluna “Mercado Imobiliário”.

2

Principais Características da Mediação de Conflitos

Carlos Eduardo de Vasconcelos

- 1 - O que é mediação?
- 2 - Como e por que usar a mediação?
- 3 - Cláusulas de mediação.
- 4 - Princípios da mediação.

1 - O que é mediação?

A mediação pode ser conceituada como método de autocomposição de disputas, em que as partes, também chamadas de mediandos, contam com o apoio de um terceiro, denominado mediador, que facilita/conduz o diálogo, num procedimento em que os mediandos são estimulados a expressar as suas posições, interesses, necessidades, sentimentos, questões, opções, e formalizar as decisões tomadas consensualmente.

Os jogos de acomodação ou as tentativas de composição, conduzidos por pessoas bem intencionadas, mas sem conhecimentos técnicos específicos em comunicação e negociação, não devem ser confundidos com a conciliação/mediação. Qualquer modelo de mediação, dentre os quais a conciliação – que também é conhecida como mediação avaliativa – deve pressupor a presença de um mediador, com ou sem a colaboração de comediador(es), com adequada capacitação na condução do procedimento.

A mediação pode ser antecedida de reuniões de pré-mediação, para atendimento e escuta prévia à parte solicitante e posterior atendimento e escuta da parte solicitada, desde que esta tenha aceito o respectivo convite. Na sessão de mediação cabe ao mediador – após o acolhimento, as apresentações, os esclarecimentos e compromissos iniciais – escutar e indagar, alternadamente, sobre as narrativas dos mediandos, em uma ou mais reuniões conjuntas e, quando necessário, propor reuniões em separado, tendo o cuidado de destacar e resumir os avanços obtidos, facilitando, assim, a

identificação e exploração dos interesses comuns, sentimentos, questões e necessidades, respeitados os padrões jurídicos, econômicos e técnicos a serem considerados na formalização do consenso eventualmente obtido.

O método da mediação supõe valores, técnicas e habilidades que devem ser desenvolvidos em cursos de capacitação e práticas supervisionadas, abrangendo as várias abordagens, modelos ou escolas de mediação.

Convém, portanto, sublinhar que mediação é método de solução/ transformação de conflitos interpessoais em que os mediandos escolhem ou aceitam terceiro(s) mediador(es), com aptidão para conduzir o processo e facilitar o diálogo, a começar pelas apresentações, explicações e compromissos iniciais, sequenciando com narrativas e escutas alternadas dos mediandos, recontextualizações e resumos do(s) mediador(es), com vistas a se construir a compreensão das vivências afetivas e materiais da disputa, migrar das posições antagônicas para a identificação dos interesses e necessidades comuns e para o entendimento sobre as alternativas mais consistentes, de modo que, havendo consenso, seja concretizado o acordo.

Cabe, portanto, ao mediador, com ou sem a ajuda de comediador, colaborar com os mediandos, em plano de igualdade, para que eles pratiquem uma comunicação construtiva e identifiquem seus interesses e necessidades comuns.

A mediação é tida como um método autocompositivo baseado em práticas, em problematizações, norteadas por

procedimentos inspirados na psicologia, na sociologia, na antropologia, no direito, na filosofia da linguagem e na teoria dos sistemas. E é, também, como tal, uma arte, em face das habilidades e sensibilidades próprias do mediador.

Na mediação, os mediandos não atuam como adversários, mas como corresponsáveis pela solução da disputa, contando com a colaboração do mediador. Daí porque se dizer que a mediação/conciliação é procedimento não-adversarial (autocompositivo) de solução de disputas, diferentemente dos processos adversariais (heterocompositivos), que são aqueles em que um terceiro exerce autoridade para decidir quem está certo, a exemplo dos processos administrativos, judiciais ou arbitrais.

Há vários modelos ou escolas de mediação, tais como: a mediação facilitativa (linear ou tradicional de Harvard), a mediação avaliativa (ou conciliação), a mediação transformativa e a mediação circular-narrativa (ou narrativa).

A depender da natureza do conflito, das características socioculturais dos mediandos e das habilidades do mediador, faz-se a escolha do modelo que parece mais adequado. A depender de circunstâncias que venham a surgir durante o procedimento e da vontade dos mediandos, a abordagem poderá mudar, até porque tais modelos não são estanques, sendo meras referências para a dinâmica da mediação.

A mediação facilitativa e a mediação avaliativa (conciliação) são prevalentemente utilizadas no ambiente judicial e nas questões pontuais ou episódicas, patrimoniais,

jurídicas ou técnicas, entre protagonistas que não mantêm relações continuadas. A rigor, toda mediação é, na origem, voltada para a facilitação de diálogos, daí porque os sentimentos serão sempre validados. Mas os modelos antes referidos são mais adequados quando as questões que envolvem sentimentos não são preponderantes. O que diferencia, a rigor, a mediação facilitativa da mediação avaliativa é o fato de que, nesta última, o mediador está autorizado a opinar, a sugerir alternativas. Com efeito, no meio empresarial, por vezes os próprios mediandos escolhem mediadores peritos, especialistas, que poderão avaliar e apresentar boas sugestões, adotando, pois, a mediação avaliativa/conciliação. Este modelo também é adotada no ambiente judicial, ou fora dele, quando as partes escolhem mediadores advogados em face de questões fundamentalmente jurídicas, para que estes, no momento próprio, avaliem e opinem a respeito das melhores alternativas. A despeito destas considerações, é muito comum as partes preferirem o modelo facilitativo, em que o mediador não sugere e, deste modo, melhor preserva o seu dever de imparcialidade.

A mediação transformativa e a mediação circular-narrativa são modelos mais adequados para conflitos entre protagonistas que mantém ou que mantiveram relações continuadas, envolvendo, por exemplo, questões, sentimentos e interesses entre familiares, vizinhos, sócios, colegas de trabalho, empresas, etc, com maior abertura e flexibilidade de diálogo.

A mediação transformativa é menos estruturada (não supõe regras prévias), com vistas a estimular a plena liberdade

das partes e dos advogados na construção do procedimento passo a passo, ensejando o empoderamento (fortalecimento) dos protagonistas e as condições de possibilidade do reconhecimento recíproco. Ao perceber esses eventos e adotando resumos, espelhamentos e outras intervenções que estimulam a compreensão dos contextos, o mediador pode ajudar os mediandos a ultrapassarem padrões de interação repetitivos e insalubres.

A mediação circular-narrativa procura conduzir, com suas técnicas, no sentido da desconstrução ou desestabilização das narrativas iniciais, possibilitando que se construam novas histórias. A escuta das narrativas alterna-se com as perguntas, com as conotações positivas e as reformulações. Desde a primeira reunião conjunta, logo após os esclarecimentos e recomendações iniciais, o mediador solicita a apresentação de alternativas, já trabalhando a circularidade e a interdependência, pois conota negativamente o problema; qual seja, o problema deve transformar-se na ameaça a ser enfrentada pelas partes. Os dois ou mais mediandos devem enfrentar o problema e não enfrentar-se entre eles. Este modelo tende a ser mais oneroso quando funciona com apoio de uma “equipe reflexiva”, constituída de mediadores que observam o procedimento numa antecâmara ou na própria sala da mediação e que, a seu pedido ou dos mediadores do caso, iniciam uma conversação com estes, por algum tempo, na presença dos mediandos, que apenas escutam.

Não se deve confundir o modelo de mediação com o ambiente onde ela é praticada. Todos os modelos antes referidos podem ser praticados em qualquer ambiente,

judicial ou não. Assim, costuma-se designar como mediação familiar aquela que lida com os conflitos no âmbito da família; mediação comunitária, a que cuida de disputas de vizinhança; mediação escolar, a que trata das controvérsias no ambiente das instituições de educação, inclusive quando praticada pelos próprios alunos em relação aos seus conflitos recíprocos; mediação empresarial, a que diz respeito a conflitos entre empresas ou intraempresariais; mediação restaurativa (vítima-ofensor), aquela que lida com situações que podem configurar crime ou contravenção penal, etc.

Na mediação vítima-ofensor e nos círculos restaurativos, o ofensor e a vítima, voluntariamente, com ou sem a participação de pessoas da comunidade de algum modo afetadas, contam com o apoio de facilitador (mediador), que as escuta e contribui para o restabelecimento do diálogo, objetivando a reparação dos danos e a restauração das respectivas relações, instaurando novas possibilidades de convivência pacífica.

Nas atuais circunstâncias do direito penal brasileiro, a mediação pode ser especialmente adotada nos casos em que cabe transação penal, antes do julgamento de infrações de menor ou médio potencial ofensivo, quando sejam vivenciadas experiências de restauração dos vínculos afetivos e convencionadas alternativas de reparação civil, em função de responsabilidades livremente assumidas pelo autor do fato perante a vítima (Lei 9.099/1995).

Deve-se entender, enfim, que o procedimento da mediação não se confunde com os respectivos marcos legais.

A estes, cabe apenas o estabelecimento de limites e proteções jurídicas. A compreensão de contextos humanos enriquece a interpretação de textos legais e a concretização de decisões legítimas. Este um dos legados da mediação.

2 - Como e por que usar a mediação?

Está comprovado que a sociedade contemporânea, cada vez mais complexa, demanda múltiplas portas de acesso à justiça, haja vista a sobrecarga do Poder Judiciário e as exigências democráticas. Qualquer pessoa poderá optar pela mediação, seja no ambiente comunitário (mediação comunitária), no escolar (mediação escolar), no empresarial (mediação empresarial), no internacional (mediação internacional), no familiar (mediação familiar), no dos ilícitos penais (mediação penal ou práticas restaurativas), bem como no ambiente judicial (mediação judicial), desde que mediadores encontrem-se capacitados nessas técnicas, valores, habilidades, e sejam disponibilizados espaços e estruturas para a sua atuação.

Assim, o ambiente judicial (mediação judicial) é mais um lugar onde crescentemente se pratica a mediação de conflitos, consoante marcos legais específicos, que estão revolucionando inclusive a prática da advocacia no Brasil.

Não cabe, de regra, ao mediador, prestar orientação jurídica. As questões jurídicas a serem apreciadas durante ou entre as reuniões de mediação são de responsabilidade das partes, de seus assessores jurídicos e de outros apoios especializados que a instituição administradora possa ensejar.

Mas é possível que o próprio mediador seja autorizado, implícita ou explicitamente, pelas partes (mediandos), a prestar esclarecimentos e apresentar sugestões. Isto acontece quando se adota o modelo denominado mediação avaliativa ou conciliação, porque ali o mediador escolhido é especialista na matéria a ser resolvida pelos mediados.

Ao acompanhar seu cliente numa reunião ou sessão de mediação, o advogado deve estar consciente de seu papel naquele espaço. Consoante o princípio da oralidade, a fala é da parte (medianda), que, sem preocupações estratégico-jurídicas, terá a liberdade de expressar, em linguagem comum, as suas posições, interesses, necessidades, sentimentos, e terá a oportunidade de escutar, em silêncio, o que o outro tem a dizer. Ao advogado, ali no exercício de uma assessoria jurídica, caberá esclarecer questões de direito que precisem de orientação. Embora não obrigatória a presença do advogado – até porque o diálogo não irá necessariamente versar sobre questões jurídicas –, sempre que tais questões surjam será necessária a presença de profissional do direito, podendo a sessão ser suspensa para a obtenção dos necessários esclarecimentos.

O método da mediação está em franco desenvolvimento no Brasil. O novo Código de Processo Civil e legislação específica em andamento ensejarão grande oportunidade para os advogados, que poderão ser capacitados enquanto mediadores e atuar nessa condição, ou prestar a sua assessoria jurídica em apoio aos seus clientes e ao procedimento da mediação, no âmbito judicial (mediação judicial) e nos vários ambientes sociais (mediação extrajudicial).

As novas tendências processuais, inclusive no âmbito do processo civil, passam a exigir do advogado postura colaborativa na busca de soluções que efetivamente atendam às necessidades manifestadas por seu cliente. A sociedade contemporânea é impaciente com advogados que se esquecem das necessidades reais dos clientes, dando-lhes as costas em benefício de teses que, embora bem fundamentadas, podem não estar trazendo resultados correspondentes a essas necessidades.

A utilização da mediação de conflitos, judicial ou extrajudicial, e o hábito da negociação direta entre os colegas advogados e seus clientes - algo cada vez mais comum no âmbito internacional - são práticas eficazes em face da sobrecarga do judiciário que, neste país, já acumula cem milhões de processos.

Na ponta do lápis, considerando custos e benefícios, a acumulação de centenas de processos nas pastas dos escritórios acarreta imensas perdas e aborrecimentos, em oposição aos ganhos e à satisfação dos clientes com as soluções consensuais que a mediação pode ensejar, hipótese em que os honorários são de pronto percebidos. Este é um dos motivos porque começam a surgir, também em nosso país, escritórios de advocacia colaborativa, exclusivamente voltados para essas práticas; e que não atuam em litígios judiciais.

O novo Código de Processo Civil dispõe, no Capítulo I, entre as Normas Fundamentais do Processo, que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. E que a conciliação, a mediação e outros métodos

deverão ser estimulados por magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial (art. 3º, §§ 2º e 3º).

Percebe-se que o objetivo colimado é uma mudança de cultura dos operadores do direito, em qualquer âmbito da sua atuação, inclusive no curso do processo judicial. Como deverá, então, ser a nova postura do advogado que recebe o cliente em seu escritório? Que habilidades ele deverá desenvolver na identificação do modo mais adequado de encaminhar a gestão daquele conflito?

Sabemos que há múltiplas possibilidades ou multiportas de acesso à justiça. Os meios disponíveis são vários, devendo-se adotar o mais adequado a cada situação. Sabemos que a negociação direta entre as partes em disputa e seus advogados seria uma primeira abordagem a cogitar. Bons advogados são bons negociadores, que levam a vantagem de não estarem tão envolvidos emocionalmente na disputa. Conhecem a teoria dos jogos e, portanto, sabem da importância e das possibilidades dos jogos de ganha-ganha. O advogado deve saber que, nesta linha de uma advocacia colaborativa, pode ser combinada, com os interessados, a contratação, de comum acordo, de perito de confiança, com vistas a elaborar uma “avaliação neutra”; qual seja, laudo que possa esclarecer, previamente, dúvidas sobre aspectos técnicos da disputa, facilitando, assim, o andamento de uma boa negociação.

Dentre estas múltiplas portas, o advogado pode propor a contratação de mediador independente, integrante ou não de instituição especializada. Nem sempre as partes e

seus advogados encontram-se em condições para lidar com a negociação direta. Os escritórios podem, de comum acordo com os respectivos clientes, contratar mediadores advogados, que facilitarão os diálogos, em apoio às negociações.

Não se deve olvidar a opção pela arbitragem, mesmo quando, nos contratos anteriormente firmados entre os interessados, não conste cláusula compromissória. A negociação de um compromisso arbitral e sua assinatura, para que o conflito possa vir a ser trabalhado num processo mais célere e especializado que o judicial, poderá ser a porta adequada, a depender dos valores e circunstâncias do caso. Esta é uma possibilidade mesmo em relação a conflitos já judicializados; ocasião em que as partes e advogados optarão pela extinção do processo judicial.

Enfim, em resposta às indagações acima a respeito do como e por que usar a mediação, sugerimos que os advogados façam constar dos seus contratos com seus clientes cláusulas relacionadas às várias alternativas de prestação do seu serviço de gestor de conflitos, consoante as hipóteses antes alinhadas, deixando-se o ajuizamento como última opção, como a última porta de acesso a considerar.

3 - Cláusulas de Mediação

Para evitar o primado da litigiosidade na busca de soluções para as controvérsias, recomendamos que os advogados adotem, nos contratos que venham a redigir, cláusulas de mediação, que podem ser isoladas ou escalonadas. Sugerimos, adiante, quatro hipóteses de cláusulas de mediação.

Na primeira, uma cláusula de mediação isolada, em que se deixa em aberto a alternativa que poderá ser adotada caso não se obtenha solução consensuada. Na segunda, uma cláusula escalonada mediação e arbitragem (Med-Arb). Na terceira, uma cláusula escalonada mediação-judiciário (Med-Jud). Enfim, na quarta hipótese, uma cláusula escalonada Med-Arb, detalhada, para situações que podem envolver pessoas de países e línguas diferentes. Com efeito, “Pacta sunt servanda”!

3.1 - Cláusula Padrão de Mediação:

Qualquer conflito originário do presente contrato, inclusive quanto à sua interpretação ou execução, será submetido obrigatoriamente à mediação, administrada pela [nome da instituição], de acordo com o seu regimento de mediação, a ser coordenada por mediador(es) participante(es) da respectiva lista de mediadores.

3.2 - Cláusula Padrão Escalonada Mediação-Arbitragem:

Qualquer conflito originário do presente contrato, inclusive quanto à sua interpretação ou execução, será submetido obrigatoriamente à mediação, administrada pela [nome da instituição], de acordo com o seu regimento de mediação, a ser coordenada por mediador(es) participante(es) da respectiva lista de mediadores.

O conflito que porventura não seja consensualmente resolvido no prazo de 60 (sessenta) dias, prorrogável por vontade das partes, conforme a cláusula de mediação acima, será definitivamente solucionado por arbitragem, administrada por [nome da instituição], de acordo com o seu regulamento,

e conduzida por tribunal arbitral de três árbitros [ou árbitro único], indicados na forma do citado regulamento.

3.3 - Cláusula Padrão Escalonada Mediação-Judiciário:

Qualquer conflito originário do presente contrato, inclusive quanto à sua interpretação ou execução, será submetido obrigatoriamente à mediação, administrada pela [nome da instituição], de acordo com o seu regimento de mediação, a ser coordenada por mediador(es) participante(s) da lista de mediadores da referida instituição.

O conflito que porventura não seja resolvido no prazo de 60 (sessenta) dias, prorrogável por vontade das partes, conforme a cláusula de mediação acima, poderá ser encaminhado para o Poder Judiciário para solução definitiva.

Fica eleito o [indicação do Foro], na Comarca de [indicação da Comarca], como competente para dirimir eventuais dúvidas, questões ou demandas decorrentes deste instrumento, respeitada a cláusula de mediação, com exclusão de qualquer outro, por mais privilegiado que seja.

3.4 - Cláusula Detalhada Escalonada Mediação-Arbitragem:

Qualquer conflito originário do presente contrato, inclusive quanto à sua interpretação ou execução, será submetido obrigatoriamente à mediação, administrada pela [nome da instituição], de acordo com o seu regimento de mediação, a ser coordenada por mediador(es) participante(s)

da lista de mediadores da referida instituição.

O conflito que porventura não seja consensualmente resolvido no prazo de 60 (sessenta) dias, prorrogável por vontade das partes, conforme a cláusula de mediação acima, será definitivamente resolvido por arbitragem.

A arbitragem será administrada por [nome da instituição] e obedecerá às normas estabelecidas no seu regulamento, cujas disposições integram o presente contrato. Será conduzida por tribunal arbitral de três árbitros [ou árbitro único], indicados e constituídos na forma do citado regulamento. Terá sede em [cidade, Estado]. O procedimento arbitral será conduzido em [idioma], segundo a [lei aplicável].

4 - Princípios da mediação e do mediador.

Os princípios da mediação consubstanciam os seus fundamentos éticos e funcionais. A dinâmica e os fundamentos da mediação de conflitos não afrontam ou desconhecem a validade dos textos do direito positivo, mas com eles não se confundem, pois a substância do método da mediação está na tópica, na problematização, na consideração teleológica, a partir do legítimo protagonismo transdisciplinar das pessoas envolvidas nas circunstâncias existenciais do conflito e do diálogo.

Nessa perspectiva, a mediação de conflitos, com seus valores, técnicas e habilidades, supõe princípios voltados ao

asseguramento da efetiva facilitação do diálogo, em condições de igualdade de oportunidades e liberdade igual, com vistas à compreensão e ao alcance dessa justiça do caso concreto.

As várias instituições brasileiras especializadas em resoluções sobre ética, a exemplo do CNJ, do CONIMA e do FONAME, elencam princípios nem sempre coincidentes para orientar as mediações judiciais e extrajudiciais. Disposições sobre esta matéria também estão contidas nos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional.

Identificamos e sintetizamos, neste manual, princípios da mediação propriamente dita e princípios do mediador, no intuito de tornar mais claros os pressupostos que norteiam as boas práticas.

Como princípios da mediação propriamente dita, estão aqueles, diretamente referidos ao método, que englobam todos os participantes no procedimento de mediação. Como princípios do mediador, incluem-se aqueles que norteiam a atuação dos mediadores. Eis, adiante, em separado, os princípios da mediação e os princípios do mediador.

4.1. Princípios da mediação: Autonomia, Confidencialidade, Oralidade, Informalidade, Consensualismo e Boa-fé.

Autonomia: a mediação de conflitos supõe a autonomia da vontade de pessoas capazes, no exercício da igual liberdade de pensamentos, palavras e ações, devendo o mediador abster-se de forçar um acordo e de tomar decisões pelos envolvidos,

podendo, quando muito, no caso da conciliação, criar opções, que podem ou não ser acolhidas por eles.

Confidencialidade: as necessidades, sentimentos e questões revelados durante a mediação não podem ser utilizados em qualquer outro ambiente. O dever de manter sigilo abrange todas as informações obtidas na sessão, salvo autorização expressa das partes, violação à ordem pública ou às leis vigentes, não podendo o mediador ser testemunha do caso, nem atuar como advogado dos envolvidos em qualquer hipótese.

Oralidade: a dialética da mediação é ditada pela oralidade da linguagem comum. As partes ou mediandos são os principais protagonistas do procedimento, mesmo quando contam com a assistência dos seus advogados.

Informalidade: apenas o termo inicial, ou o termo final de mediação, em que se registra o resultado obtido, será formalizado por escrito. Todas as demais anotações efetuadas durante a mediação devem ser destruídas.

Consensualismo: os participantes da mediação encontram-se no exercício de uma igualdade de oportunidades e de uma liberdade igual, de modo que todo o diálogo e qualquer decisão serão construídos consensual e livremente pelas partes e mediandos, de modo autocompositivo.

Boa-fé: é princípio da mediação a boa-fé, que caracteriza os tratos colaborativos em busca da satisfação de interesses comuns, embora contraditórios. Na mediação,

não há provas a produzir ou revelações que possam valer em qualquer outro ambiente, de modo que, enquanto não obtida a boa-fé, o procedimento estará inviabilizado.

4.2. Princípios do mediador: Independência, Imparcialidade, Aptidão, Diligência, Empoderamento, Validação e Facilitação de Decisão Informada.

Independência: o mediador não deve ter vínculos de amizade, trabalho ou parentesco com uma das partes, sendo dever seu revelar tais circunstâncias e abster-se de atuar na mediação. Os mediandos têm autonomia para desconsiderar essas circunstâncias.

Imparcialidade: o mediador deve manter-se imparcial durante o procedimento, de modo a assegurar aos participantes tratamento equitativo, isento, neutro. Dever de agir com ausência de favoritismo, preferência ou preconceito, assegurando que valores e conceitos pessoais não interfiram no resultado do trabalho, compreendendo a realidade dos envolvidos no conflito e jamais aceitando qualquer espécie de favor ou presente.

Aptidão: o mediador deve estar adequadamente capacitado a atuar em cada caso, com os necessários fundamentos teóricos e práticos definidos pelas instituições públicas ou privadas responsáveis pela administração do procedimento.

Diligência: as dinâmicas da mediação de conflitos dependem das particularidades das relações interpessoais e das

questões trazidas pelas partes ou mediandos, de modo que o mediador deve estar aberto para as novas situações e respeitar, até o final, os rumos que o procedimento tomar.

Empoderamento: é dever do mediador facilitar a tomada de consciência das partes ou mediandos para o fato de que eles estão mais habilitados a melhor resolverem seus conflitos presentes e futuros em função da experiência de justiça vivenciada na autocomposição.

Validação: deve o mediador estimular os interessados a perceberem-se reciprocamente como seres humanos merecedores de atenção e respeito, independente das suas diferenças.

Facilitação de Decisão Informada: é dever do mediador observar se as partes ou mediandos estão apropriados das informações suficientes à tomada de decisões conscientes e razoáveis, sendo de sua responsabilidade suspender as sessões, caso preciso, para que as partes ou mediandos obtenham as informações técnicas necessárias à decisão informada. Inclui o dever de assegurar aos mediandos que obtenham informações quanto aos seus direitos e ao contexto fático no qual estão inseridos.



Carlos Eduardo de Vasconcelos – Advocacia colaborativa: empresarial e de família. Graduado pela UNICAP. Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP. Diplomado pelas Universidades de Harvard/EUA, da Georgia/EUA e pela FGV. Diretor de Mediação do Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem – CONIMA. Presidente da Comissão de Conciliação, Mediação e Arbitragem da OAB/PE. Coordenador Pedagógico de Mediação e Práticas Restaurativas da FG/PE. Membro do Instituto dos Advogados de Pernambuco, do CBAr, do Conselho Consultivo da Escola Nacional de Mediação e Conciliação do MJ/CNJ – ENAM, do Conselho Diretor da Câmara de Mediação e Arbitragem da OAB/PE e do quadro de mediadores do CAM/CCBC. Palestrante emérito da Escola Superior da Advocacia/PE, autor, professor de mediação, negociação, arbitragem e hermenêutica jurídica. Integrou, em 2013, a Comissão de Juristas e Especialistas, no âmbito do Ministério de Justiça, que subsidiou a elaboração do marco legal da mediação.

Referências Bibliográficas:

AZEVEDO, André Gomma (org). *Manual de Mediação Judicial*. (Brasília/DF. Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD). 2013. 333p.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *Cláusulas escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem*. São Paulo: Saraiva, 2013. 354p

VASCONCELOS. Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. São Paulo: Método, 2014. 295p.

3

Mediador: seu Papel, seu Perfil e suas Habilidades

Ricardo Dornelles

- 1 - Quem é o mediador e qual sua formação?
- 2 - Quais são o papel, o perfil e as habilidades do mediador?
- 3 - Como escolher o mediador?

1 – Quem é o mediador e qual sua formação?

Qualquer pessoa pode se tornar mediador, desde que adquira capacitação técnica, possua legitimidade e seja hábil para exercer a atividade. A sua função primordial é de facilitar e restaurar o diálogo entre as partes para que as mesmas reconheçam seus interesses, compreendam o conflito que as reúne e encontrem um entendimento através de uma comunicação efetiva e respeitosa.

A função de mediador exige uma formação transdisciplinar. Muitos especialistas que desempenham essa atividade vêm da área jurídica, mas também pode ser desenvolvida por profissionais oriundos de outros campos, tais como psicólogos, psicanalistas, assistentes sociais, administradores, engenheiros etc. Para tanto, exige-se uma capacitação para atuarem como mediadores.

Para o CONIMA¹, a capacitação básica em mediação se divide em dois módulos: um primeiro, teórico-prático, isto é, com simulação de casos concretos; e um seguinte, de efetiva prática real supervisionada. Esta formação compreende conteúdo programático específico, com carga horária mínima de 60 (sessenta) horas, exigida frequência de pelo menos 90% (noventa por cento) do curso. A prática supervisionada de casos reais deve ter entre 50 (cinquenta) e 100 (cem) horas, sendo certo que a certificação será fornecida àquele que cumprir as duas etapas do ciclo de formação.

Já a Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de

1 Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem

Justiça estabelece que os cursos de capacitação, treinamento e aperfeiçoamento de mediadores judiciais precisam ser ministrados conforme conteúdo programático, número de exercícios simulados e carga horária mínimos ali estabelecidos e, ainda, ser seguidos necessariamente de prática real supervisionada e aprovados pelo Comitê Gestor da Conciliação e Mediação do Conselho Nacional de Justiça. Os treinamentos devem ser conduzidos por instrutores certificados e autorizados pelos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos do Conselho Nacional de Justiça. Portanto, somente aqueles que atenderem a esses requisitos, possuindo a certificação necessária, poderão solicitar registro no cadastro de mediadores do Poder Judiciário.

Da mesma forma, aqueles que se interessem por atuar como mediadores na Ordem dos Advogados do Brasil devem participar de uma formação conforme proposta apresentada pela Comissão Especial de Mediação, Conciliação e Arbitragem do Conselho Federal.

Entretanto, deve-se ter presente que não há necessidade de o mediador estar inscrito nos quadros da OAB.

O objetivo primordial da mediação consiste em incentivar o diálogo entre as partes, propiciando a harmonização dos interesses controvertidos pelos próprios envolvidos no conflito².

2 Ver: BOLZAN DE MORAIS, José Luis e SPENGLER, Fabiana Marion. Mediação e Arbitragem. Alternativas à jurisdição. 3a ed. Porto Alegre: livraria do advogado, 2012.

Enquanto o juiz e o árbitro conduzem processos que tendem a se concluir pela adjudicação, o mediador oferece acolhimento, provoca empatia e convida à colaboração através do diálogo.

Trata-se de uma atividade distinta de todas aquelas relacionadas às profissões tradicionais. Dessa maneira, o terceiro facilitador deve se desvincular da forma de atuação de seu ofício de origem. Entretanto, sempre que se fizerem necessários aportes técnicos, ele tem a tarefa de orientar as partes a convocarem o especialista respectivo para oferecer seus esclarecimentos em nova sessão. Ou seja, no caso de surgirem questões de direito durante a sessão de mediação na qual é conduzida por um mediador-advogado, por exemplo, esse não pode interferir a ponto de dar pareceres técnicos sobre o assunto em pauta.

Não cabe ao mediador julgar, exercer juízos de valor ou auxiliar juridicamente as partes. Seu papel é de ajudar a entender melhor os problemas, aparando arestas e retirando obstáculos que impeçam a melhor solução para o caso concreto, a partir da compreensão efetiva do conflito em toda a sua extensão e complexidade.

Se um dos mediadores é bacharel em direito, advogado, juiz, promotor, defensor público, pode identificar, facilmente, a partir de seus conhecimentos jurídicos, quando direitos e/ou deveres dos mediados estão sendo inobservados ou desconsiderados por falta de informação suficiente. Em situações assim, basta o mediador convidar os advogados que os assessoram a participarem presencialmente de uma ou mais

reuniões de mediação, para esclarecerem eventuais dúvidas. Todavia, há casos em que os mediados não constituem procuradores. Como o mediador precisa se manter imparcial e, portanto, não pode oferecer orientação jurídica às partes, deve fazer uso de ferramentas e técnicas próprias da mediação, de forma a demonstrar aos participantes a importância de consultarem especialistas no tema – no caso, advogados.

O mediador, com formação em Direito, deve se abster de atuar como profissional da área jurídica, com aconselhamentos. Diante de eventuais problemas jurídicos e técnicos surgidos durante a sessão, deve sugerir que os mediados consultem seus advogados. Mediadores não impõem acordos, nem orientam os mediados, muito menos lhes informam os resultados de demandas judiciais semelhantes às suas.

No caso de mediadores advogados, esses estarão impedidos, por razões éticas e legais, de exercer a advocacia em relação às partes que estiveram em mediação.

O mediador não deve intervir no conflito em si, mas contribuir para sua transformação de modo que as partes não se sintam pressionadas a acordar e sim a desenvolverem questões que as levarão a uma possível solução. Ele tem que agir sobre a subjetividade das pessoas, ajudá-las a entender suas peculiaridades, renunciando à interpretação³, essa abordagem tende a romper barreiras e certamente fortalece a cultura do diálogo.

3 WARAT, Luis Alberto. O Ofício do Mediador, p. 30, Florianópolis: Habitus, 2001.

Em decorrência disso, é necessária uma formação continuada, com cursos de reciclagem permanente, e a troca de experiência entre os profissionais, por exemplo por meio de grupos de estudo – sempre preservando-se o anonimato das partes. Não se pode perder de vista a necessidade de tratamento adequado de conflitos. Nessa linha de raciocínio, tem-se, como um dos norteadores da prática, o princípio da competência, decorrente da exigência de qualificação técnica do mediador. Comumente, a mediação é sujeita à avaliação dos usuários, na deliberada intenção de provocar reflexão da equipe técnica e aprimoramento constante dos trabalhos.

Insta ressaltar que o profissional poderá ter habilidades naturais, com perfil cooperativo e comunicativo. Todavia, deverá necessariamente participar de programas de treinamento em técnicas autocompositivas. Um profissional de primeira linha conjuga sensibilidade, habilidade e domínio da técnica.

2 – Quais são o papel, o perfil e as habilidades de um mediador?

O mediador tem o papel de encorajar e facilitar a solução de uma controvérsia. Os próprios envolvidos no conflito são os responsáveis pela tomada de decisão que melhor atenda a seus reais interesses, cabendo ao mediador ajudá-los na construção do diálogo, objetivando o encontro de uma alternativa ponderada, satisfatória e eficaz para todos envolvidos⁴. Deve então auxiliar as partes a resgatarem a comunicação rompida

4 SALES, Lília Maia de Moraes. Mediação de Conflitos, p. 23, 2003.

em prol de uma solução que vá ao encontro das necessidades de ambos os mediados. Esses estarão aptos para solucionar seus problemas por meio da mediação, quando desejarem preservar seu relacionamento com o outro, com o objetivo de tomar decisões que contemplem os interesses de ambos, num clima cordial, sem publicidade e sem demora⁵.

O terceiro facilitador, investido de sua função, auxilia os mediados na compreensão das questões e dos interesses que estão por trás das posições assumidas externamente, assim como reconhece a subjetividade subjacente trazida por ambos, objetivando o restabelecimento do diálogo e o apontamento das soluções consensuais que possam gerar satisfação mútua.⁶ Poderão aparecer informações que impulsionarão as partes a ultrapassarem o que quer que seja que esteja bloqueando uma negociação direta. Essa busca, em encontrar as motivações ocultas é uma entre outras tarefas que fazem com que a mediação seja eficaz e consiga atingir sua finalidade, qual seja: de desenvolver a comunicação e resgatar os laços entre os conflitantes.

O mediador deve ajudar cada pessoa envolvida de forma que elas aproveitem o conflito como uma oportunidade de crescimento interior, um ponto de apoio para renascer, falar e ouvir, refletir e impulsionar mecanismos interiores que as situem em uma posição ativa diante de seus problemas. Ele estimula todos envolvidos a fim de que encontrem, juntos, o roteiro que vão seguir para sair da encruzilhada e recomeçar a

5 VEZZULLA, Juan Carlos. Mediação. Teoria e Prática. 2.ed. Lisboa: Agora Comunicação, 2005.

6 SIX, Jean-François, Dinâmica da Mediação. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

andar pela vida com outra disposição. A atitude de busca do comum não deve fazê-los perder de vista que devem tomar o conflito como uma chance para gerenciar melhor seu cotidiano, ir além do problema proposto e apostar em melhorar o próprio transcurso substancial⁷.

Assim, o terceiro é quem facilita a participação ativa dos conflitantes no desenvolvimento e evolução do diálogo tendo em vista a construção de uma solução. Para que a dinâmica ocorra da melhor forma, o mediador não deve sugerir determinados comportamentos, somente ressaltar de forma sutil o poder e responsabilidade de cada uma das partes para que se sintam ouvidas e reconhecidas pela outra.⁸

O mediador não deve julgar, nem exercer juízo de valor, muito menos emitir opiniões. Ele não orienta as partes, tampouco direciona o conflito ou seus resultados. Não toma a iniciativa de propor soluções, devendo contudo ajudar os conflitantes a restabelecerem a comunicação.⁹ Pode ser melhor definido como um facilitador da comunicação entre os mediados, uma vez que ele passa a trabalhar em conjunto com eles, no sentido de auxiliá-los na busca incessante por seus verdadeiros desejos, por meio de um trabalho cooperativo entre todos os envolvidos – esse conceito “cooperatividade” possibilitará que as partes não se enfrentem (daí ser uma

7 WARAT, Luis Alberto. O Ofício do Mediador, p. 76-77, Florianópolis:Habitus, 2001.

8 SOUZA, Luciane Moessa de. Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 212.

9 BOLZAN DE MORAIS, José Luis e SPENGLER, Fabiana Marion. Mediação e Arbitragem. Alternativas à jurisdição. 3a ed. Porto Alegre: livraria do advogado. 2012

técnica não-adversarial); muito ao contrário: se solidarizem, assumindo o problema e buscando uma solução satisfatória para todos. Dessa cooperação derivará o trabalho investigativo durante as sessões, desempenhado pelo profissional, pois dele dependerá, e muito, o atingimento dos reais interesses, necessidades e anseios das partes¹⁰.

No tocante ao perfil do mediador, temos: a liderança que deve vir combinada com carisma e perícia; a postura de agente de transformação; a função de facilitador¹¹.

A orientação mais facilitadora de um mediador é quando este age no favorecimento ou administração da negociação entre os mediados, estabelecendo regras básicas, auxiliando o intercâmbio de informações e estruturando uma pauta, sem expressar qualquer opinião sobre o mérito de qualquer questão substância¹².

Além disso, o profissional deve se conhecer para poder ter ciência do que ele realmente é, o que representa e o que se espera dele, enfim, para ter controle de suas próprias emoções. Assim, o reconhecimento é habilidade imperiosa do mediador sob pena de comprometer todo o trabalho.

10 BRAGA NETO, Adolfo. Os advogados, os conflitos e a mediação. In: OLIVEIRA, Angela (Coord.). Mediação: métodos de resolução de controvérsias. São Paulo: LTr, 1999. p.94.

11 Fiorelli, Fiorelli e Malhadas Júnior, Mediação e Solução de conflitos. Ed. Atlas, 2008, p. 158-159.

12 RISKIN, Leonard L. Compreendendo as orientações, estratégias e técnicas do mediador: um padrão para iniciantes. Trad. de Henrique Araújo Costa. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.) Estudos em arbitragem, mediação e negociação. Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 2002.

Quando acolhemos emoções alheias, devemos enfrentar nossos próprios valores, crenças, experiências, amores e ódios, pois inevitavelmente estes serão instigados a se manifestar. Dessa forma, ser desprovido de preconceitos, possuir sensibilidade e não ser muito rígido nas suas posições, desenvolvendo flexibilidades mentais e relacionais, são características que ajudam bastante na boa condução dos trabalhos do mediador.

Um excelente mediador deve alinhar sua formação e conhecimento das ferramentas de comunicação e negociação com o trabalho emocional e a prática efetiva.

Consequentemente, ele não fará contratransferência das partes em relação ao conflito; muito ao contrário: terá consciência em relação ao papel que desenvolve.

Para ser mediador, é preciso estar além das técnicas de comunicação e negociação; é preciso ver o problema com um olhar colaborativo, é preciso renunciar as máscaras, aos jogos¹³.

Imprescindível que tenha capacidade de escutar ativamente e de depreender os interesses, valores, necessidades e possibilidade das falas dos mediados, além de ter foco, sensibilidade e habilidade no manejo dos temas abordados. Na prática, percebe-se que o desenvolvimento de uma boa percepção corporal voltada à identificação de questões é de extrema importância, pois através do corpo podemos identificar emoções não manifestas pelas palavras.

13 WARAT, Luis Alberto. O Ofício do Mediador, Florianópolis:Habitus, 2001.

A experiência de muitos mediadores atuantes demonstra que é fundamental que os mediados sintam-se empaticamente acolhidos pelo mediador e experimentem uma sensação de confiança e credibilidade em relação ao processo de mediação, de forma a se sentirem confortáveis em revelar, ainda que em reuniões privadas, as nuances do problema e cooperarem com a outra parte na busca de um entendimento. Além disso, é de suma relevância que esse profissional tenha criatividade, leveza e disponibilidade em sua atuação. O mediador é o responsável pela condução da mediação, seja por meio de reuniões conjuntas ou separadas¹⁴. Deve estar à frente e no controle do procedimento, não se permitindo perder o foco do trabalho, agindo sempre com prudência e ética, o que o faz peça essencial nesse contexto.

No âmbito do Judiciário, os profissionais que atuam na sessão de mediação, incluindo os advogados dos mediados, devem seguir alguns norteadores: cooperação e não competição, motivação e não discursos fechados e cristalizados, criatividade e não reiteração de soluções padrões, respeito à autonomia da vontade das partes e não decisão por terceiros, cooperação e confiança e não oposição e desconfiança¹⁵.

Não deve o mediador sofrer pressão interna ou externa. A liberdade de atuar do mediador está limitada apenas pelos princípios éticos inerentes ao instituto. O mediador está ainda adstrito ao princípio da independência, isto é, deve pautar pela independência das suas funções, livre

14 CALMON, Petrônio. Fundamentos da mediação e da conciliação. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 144

15 VEZZULLA, Juan Carlos. Mediação. Teoria e Prática. 2.ed. Lisboa: Agora Comunicação, 2005.p. 108.

de quaisquer pressões. O mediador é responsável pela prática dos seus serviços, só estando sujeito às regras deontológicas e ao respeito pelos princípios aplicáveis à mediação.

Dessa forma, ele poderá recusar, suspender ou interromper a sessão de mediação, caso compreenda que não estão presentes as condições necessárias para o bom andamento das sessões. Inclusive ele não tem obrigação de redigir acordos ilegais ou inexequíveis.

Para que conduza a sessão de forma adequada, o mediador deve estar conectado, consciente da sua atuação e da responsabilidade que esta carrega para as pessoas. É o “estar presente” aqui e agora. Deve ele fazer uma conexão consigo mesmo, a fim de tomar consciência do papel que irá exercer.

O mediador precisa atuar com autenticidade e verdade. Ser íntegro e maduro são requisitos básicos para exercer este papel. Também, deve usar toda a sua sabedoria para trazer o problema à tona e fazer com que as partes cheguem ao ponto central do conflito, para que assim exista a compreensão e a possibilidade de transformação e humanização por meio desse processo.

Ao iniciar a sessão de mediação, o mediador deve explicar claramente as etapas da mediação, como será sua atuação neste papel e quais suas expectativas com relação aos encontros a serem realizados. Deve dizer claramente que não dará respostas, bem como não induzirá as partes ao acordo, procurando manter a equidistância. Insta ressaltar que o procedimento da mediação obedece ao princípio da

informalidade, segundo o qual não há um rito processual rígido, mas alguns norteadores sobre como os participantes devem se portar, como será a atuação do mediador para que não se percam os objetivos da mediação e para que a harmonia possa ser mantida.

No mesmo sentido, deve ser dito que os mediados irão seguir com a sessão caso aceitem voluntariamente, estejam disponíveis internamente para participar e interagir. É fundamental que seja respeitada essa disponibilidade de participar, caso contrário, encerra-se imediatamente a sessão.

O mediador deve ser imparcial e dizer às partes, logo na abertura do procedimento, que agirá sem favoritismos, preferências ou preconceitos, e garantirá que valores e conceitos particulares não o influenciarão no resultado do trabalho, compreendendo a realidade dos envolvidos no conflito e jamais aceitando qualquer espécie de favor.

A imparcialidade parece ser difícil, tendo em vista a necessidade que se tem em promover o equilíbrio entre os conflitantes, balanceando as participações entre pessoas com perfis muito diferentes que, eventualmente, poderiam ser percebidas como mais fracas ou mais fortes.¹⁶

Imprescindível a referência à confidencialidade. O mediador deve esclarecer que manterá sigilo sobre todas as informações obtidas na sessão, não podendo testemunhar, tampouco atuar como advogado dos envolvidos. O intuito da mediação não pode ser, sob nenhuma hipótese, a produção de

16 Fiorelli, Fiorelli e Malhadas Júnior. Mediação e Solução de conflitos. Ed. Atlas, 2008, p. 149-150.

provas a serem usadas no âmbito de um processo judicial ou arbitral.

Diante do que foi dito, percebe-se que o mediador está adstrito a alguns norteadores de conduta que devem ser seguidos para se garantir a proficiência dos trabalhos; necessita pautar sua conduta em valores éticos, observando diversos princípios, tais como: imparcialidade, credibilidade, diligência, discrição, prudência, competência, independência, neutralidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade e informalidade. Ainda, deverá respeitar a ordem pública e as leis vigentes, devendo agir com lisura e respeito. A violação dessas diretrizes submete o mediador à exclusão dos cadastros aos quais estiver vinculado.

Conquanto o mediador não deva exercer juízos valorativos sobre o que é bom ou não para as partes ou para aquele determinado contexto, pode, por meio de ferramentas, auxiliar os mediados a refletirem sobre o que estão fazendo e estimulá-los a pensarem e criarem novas alternativas, bem como a avaliarem a viabilidade de cada uma delas, ou seja, se seria possível aplicá-las concretamente na vida real.

No final, ele acaba influenciando as partes, mas nunca no sentido de impor suas convicções e sim com o propósito de estimular os mediados a se escutarem, a se colocarem no lugar um do outro, a olharem para o futuro e a identificarem os verdadeiros interesses.

Nota-se, então, que o papel do mediador vai além de ser simplesmente o terceiro imparcial. Ele desenvolve inúmeras

habilidades que lhe permitem reconhecer as versões e as razões de cada mediado, fazendo com que encontrem, por si mesmos, a solução mais adequada e viável. Por isso, o mediador é um catalisador dos discursos das partes, ajudando-as a encontrarem seus reais interesses¹⁷, por meio de um processo dialógico e de reflexão, tendente a oportunizar crescimento e mudança social.

3 – Como escolher o mediador?

Quanto à escolha do mediador, essa será feita em comum acordo entre as partes, que poderão indicar nominalmente um profissional entre aqueles regularmente cadastrados e habilitados para o exercício da função. É sempre possível recorrer às entidades com lista de mediadores, entre as quais se inclui a OAB.

O mediador pode fazer parte de uma Câmara, Centro, Instituição ou Órgão ou pode atuar *ad hoc*, ou seja, de forma independente. Caso as partes queiram um mediador que tenha a advocacia como profissão de origem, cabe a elas ou a seus advogados procurarem a OAB, que disponibilizará o rol com os nomes dos membros por intermédio da Comissão Especial de Mediação de sua Seccional. Os advogados listados estarão devidamente cadastrados e habilitados a exercer o papel de

17 Experiência prática do Programa Mediação de Conflitos da Secretaria de Estado de Defesa Social de Minas Gerais – 2005 (LEANDRO; Ariane Gontijo Lopes; CRUZ, Giselle Fernandes Corrêa da. Programa Mediação de Conflitos da Secretaria de Estado de Defesa Social de Minas Gerais: delineando uma metodologia em mediação individual comunitária. In: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.) Mediação de Conflitos: Novo paradigma de acesso à justiça, Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 207)

mediador. O profissional então é escolhido de acordo com seu currículo e experiência prática.

No caso de mediação judicial, o mediador será indicado pela Comarca ou Tribunal competente, entre os profissionais cadastrados e habilitados, após o curso nos moldes da Resolução 125.

Ricardo Cesar Correa Pires Dornelles: Advogado, Mediador, especialista em Mediação e Justiça Restaurativa. Presidente da Comissão Especial de Mediação e Práticas Restaurativas da OAB/RS. Coordenador geral da Casa de Mediação OAB/RS. Instrutor na formação de mediadores pelo TJRS/CNJ. Membro do Núcleo de Estudos sobre Mediação e Justiça Restaurativa da Associação de Juizes do RS. Pós-graduado em Direito e Gestão Empresarial. Membro do Grupo Avançado de Estudos sobre Mediação Institucional – GAMEI. Professor em cursos de formação de Mediadores, Supervisor dos Estágios Práticos sobre Mediação e Justiça Restaurativa. Professor convidado em Programas de Pós-Graduação. Palestrante em seminários nacionais e internacionais, consultor em projetos sobre Mediação e Justiça Restaurativa para Governos e Empresas. Atua como mediador desde 2001.

4

Relevantes Contribuições do Advogado para a Mediação

Fabíola Orlando

- 1 – Saber avaliar se a mediação é adequada para resolver o problema do seu cliente.
- 2 – Saber escolher o mediador mais adequado para o caso.
- 3 – Saber como utilizar da melhor forma o mediador.
- 4 – Saber como se preparar e preparar seu cliente para a mediação.
- 5 – Saber escolher a estratégia de negociação mais adequada para cada caso (i) A função do advogado perante o procedimento de mediação; (ii) A função do advogado perante o cliente.

A função do advogado na mediação deve ser compreendida no contexto das características peculiares dessa modalidade de resolução de conflitos. Com isso, há uma postura própria do advogado em conformidade com a finalidade da mediação, a fim de proporcionar a maximização de sucesso no processo e a satisfação das partes¹.

A mediação é uma forma eficaz de resolução de conflitos, elaborada para dar maior qualidade e satisfação às partes que dela se utilizam. Embora seja um procedimento mais flexível e menos rigoroso – se comparado ao processo judicial tradicional –, também demanda organização, estrutura lógica e procedimento próprio, em conformidade com seus objetivos.

A contribuição do advogado para o êxito da mediação é inestimável. Contudo, mostra-se indispensável uma adaptação comportamental e estratégica em sua postura, com vistas a potencializar as chances de sucesso da mediação e amainar, ao invés de incrementar, o grau de litigiosidade entre as partes.

Como visto, a mediação tem características diferenciadas do processo judicial, pedindo, assim, uma postura diferenciada do advogado. Por se tratar de uma modalidade autocompositiva de resolução de conflitos – as partes possuem maior participação e controle sobre o procedimento e seu resultado, vez que a composição deriva de uma decisão construída entre elas e não decorrente da

1 A de função do advogado na mediação judicial encontra-se bem explicitada: “Programa de Estímulo à mediação: Guia sobre a Advocacia na Mediação: Noções Preliminares: Grupo de Trabalho para Implantação do Programa de Estímulo à mediação do TJDF, 2006, p. 9.

imposição de um terceiro² –, faz-se necessária uma postura do advogado direcionada a criar as melhores condições para a composição do litígio. Para isso, o advogado poderá/deverá utilizar a sua criatividade e experiência profissional.

Considerando, portanto, que a mediação tem objetivos singulares e que demanda do advogado especial habilidade perante o procedimento, é importante ressaltar a especificidade das técnicas utilizadas.

A maior flexibilidade da mediação proporciona e incentiva a criatividade das partes para proporem e construir soluções que abranjam ainda mais a satisfação dos seus interesses, desde os econômicos como também os não-econômicos:

*soluções estruturadas, ou seja, aquelas que contam com o uso da criatividade das partes e de seus advogados para buscar ganhos mútuos, constituem as soluções ótimas de uma demanda, quando comparada com o processo judicial tradicional, que se restringe somente ao pedido do autor, quando consolidada a relação jurídica processual.*³

Com este novo paradigma da justiça contemporânea,

2 Para melhor análise, verificar: Programa de Estímulo à Mediação: Guia sobre a Advocacia na Mediação: Noções Preliminares, pág.8.

3 A definição de mediação e sua funcionalidade encontram-se bem explicitada: “Programa de Estímulo à mediação: Guia sobre a Advocacia na Mediação: Organização: Grupo de Trabalho para Implantação do Programa de Estímulo à mediação do TJDF, 2006, p. 15.

mostra-se necessário o desenvolvimento de técnicas e habilidades que emprestem efetividade à mediação. O advogado não poderá se furtar de uma preparação adequada para atuar com proficiência nessa nova forma de solução de controvérsias.

Advogar em mediação com efetividade presume o desenvolvimento contínuo da habilidade de assessorar adequadamente seu cliente para estar em uma negociação de cunho colaborativo, que nada se aproxima daquela dinâmica tradicional, baseada na barganha. Um sólido conhecimento de como funciona o processo de mediação pode fazer toda a diferença, pois permite ao advogado aproveitar todo o potencial que essa modalidade de resolução de conflitos oferece.

Os aspectos essenciais para os advogados atuarem com segurança na mediação, permitindo que seus clientes resolvam seus conflitos economizando tempo, recursos e potencializando suas relações⁴, são os seguintes:

1. Saber avaliar se a mediação é adequada para resolver o problema do seu cliente: significa que o advogado deve conhecer as vantagens e desvantagens do processo de mediação e o que o diferencia dos demais métodos de resolução de disputas. Se seu cliente está procurando: (i) maior controle sobre o resultado final da disputa; (ii) um contexto em que tanto as questões jurídicas como as não-jurídicas podem ser resolvidas; (iii) preservar ou aperfeiçoar um relacionamento, seja ele pessoal, profissional ou comercial; (iv) evitar um

4 CORREA, Marcelo Girade Corrêa. Desafios, oportunidades e ameaças para a advocacia na mediação. Revista Resultado CACB/CBMAE/ Ano 10/ número 50/ Fevereiro/Março/ Abril de 2014, 25.

precedente; (v) soluções criativas que vão além do que seria possível obter em um tribunal; (vii) estruturar acordos duradouros; (viii) economizar tempo e dinheiro; (ix) manter a confidencialidade sobre a disputa; e (x) estudar possibilidades de expandir os ganhos; então a mediação pode ser uma opção altamente indicada. Todos, ou uma combinação desses itens, podem sinalizar que a mediação trará resultados satisfatórios para seu cliente.

2. Saber escolher o mediador mais adequado para o caso: existem mediadores com vários graus de experiência, especializados em várias áreas e com estilos diferentes de atuação. A escolha do mediador mais adequado tem uma relação direta com o resultado que se deseja alcançar. A disponibilidade de mediadores será cada vez maior e mais variada. No contexto privado, o mediador pode ser selecionado a partir de listas apresentadas por centros ou câmaras de mediação, ou diretamente por meio de profissionais liberais que oferecem esse serviço. Em qualquer uma das opções, é fundamental saber como esse mediador se formou, se possui alguma certificação reconhecida nacional ou internacionalmente, e quais as referências de outros casos em que já atuou. No caso de mediações judiciais, o mediador é indicado pelo tribunal e pode, ou não, ser aceito pelas partes. Nesse caso, pode-se solicitar a substituição do mediador mediante justificativa, sempre de forma negociada com o Centro Judiciário de Solução de Conflitos onde está sendo realizada a mediação. Tanto no contexto público como no privado, é fundamental saber como aproveitar ao máximo a presença desse terceiro que auxilia as partes a negociarem de forma mais produtiva.

3. Saber como utilizar da melhor forma o mediador:

esse aspecto presume que o advogado saiba, em detalhes, qual é o papel do mediador, quais as ferramentas e técnicas que pode utilizar e os limites éticos que envolvem a sua atuação. Sendo a mediação uma extensão do processo de negociação, grande parte do trabalho do mediador é gerar um ambiente favorável para que a tomada de decisão feita pelas partes aconteça dentro de um processo negocial produtivo, gerando o máximo de ganhos mútuos e minimizando as perdas. Um dos maiores bloqueios às negociações produtivas está na comunicação ineficiente e inadequada entre as partes. Uma outra grande função do mediador é incrementar a comunicação, ou seja, permitir que a troca de informações seja feita de forma fluida, contínua, respeitosa e com objetividade. Advogados estão acostumados a conduzir as discussões. Nesse novo contexto, são os mediadores que conduzem a sequência dos procedimentos. Os advogados mais experientes em mediação sabem como utilizar a presença do mediador para alcançarem os melhores resultados para seus clientes.

4. Saber como se preparar e preparar seu cliente para a mediação: uma vez decidida a tentativa de resolver a disputa pela mediação, o advogado e seu cliente devem se preparar minimamente para aproveitar ao máximo essa oportunidade. De forma geral, segue-se o mesmo roteiro de preparação de uma negociação. Definem-se os objetivos a serem alcançados – baseados nas necessidades e interesses do cliente – e a melhor estratégia para atingi-los – avaliando-se os pontos fortes e fracos, os riscos e qual a melhor alternativa a seguir, caso a mediação termine em impasse. A partir daí, a

regra é utilizar tudo que pensamos para nós como se fôssemos o outro lado. O que eles querem? O que é importante para eles? Quais são os seus interesses? Que chances eles teriam de obter uma decisão favorável? Quais propostas eles estariam dispostos a aceitar? Perguntas básicas que, normalmente, não são feitas e muito menos trabalhadas. Parte da preparação envolve trabalhar o cliente para participar da mediação potencializando suas chances de êxito. A maioria das pessoas nunca participou de uma mediação e não sabe o que irá acontecer naquele ambiente. Ao explicar detalhadamente o processo, e estruturar uma estratégia de atuação com seu cliente, o advogado demonstra o grande valor que pode ter nesse contexto. Do contrário, a experiência da mediação pode ser frustrante, apesar de existirem reais possibilidades de consenso.

5. Saber escolher a estratégia de negociação mais adequada para cada caso: de forma geral, podemos dividir as estratégias de negociação em dois tipos: distributiva e integrativa. A primeira também pode ser chamada de negociação baseada em posições, onde o modelo mental e o comportamento dos negociadores é voltado para como conseguir o maior pedaço da “torta”. É a forma mais comum de negociar e muito utilizada pela grande maioria dos advogados, uma vez que possui fortes características adversariais, compatíveis com a formação obtida nos cursos de Direito. Nessa abordagem, prevalece o enfoque unilateral da solução do problema, em que as propostas são pensadas para atender apenas os interesses de uma das partes. A outra estratégia, também conhecida como negociação baseada nos interesses, parte de

uma lógica diferente. A *forma mentis* dessa abordagem está centrada em como gerar soluções que integrem os interesses de ambas as partes. Para tanto, é necessário conhecer o que é importante para o outro lado, reconhecendo e legitimando suas necessidades. Parte-se do princípio de que, para que o outro me ajude a obter o que é importante para mim, devo ajudar o outro a obter o que ele deseja, total ou parcialmente (regra de ouro: reciprocidade). As propostas, portanto, são construídas levando-se em consideração os interesses de ambos os lados⁵.

Verifica-se, assim, que a função do advogado é considerar as melhores condições e circunstâncias que caracterizam o conflito, no sentido de se proporem soluções razoáveis de aceitação pela outra parte, por se basearem em critérios objetivos. Ou seja, a postura do advogado deve ser direcionada à análise dessas circunstâncias e dos interesses do cliente na composição do litígio, de maneira a auxiliá-lo na formulação de propostas razoáveis, satisfatórias, fundamentadas em critérios objetivos voltados a “maximizar sua satisfação e êxito no processo na medida em que se visualizam todos os interesses da parte, e não apenas aqueles juridicamente tutelados”.

Há de se considerar a função do advogado perante o procedimento de mediação e perante o cliente:

(i) A função do advogado perante o procedimento de mediação:

⁵ Palestra “Desafios, oportunidades e ameaças para a advocacia na mediação”, organizada pela CMA/OAB/DF, com o palestrante Dr. Marcelo Girarde Corrêa, no dia 26/03/2014, na sede da OAB/DF.

- concentrar-se nas questões de fato – é essencial que o advogado identifique os problemas que fundamentam o litígio entre as partes;

- sistematizar os interesses de ambas as partes;

- considerar os interesses das partes envolvidas, facilitando a criatividade para elaboração de soluções satisfatórias entre as partes, soluções estas que podem demandar menor tempo e menos custo emocional e material;

- atentar-se para não se concentrar em questões relacionadas a aspectos técnicos que abranjam minúcias e detalhes do litígio que não possuem a mesma importância que os interesses do cliente; ao contrário, tal comportamento será prejudicial ao cliente – maior tempo do conflito, maiores custos emocionais, maior litigiosidade e rivalidade entre as partes, dificultando a resolução do conflito com base no consenso”;

- análise do caso, elaboração de estratégias, conhecendo os reais interesses do cliente com a solução do conflito, identificando os pontos fortes e fracos de seu cliente, vislumbrando, assim, possibilidades de construção de acordo.

(ii) A função do advogado perante o cliente:

- informar o cliente sobre a natureza do procedimento de mediação: (a) mediação voluntária ou judicial; (b) etapas do processo de mediação; (c) participantes da mediação; (d) reuniões fechadas; (e) confidencialidade; (f) finalidades primárias e secundárias da mediação; (g) sobre a escolha da mediação; (h) sobre os possíveis acordos;

- informar o cliente sobre o papel do mediador: (a) qualificações do mediador, sua formação, experiência etc.; (b) normas éticas e deveres do mediador: neutralidade, boa-fé, imparcialidade, com relação às partes e ao tema em disputa; (c) o mediador auxilia as partes, não as julga; (d) o mediador está eticamente obrigado a não revelar informações recebidas em confiança;

- informar o cliente sobre o papel do advogado: (a) a função do advogado é obter a melhor resolução possível para o cliente; (b) analisar todas as possibilidades de ganhos mútuos; (c) analisar com seu cliente o conflito, identificando os seus reais interesses, convertendo em propostas criativas eventuais soluções; (d) analisar com seu cliente, objetivamente, as propostas da outra parte; (e) encontrar os melhores padrões para determinar quais serão os critérios objetivos a serem considerados;

- informar o cliente sobre: (a) o local e horário das sessões, atentando-se para a facilidade ou dificuldade de acesso ao local; afinal atrasos não favorecem em nada o ambiente de um processo voltado à composição de conflitos; (b) que, no processo de mediação, não existem partes vencedoras e vencidas, pois se intenta a satisfação dos interesses, por meio da construção de um possível acordo; (c) o sentido de não fazer intervenções em momento inoportuno; (d) a importância de manter o tom de voz propício à construção de consenso; (e) saber ouvir respeitosamente tanto a outra parte como o mediador; (f) a sabedoria de ser objetivo e claro nas explicações, quando houver oportunidade para isso; (g) a conveniência da adequação da apresentação visual do cliente, de maneira que

seus trajes, sua linguagem e sua postura possam refletir seu comprometimento e seriedade, bem como sua disposição em relação à mediação⁶.

Todos esses cuidados agregam valor, em termos de eficácia e qualidade, à condução do processo de resolução do conflito, visando a proporcionar maior satisfação ao cliente. Conclui-se, portanto, que o papel do advogado na mediação é fundamental e só corrobora o compromisso ético e profissional do advogado para com seu cliente.

É importante que o advogado reconheça que, na mediação, em face do seu caráter personalíssimo de oralidade, numa construção transdisciplinar, progressiva e confidencial, fundada na boa-fé e no protagonismo direto, transfere-se para os mediandos a voz, pois a eles cabe o sentir e o poder decisório. O advogado, durante a mediação, será o assessor de seu cliente, tendo o cuidado de contribuir, com dados técnicos-jurídicos, para o avanço de uma negociação de ganhos mútuos, mantendo-se em atitude não-adversarial.

O advogado deverá incentivar seu cliente a agir com boa-fé, a fim de conquistar a credibilidade do mediador e também facilitar e incrementar as chances de entendimento. “(...) deve também conscientizar o cliente da função do mediador, como um condutor da construção da melhor solução, da necessidade de sua participação como cliente no processo, por meio de posições racionais, objetivas e flexíveis⁷”.

6 Para melhor análise verificar: Programa de Estímulo à Mediação do TJDF: Guia sobre a Advocacia na Mediação: Noções Preliminares, pág.33.

7 VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. Mediação de Conflitos e práticas restaurativas. op.cit.,p.83

Igualmente, por conhecer as normas de ordem pública, o advogado esclarecerá os limites jurídicos a serem considerados, concorrendo para um acordo baseado em fundamentos jurídicos válidos, evitando possíveis nulidades. Com tal comportamento, os advogados poderão contribuir para uma comunicação construtiva e esclarecida entre as partes, em defesa dos legítimos interesses dos clientes⁸.

Fabíola Orlando – Advogada, Formada pela Universidade de Brasília. Especialista em Violência Doméstica e crianças abusadas; Especialista em Direito de Família e Psicanálise; Mediadora Interdisciplinar. Diretora do Instituto dos Advogados do Distrito Federal IADF.

⁸ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. Mediação de Conflitos e práticas restaurativas.op.cit.,p.83

5

A Ética na/da Mediação

Samantha Pelajo

- 1 – Normas Éticas: *códigos aplicáveis.*
- 2 – Princípio Ético: *autonomia da vontade.*
- 3 – Princípio Ético: *isonomia entre os mediandos.*
- 4 – Princípio Ético: *lealdade / boa-fé.*
- 5 – Princípio Ético: *imparcialidade.*
- 6 – Princípio Ético: *independência.*
- 7 – Princípio Ético: *competência.*
- 8 – Princípio Ético: *diligência.*
- 9 – Princípio Ético: *credibilidade.*
- 10 – Princípio Ético: *informalidade.*
- 11 – Princípio Ético: *não-adversaridade.*
- 12 – Princípio Ético: *confidencialidade.*
- 13 – Um Exemplo de Código de Ética.

1 – Normas Éticas: *códigos aplicáveis.*

Consoante se depreende dos capítulos anteriores, a mediação tem natureza transdisciplinar, porquanto oriunda de diversas áreas do conhecimento, como a Filosofia, a Sociologia, a Psicologia, a Comunicação, a Negociação, o Direito, a Teoria dos Jogos, dentre outros, e, ao mesmo tempo, responsável pela sistematização de uma nova disciplina. Natural, portanto, que a função de mediador não se limite a uma área do conhecimento e, ainda, seja exercível por toda e qualquer pessoa que tenha passado por uma capacitação específica.

A questão é saber se o mediador precisaria observar o Código de Ética da Mediação tão simplesmente ou se também estaria vinculado às normas éticas de sua profissão de origem. Sendo o mediador advogado, por exemplo, precisaria ele respeitar as diretrizes do Código da OAB?

Conquanto não se possa desconsiderar as saudáveis divergências de opinião a respeito do tema, a resposta a essa questão parece ser positiva: o mediador deve se sujeitar aos norteadores éticos da função mediativa e de sua profissão de origem. Isso porque, por mais que não lhe seja possível cumular papéis – ou atua como mediador, ou assessora o cliente como advogado –, fato é que, mesmo quando o profissional está na função de mediador, ele não deixa de ser inscrito na Ordem dos Advogados e, portanto, de estar submetido às normas éticas previstas pela entidade.

Como referências éticas vigentes em âmbito nacional,

pode-se citar o código elaborado pelo CONIMA¹, com o propósito de oferecer diretrizes éticas à prática privada da mediação de conflitos, e o código editado pela Resolução nº 125 do CNJ², cujo anexo III é dedicado aos norteadores éticos para a prática judicial da mediação de conflitos.

2 – Princípio Ético: autonomia da vontade.

São inúmeros os métodos de resolução de controvérsias existentes no cenário nacional. A opção pela mediação cabe às pessoas envolvidas no contexto conflitivo. A fase de pré-mediação tem por objetivo oferecer esclarecimentos sobre o método e sua especial adequação às relações continuadas no tempo, a fim de oportunizar o exercício da liberdade informada pelos interessados.

Contudo, a autonomia – verdadeiro fundamento de validade do instituto da mediação – não é percebida apenas por ocasião da escolha ou não do instituto como método. A vontade das partes também é determinante ao elegerem: quem será(ão) o(s) mediador(es); qual será a periodicidade e a duração dos encontros; por quanto tempo durará o processo; se têm disponibilidade para participarem de reuniões privadas ou apenas de encontros conjuntos; quais alternativas gostariam de eleger como opções; dentre as possibilidades, qual delas seria de benefício e satisfação mútuos, considerados os custos e sua real viabilidade no contexto do caso concreto; se o acordo será

1 Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem – http://www.conima.org.br/codigo_etica_med - acessado em 14/09/2014.

2 Resolução no 125 do Conselho Nacional de Justiça – <http://cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010>, acessado em 14/09/2014.

ou não celebrado e em que termos: provisório ou definitivo, total ou parcial, escrito ou verbal; qual o grau de eficácia jurídica que pretendem conferir à avença; etc.

Dilema: cabe a participação de menores de idade, pessoas mentalmente instáveis ou emocionalmente fragilizadas na mediação?

Essa questão é bastante delicada e suscita controvérsias. A princípio, a resposta seria: apenas pessoas plenamente capazes podem estar em mediação, pois se trata de processo com alto conteúdo negocial, que, portanto, demanda capacidade reflexiva e de autodeterminação. A presença de incapazes³ seria cabível depois de celebrado um eventual acordo, na intenção de compartilhar com os infantes o encaminhamento construído em coautoria pelos adultos. Pessoas mentalmente instáveis ou com um grau ainda inicial de senilidade poderiam participar, desde que acompanhadas por psicólogos ou outros profissionais com habilidades específicas, cuja presença e atuação se limitaria à prestação de auxílio e/ou esclarecimentos ao incapaz.

Se, no entanto, a questão é meramente de fundo emocional, o mediador precisa ter cuidados especiais, que garantam o exercício pleno do protagonismo do mediando ao longo do processo e de sua autoria, quando da fase de exploração e negociação de alternativas. O que se busca evitar, a todo custo, é o subjugo de uma das partes pela outra. Cabe ao mediador balancear as participações, preservando sua

3 Há, no entanto, uma modalidade de mediação - pais / filhos adolescentes - , que pode se beneficiar da mediação como instrumento de construção de consenso nessa fase tão peculiar da formação da personalidade dos indivíduos.

imparcialidade. Se perceber que não será possível garantir esse equilíbrio ótimo, tem o dever ético de interromper a mediação.

Dilema: *cabe mediação se já houve ou há episódios de violência entre os mediandos?*

Também quanto a esse ponto, as opiniões são dissonantes. Há quem acredite que a existência, ainda que pretérita, de episódios de violência impediria a realização da mediação. Outros defendem que o processo de negociação assistida seria possível se a hostilidade tiver sido pontual e superada. Uma terceira corrente sustenta que um mediador experiente pode conduzir um caso em que tenha havido ou ainda haja momentos de agressão; para tanto, precisará se valer de recursos que possam garantir o exercício genuíno da liberdade pelos mediandos, como, por exemplo, reuniões exclusivamente privadas.

3 – Princípio Ético: *isonomia entre os mediandos.*

Um dos principais norteadores da mediação é a preservação do equilíbrio entre os mediandos. Busca-se garantir a cada uma das partes oportunidades iguais de fala e de escuta. Ainda que as perspectivas trazidas sejam muito distantes entre si, o mediador deve legitimar ambas as percepções da realidade e buscar compreender o porquê de cada uma vivenciar o contexto fático e/ou aquela relação como expõe em sua narrativa; quais foram as incompreensões

ou inconsistências que ocorreram ao longo do caminho; que pontos de afinidade ou confluência subsistem ou foram vivenciados no passado.

Dilema: o que fazer quando um dos mediandos pede reunião privada (caucus) e o outro se recusa a concordar?

Em algumas situações, uma das partes simplesmente não vê necessidade de se reunir privadamente com o mediador. Nesses casos, a tendência é de se esclarecer aos mediandos os motivos pelos quais se costuma garantir oportunidades equivalentes a todos. Se, depois desta explicação, um dos mediandos seguir insistindo na desnecessidade de estar sozinho com o mediador, mas sem demonstrar qualquer desconforto em relação ao encontro da outra parte com o profissional, não há inconvenientes maiores.

Contudo, a questão pode ser a ausência de confiança do(s) mediando(s) em relação ao que pode ser dito pela outra parte em um contexto privado e, conseqüentemente, sigiloso. Sendo esse o caso, enquanto a confiança não se estabelecer, não será possível a realização de encontros separados.

Dilema: o que fazer quando um dos mediandos comparece acompanhado de advogado e o outro não, ou quando apenas um deles têm vínculo com sua rede de pertinência?

A rigor, diante da presença do assessor jurídico de

apenas uma das partes, o mediador tem dupla possibilidade de encaminhamento da questão: (i) negocia o reagendamento da reunião, de forma a permitir a participação de ambos os advogados, ou (ii) mantém o encontro apenas com os mediandos, convidando os patronos para uma oportunidade seguinte. Contudo, sempre há a possibilidade de o mediando que compareceu sozinho demonstrar, com convicção, que não haveria nenhum inconveniente de estar desacompanhado, eis que seu advogado se manteria acessível por telefone, caso considerasse oportuno fazer um contato ao longo da reunião.

No tocante às redes de pertinência, o mediador deve identificar quem são as pessoas que fomentam a discórdia e que poderiam, caso tivessem a oportunidade de compreender as premissas que levaram os mediandos a construir consenso, incentivar o entendimento. Quando uma das partes tem uma ou mais pessoas de sua rede que, na opinião do mediador, precisariam ser incluídas, encontra-se um jeito de também convidar alguém que possua vínculo com o outro mediando. Nada impede, no entanto, que haja uma combinação diferente dessa. O que importa é que não haja sensação de *desbalance*.

4 – Princípio Ético: *lealdade / boa-fé*.

Não raro ouve-se mediadores afirmando peremptoriamente que não cabe mediação quando não há boa-fé. Tal assertiva é, de fato, verdadeira. No entanto, é preciso muito cuidado na interpretação dos dados de realidade. Há situações em que as pessoas estão tão receosas ou prevenidas,

que acabam dando a falsa sensação de estarem agindo com deslealdade. Convém lembrar que, de acordo com nossos costumes sociais e legais, má-fé não se presume.

Dilema: e se os mediandos não acreditam na idoneidade moral um do outro ou se demonstram ter ‘agenda oculta’, que não pretendem revelar ao outro?

No mais das vezes, quando as pessoas chegam à mediação, já exauriram todos os recursos para alcançarem, por elas mesmas, uma composição. Assim, é muito natural que, no início do processo, não demonstrem confiança na pessoa do outro ou na real possibilidade de se alcançar um consenso. Cabe ao mediador, por meio de ferramentas procedimentais, de comunicação e negociação⁴, oportunizar às partes um ambiente colaborativo e de separação das pessoas dos problemas⁵.

O fato de uma ou ambas as partes demonstrarem ter motivações que não gostariam de revelar a outra parte não enseja, por si, a necessidade de encerramento do processo. Contudo, quando se pode depreender dessas motivações a intenção de lesar o outro ou de deixá-lo em uma situação de desequilíbrio na negociação, o processo não poderá prosseguir. O mediador precisará descontinuí-lo, sem, no entanto, expor suas razões.

4 ALMEIDA, Tania. Caixa de Ferramentas em Mediação: aportes práticos e teóricos. Dash editora. São Paulo. 2014.

5 FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. Como Chegar ao Sim: a negociação de acordos sem concessões. Imago. Rio de Janeiro. 1994.

Dilema: e se os mediandos alcançam um acordo que importa em algum tipo de fraude ou simulação?

A mediação é um instituto que tem por objetivo alcançar o entendimento e a harmonia entre pessoas que mantêm relação continuada no tempo. Contudo, não se propõe a lesar terceiros para atingir esse fim. Há contextos em que o mediador não conseguirá perceber o desenho de uma fraude ou simulação. Nessas situações, os advogados das partes têm papel determinante, pois podem – e devem – impedir a violação ao(s) ordenamento(s) jurídico(s) aplicável(eis).

5 – Princípio Ético: imparcialidade.

A despeito de possuir valores, princípios, concepções e experiências, como qualquer outro ser humano, o mediador precisa se manter equidistante e imparcial, tanto em relação às partes, quanto ao tema objeto da controvérsia. Não se olvida da dificuldade desse exercício, notadamente em razão da necessidade de se conciliar a imparcialidade com o acolhimento, a legitimação e a empatia, tão caros e determinantes em sua função. Sem dúvida, o mediador precisará estar sempre atento, cuidando ativamente de manter, a um só tempo, sua vinculação com o processo e as narrativas dos mediandos e, ainda, sua desvinculação da pessoa de cada uma das partes.

Dilema: o que fazer se o mediador percebe, durante a mediação, que já teve algum vínculo com pessoa próxima a um dos mediandos ou que nutre profunda

antipatia ou simpatia por um deles?

No caso de o mediador perceber que conhece pessoa próxima a um dos mediandos, sua postura deve ser a mais franca possível, revelando prontamente a informação. As partes podem concordar com a permanência do mediador à frente dos trabalhos, se esse declarar que se sente absolutamente livre de pressões, internas ou externas, para seguir conduzindo o processo com imparcialidade e isonomia.

Dilema: o que fazer se, na percepção do mediador, um dos mediandos está prestes a celebrar um acordo que lhe é significativamente desfavorável?

O mediador deve zelar pelo equilíbrio e pelo alcance de soluções mutuamente satisfatórias e benéficas. No entanto, não lhe cabe exercer juízos de valor ou orientar as partes. Caso perceba que faltam informações a um dos mediandos e que, em razão desse *desbalance*, ele está prestes a celebrar um acordo que lhe é francamente prejudicial, o mediador deve sugerir que, antes da formalização do ajuste, os negociadores busquem a orientação legal de seus assessores jurídicos.

6 – Princípio Ético: *independência*.

Como muito se comentou neste Manual, o lugar do mediador é de absoluta isenção e respeito à liberdade e individualidade dos mediandos. A proposta é de que as partes possam compreender as razões do desentendimento, identificar os interesses subjacentes e construir soluções “ganha-ganha”,

com o franco propósito de se manterem autoras de sua própria história, livres de decisões adjudicadas por terceiros. Estabelece-se uma confiança recíproca entre mediador e mediados, que não pode ser comprometida sob nenhuma hipótese. O mediador tem o dever de conduzir o processo de diálogo e negociação assistidos segundo os respectivos preceitos éticos e técnicos do instituto, guiando-se ainda por sua sensibilidade e experiência acumulada.

Dilema: e se os mediados pedem a um mediador *ad hoc* para mediar o caso por uma instituição pública ou privada, que tem regulamento incompatível com seu perfil de condução do processo, ou se o mediador ouve o juiz da causa (mediação judicial) ou o diretor da câmara (mediação privada) comentar valorativamente o caso?

Não há qualquer inconveniente em um mediador *ad hoc* aceitar mediar um caso em uma câmara ou instituição, como convidado externo. Contudo, só deve fazê-lo quando as diretrizes institucionais forem condizentes com sua prática. Se há preceitos que descaracterizariam sua forma de atuação, deve, com toda delicadeza, declinar do convite.

Outra situação bastante intrincada consiste em ouvir comentários valorativos sobre o caso. Nesse caso, o mediador deve desconsiderar por completo o que foi dito, lembrando sempre da regra de ouro segundo a qual o senso de justiça deve ser construído pelos mediados, ou seja, é interno a cada relação. No entanto, se lhe for feito um pedido ou uma sugestão de encaminhamento, o mediador deve pedir sua

imediate substituição no caso, sem motivar suas razões, para evitar expor as próprias partes.

Dilema: e se for imprescindível a busca por especialista(s) em determinado tema e as partes não conhecerem um profissional qualificado: o mediador poderia indicar?

Por vezes, há questões de cunho eminentemente técnico que demandam informações especializadas para serem adequadamente compreendidas e encaminhadas. Nesses casos, o mediador estimula as pessoas a identificarem que especialidade esse profissional precisaria ter e quais poderiam ser os critérios de busca no mercado. Se de todo não for possível às partes encontrar, por si mesmas, esse especialista e caso peçam ajuda ao mediador, este deve lhes oferecer um rol com, pelo menos, três nomes de profissionais tecnicamente qualificados.

7 – Princípio Ético: *competência*.

Como aduzido neste Manual, mediador é o profissional capacitado tecnicamente para conduzir um conflito, promovendo a facilitação do diálogo. Contudo, a formação em mediação só lhe garante o domínio das técnicas procedimentais, de comunicação e negociação. Há contextos que demandam conhecimento específico acerca do tema a ser mediado. A mediação é conduzida, fundamentalmente, por meio de perguntas. Portanto, o mediador precisa conhecer as especificidades daquela realidade, para poder fazer perguntas

adequadas e transformadoras. Assim, um mediador, por mais experiente que seja em uma determinada área, só deve aceitar o encargo de atuar em outro campo de conhecimento, se dominar tais singularidades e/ou estiver acompanhado de um comediador especialista.

Dilema: como fazer se o mediador se dá conta de que a linguagem usada pelos mediandos é essencialmente técnica e que, portanto, precisa constantemente perguntar o significado de expressões ou que a controvérsia tem nuances antes não consideradas e que teria muita dificuldade de formular as perguntas mais adequadas àquele contexto?

Essa análise deveria ser preliminar, ou seja, deveria se dar antes da aceitação do compromisso de conduzir o caso. Contudo, pode acontecer de, ao longo dos trabalhos, se perceber que a complexidade técnica era maior do que se podia supor, seja em termos de linguagem, seja no tocante às especificidades. Em circunstâncias assim, o mediador tem duas alternativas: pedir sua substituição por um profissional que domine não só a técnica (mediação) como também a matéria (realidade da controvérsia) ou convidar esse profissional para comediador o caso consigo.

Dilema: como fazer se o mediador se dá conta de que o acordo que está sendo desenhado pode não ser juridicamente viável?

Muito se falou neste Manual sobre a importância dos advogados. Os assessores jurídicos das partes convidam seus clientes a assumirem uma postura colaborativa, ou seja,

voltada à superação do problema e não à desqualificação da pessoa do outro e/ou de seus argumentos. Também tem o relevante papel de ajudar a pensar alternativas de solução para o desentendimento, assim como a sopesar os custos e benefícios de cada uma das possibilidades consideradas. Não obstante, é atribuição dos advogados conferir a viabilidade e o grau de eficácia jurídica do acordo que se pretende celebrar.

Assim, deve o mediador instar as partes a pedirem revisão legal por parte de seus assessores, antes de formalizarem qualquer entendimento. Caso os mediandos dispensem expressamente a consulta sugerida – mesmo depois de terem compreendido a relevância do especialista para a garantia da exequibilidade jurídica do acordo –, só resta ao mediador respeitar a autonomia da vontade manifestada pelas partes.

8 – Princípio Ético: *diligência*.

A solução da controvérsia precisa acontecer no tempo das pessoas. O processo de mediação costuma começar pelo restabelecimento da fluidez e clareza na comunicação dos mediandos, sendo sequenciado pela negociação, que tem lugar mais adiante, depois de mapeados os interesses e provocada a empatia. O mediador, na qualidade de condutor do processo, precisa estar atento aos avanços obtidos. É sua a responsabilidade de balancear os ritmos decorrentes dos diferentes perfis e equalizar a urgência experimentada pelos mediandos, com o tempo necessário para a superação da desavença.

Dilema: e se o mediador percebe que já exauriu todos os recursos e técnicas possíveis e que não há avanços significativos há duas reuniões ou que um dos mediandos pode estar usando o processo para ganhar tempo ou procrastinar um processo judicial suspenso?

Caso o mediador perceba que não haverá progressos para além dos já alcançados, deve descontinuar o processo, mantendo-se à disposição para retomar a mediação em um outro momento, caso se vislumbre possibilidades concretas de avanços.

Sob nenhuma hipótese o mediador poderá seguir com o processo de diálogo e negociação assistidos, se perceber que um mediando só tem a intenção de ganhar tempo. Se essa impressão se confirmar, o mediador deve interromper o processo, sem declinar os motivos, para não expor as partes ou fomentar o litígio.

Dilema: e se um dos mediandos volta a procurar o mediador, alegando que o acordo não teria sido cumprido?

A mediação nem sempre se conclui com a celebração da avença. É possível que haja reuniões de monitoramento, em que o mediador auxilia as partes em sua implementação. Acordos são de intenção. Por vezes, há micro ajustes que precisam ser feitos para se garantir fluidez e concretude aos compromissos assumidos reciprocamente. Assim, é perfeitamente possível que o mediador, procurado por uma das partes com a alegação de descumprimento dos termos do ajuste, reinicie os trabalhos,

com vistas a auxiliar os mediandos a compreenderem o que houve e quais as possibilidades de superação das dificuldades experimentadas.

9 – Princípio Ético: *credibilidade*.

O mediador tem um primeiro desafio, qual seja: estabelecer um bom *rapport* – vínculo de confiança – com as partes. Essa conquista se dá a partir da consistência percebida pelos mediandos quanto à postura e sinceridade de propósitos do mediador. Qualquer quebra na qualidade dessa dinâmica ou das expectativas geradas acabará por esmaecer a confiança conquistada e, conseqüentemente, provocar a desvinculação de uma ou de ambas as partes do processo de diálogo e negociação assistidos.

Dilema: o que fazer quando o mediador precisa se afastar por algum tempo em razão de alguma intercorrência ou quando houve uma combinação inicial de um número de reuniões, mas a mediação precisaria de mais encontros para ser concluída a contento?

O mediador não deve se comprometer com uma mediação se não for poder conduzi-la na periodicidade ajustada com as partes. Contudo, no caso de alguma intercorrência que não se poderia prever *a priori*, o mediador deve negociar com os mediandos a suspensão do processo ou sua substituição.

Há contextos em que mediador e mediandos definem um número determinado de reuniões. Ao final desses encontros,

se houver razões concretas que justifiquem uma extensão de prazo, o mediador poderá negociar com os mediados a permanência da mediação por mais algum tempo. Contudo, não caberá, sob nenhuma hipótese, persuasão.

Dilema: o que fazer se o mediador deixa transparecer, em uma pergunta, algum tema sobre o qual deveria manter sigilo?

Essa questão é delicadíssima. O mediador precisa ter cuidado redobrado com as reuniões privadas (*caucus*), nas quais os mediados compartilham informações que não gostariam que a outra parte tivesse conhecimento. No caso de o mediador deixar transparecer uma questão sigilosa, por meio de uma pergunta mal formulada, precisará ser franco e honesto quanto ao equívoco. Caso a falta de discrição provoque em uma das partes a intenção de encerrar o processo, o mediador deve acatar a decisão, sem qualquer consideração adicional.

10 – Princípios Éticos: *informalidade*.

O processo de mediação se desenvolve em um contexto de informalidade, exatamente na intenção de gerar acolhimento e naturalidade entre os mediados. A proposta é de que resgatem a comunicação rompida, convolem a dinâmica adversarial em colaborativa e celebrem acordos “ganha-ganha”, que sejam sustentáveis no tempo. As partes atuam como protagonistas, ou seja, em regra, não são representadas por seus advogados, cuja função é de assessoria, e terão a oportunidade de expressar

suas diferentes percepções acerca da controvérsia e de ouvir a perspectiva do outro sobre o contexto fático vivenciado.

Dilema: o que fazer se um dos mediandos insiste muito em apresentar provas de suas alegações ou se condiciona o prosseguimento da mediação a uma visita do mediador ao local em que se passa a controvérsia?

Na mediação, não há lugar para julgamentos ou juízos de valor. Nesse sentido, não há necessidade ou mesmo cabimento para a produção de provas. É papel do mediador legitimar as diferentes visões da realidade, afastando-se da dicotomia entre certo e errado, verdade e mentira. Contudo, se ambas as partes considerarem interessante que uma cláusula do contrato, objeto da controvérsia, seja lida durante a mediação, com vistas a se entender as razões que ensejaram interpretações diversas pelas partes, ou, se os mediandos concordam que seria produtivo realizar um dos encontros no local da desavença, o mediador poderá acolher a vontade das partes, sem dificuldades maiores. Só precisa ficar claro para todos que a valoração apreciativa será dos mediandos e não do mediador.

Dilema: o que fazer se um dos mediandos encontra com o mediador casualmente e desanda a falar sobre o caso?

Essa situação pode acontecer em um encontro casual ou até mesmo em razão de um telefonema – o mediador faz contato para confirmar a reunião do dia seguinte e o mediando começa a lhe contar como foram os últimos dias ou qual é sua preocupação no momento. Em contextos assim, o mediador

deve, com habilidade, convidar aquela pessoa a compartilhar suas considerações na reunião seguinte. Se for necessário, o mediador pode lembrar de seu dever de imparcialidade.

11 – Princípio Ético: não-adversaridade.

Alguns poderiam dizer que esse princípio não teria, propriamente, cunho ético. De toda forma, cuida-se de um dos pilares da mediação.

A dinâmica de argumentação e contra-argumentação ou mantém as pessoas reféns do desentendimento, ou faz com que uma delas saia vencedora daquele determinado embate, não pelo reconhecimento da propriedade dos argumentos alheios, mas por exaustão. A proposta da mediação é de que as partes possam se ouvir, para considerar e refletir sobre o ponto de vista uma da outra. Tende a transformar os envolvidos no conflito em corresponsáveis pela superação da controvérsia; tende a alcançar soluções mutuamente benéficas e, portanto, de simples implementação.

Dilema: e se o mediador percebe que os mediados seguem sem disponibilidade para escuta ou empatia, ou se o advogado de uma das partes demonstra postura competitiva?

É compreensível que essa mudança de postura leve algum tempo. O mediador deve estimular as pessoas, por meio de perguntas, a perceberem a sabedoria que está contida na laboração conjunta. O reconhecimento de que o problema

pertine a ambos e que sua resolução trará benefícios a todos os envolvidos na controvérsia costuma fazer com que as partes migrem da competição para a cooperação.

Nessa empreitada, os advogados podem ter contribuição decisiva. Por vezes, chegam na mediação ainda sem esse olhar colaborativo. Nesses casos, cabe ao mediador contribuir para sua sensibilização. Um recurso útil costuma ser uma reunião privada apenas com os advogados, oportunidade em que ouvirá as preocupações e compartilhará sua proposta de trabalho em equipe.

Dilema: e se há processos adversariais tramitando em paralelo e os mediandos seguem se desqualificando nessas searas?

Muito se discute sobre a conveniência ou não da suspensão dos processos judiciais ou arbitrais que tramitam em paralelo à mediação. Percebe-se vantagens e desvantagens. Se os processos seguem seu curso, não se perde tempo, caso a mediação não chegue a um acordo global. Contudo, é de se ponderar que, no mais das vezes, a dinâmica adversarial acirra os ânimos a cada desdobramento, o que tende a interferir negativamente nas chances de êxito da mediação. O ideal é sopesar custos e benefícios e negociar com as partes e seus advogados a melhor forma de encaminhamento.

12 – Princípio Ético: *confidencialidade*.

O processo de mediação é protegido pela

confidencialidade. É o sigilo que garante a revelação de informações primordiais para a riqueza e o sucesso da negociação. Nas reuniões privadas (*caucus*), a preservação da discrição é qualificada, isto é, as partes podem pedir ao mediador para não compartilhar determinadas informações com a outra e esse compromisso precisa ser respeitado de forma absoluta.

Dilema: o que fazer se um dos mediandos revela que está na iminência de praticar um crime ou acusa o outro de abuso ou maus tratos contra incapaz?

Há exceções ao dever de sigilo, que precisam ser claramente informadas quando do início dos trabalhos: se o mediador presenciar a prática de um crime ou souber pelo próprio mediando que este estaria na iminência de cometer um delito, não lhe restará outra possibilidade a não ser revelar o fato às autoridades. Contudo, se há uma denúncia de maus tratos ou abuso, por parte do outro mediando, há que se ter muita cautela, pois a afirmação, por vezes categórica, pode ser fruto de uma interpretação equivocada dos fatos. Demais disso, o natural seria que o próprio mediando acionasse as instâncias cabíveis.

Dilema: o que fazer se o juiz intima o mediador como testemunha ou informante, dizendo que seu depoimento é fundamental ao deslinde da causa?

O mediador tem o dever de preservar as informações reveladas durante a mediação. A quebra desse compromisso importaria no comprometimento do próprio instituto. Assim, o

mediador não deve, sob qualquer hipótese, depor em juízo. É muito comum que os Códigos de Ética garantam ao mediador a prerrogativa do sigilo e que as partes assinem um termo de confidencialidade. Por fim, o Código de Processo Civil exige a testemunha do depoimento “de fatos a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo”.

13 – Um Exemplo de Código de Ética⁶.

Art. 1º A Mediação, diferentemente da Conciliação, consiste em uma dinâmica de negociação assistida, na qual o mediador, terceiro, imparcial e sem poder decisório, auxilia as pessoas em conflito, denominadas mediandos, a estabelecerem ou resgatarem o diálogo, a refletirem sobre seus reais interesses e a identificarem, em coautoria, alternativas de benefício mútuo, que contemplem suas necessidades e possibilidades, sempre com uma visão prospectiva.

§1º É cabível a Mediação, independentemente da existência ou não de processo judicial em curso, nas situações em que a lei admita, a negociação direta entre os interessados.

§2º São mediandos aqueles que, de forma voluntária, optam ou aceitam participar de procedimento de Mediação.

§3º No âmbito da OAB/RJ, as equipes de Mediação serão, em regra, compostas por uma dupla interdisciplinar de mediadores.

6 Código de Ética da Câmara de Mediação de Conflitos da OABRJ.

Art. 2º A Mediação será orientada pelos seguintes princípios: I - autonomia da vontade, isonomia e boa-fé dos mediandos; II - imparcialidade e independência do mediador; III - competência, diligência e credibilidade do mediador; IV - informalidade e não-adversariedade do processo; V - confidencialidade do processo.

Art. 3º A voluntariedade rege a participação dos mediandos ao longo da Mediação, sendo certo que não haverá qualquer forma de imposição ou persuasão para sua participação no processo nem para a tomada de qualquer decisão no seu decorrer.

§1º A capacidade civil é requisito essencial para a participação em procedimento de Mediação, devendo os mediandos indicar sua disponibilidade para laborar conjuntamente com os mediadores e pautar sua conduta pela boa-fé.

§2º O mediador deverá, em reunião preliminar de pré-mediação e sempre que se fizer necessário, transmitir de forma clara, objetiva e transparente informações sobre o instituto da Mediação, seus procedimentos e regras, garantindo aos mediandos o princípio da decisão informada.

§3º Na reunião de pré-mediação, é facultado aos mediandos, ou a qualquer um deles, formular requerimento junto à Secretaria das Comissões da OAB/RJ, manifestando sua intenção de substituir a equipe de mediadores designada por outra com a qual haja maior compatibilidade quanto aos horários das reuniões ou à especialidade temática a que o caso

se refere.

§4º O mediador deverá garantir o equilíbrio de informação e participação entre os mediandos.

§5º O mediador deverá orientar os mediandos a buscarem informações técnicas e legais e, acaso necessário, a se consultarem com especialistas que possam auxiliá-los na tomada de decisões.

§6º Ao longo do processo, é facultado aos mediandos, ou a qualquer um deles, formular requerimento junto à Secretaria das Comissões da OAB/RJ, solicitando a interrupção da Mediação, sem necessidade de justificativa.

§7º O mediador deverá garantir que os mediandos, ao chegarem a um consenso, tenham plena compreensão dos compromissos assumidos.

Art. 4º O mediador é terceiro imparcial que conduz o processo de diálogo e negociação assistida de forma independente, livre de qualquer imposição ou interferência externa, inclusive de natureza institucional, devendo observar as normas éticas e procedimentais e abster-se de exercer juízos de valor ou julgamento em relação ao conflito ou à postura dos mediandos.

§1º O mediador deverá esclarecer que sua atuação no procedimento é desvinculada de sua profissão de origem.

§2º Sem preconceitos ou favoritismos, o mediador deverá compreender o contexto fático em que os mediandos

estão inseridos, legitimar seus pontos de vistas e manter-se deles equidistante.

§3º Havendo a concordância dos mediandos em reunião preliminar de pré-mediação, o mediador poderá reunir-se ao longo do processo separadamente com um deles, desde que seja dados conhecimento e igual oportunidade ao outro.

§4º Verificando o mediador, a qualquer tempo, que não reúne condições de, naquele momento, conduzir as reuniões de forma independente e/ou imparcial, deverá retirar-se definitivamente do processo e encaminhar o caso a outro mediador.

§5º Salvo concordância expressa dos envolvidos na Mediação, o mediador não poderá prestar serviços de qualquer natureza aos mediandos por 2 (dois) anos após seu término.

§6º Sendo a profissão de origem do mediador a Advocacia, este não poderá representar os mediandos em juízo com o propósito de obter homologação judicial de acordo eventualmente celebrado, devendo estimular os mediandos a buscarem assessoria jurídica autônoma.

Art. 5º O mediador deve atuar tão somente nos casos em que reconhece sua capacidade técnica para conduzir o processo, pautando-se sempre pela prudência e transparência com vistas a – respeitado o tempo de progresso dos mediandos na negociação – atender à celeridade própria da Mediação e manter sua credibilidade perante os envolvidos no processo.

§1º Haja vista ser a Mediação meio de resolução

de conflitos conduzido primordialmente por realização de perguntas, o mediador deverá, a fim de assegurar qualidade à condução do processo, declinar casos em que lhe falte conhecimento específico quanto ao tema sobre o qual versa a desavença.

§2º Considerando benéfico ao caso, o mediador deverá, a qualquer tempo, encaminhar a condução do processo a outro profissional, mesmo que os mediandos optem por mantê-lo.

Art. 6º A Mediação é procedimento informal e não-adversarial que deve ser conduzido pelo mediador com flexibilidade, consideradas as especificidades do caso e as singularidades dos indivíduos.

Parágrafo único. O mediador deverá estimular o engajamento dos mediandos no processo, acolhendo e legitimando seus pontos de vista e, em momento apropriado, auxiliando-os a reconhecerem sua interdependência e sua implicação na construção do conflito e na sua desconstrução, para que possam, então, buscar soluções de benefício mútuo e exequíveis.

Art. 7º. A Mediação é procedimento confidencial, devendo o mediador, os mediandos e os demais participantes respeitarem o sigilo, que se estende a todas as informações geradas no seu decorrer e cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele que ficar previsto por expressa deliberação dos mediandos.

§1º. Em virtude do dever de sigilo, inerente à sua

função, o mediador e sua equipe não poderão, sob qualquer hipótese, divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da Mediação, em processo de qualquer natureza, inclusive de natureza judicial ou arbitral.

§2º. Ao final de cada reunião privada, o mediador deverá esclarecer junto ao mediando quais das questões abordadas podem ser levadas ao conhecimento do outro mediando e quais devem ser mantidas em sigilo.

Samantha Pelajo – advogada especializada nas áreas familiar e sucessória; mediadora; membro do corpo docente da PUC-Rio; membro fundador e coordenadora do Grupo Interdisciplinar de Mediação de Conflitos da PUC-Rio - GIMEC; conselheira da OABRJ; membro fundador e presidente da Comissão e da Câmara de Mediação de Conflitos da OABRJ - CMC; membro do COPREMA da OABCF; diretora e coordenadora da área de mediação familiar do MEDIARE; membro do corpo docente do MEDIARE; mestre em Mediação de Conflitos pelo Instituto Kurt-Bosch (Argentina); especialista em Direito Civil Constitucional pela UERJ; graduada pela PUC-Rio.

6

Processo e Técnicas de Mediação

Diego Faleck

- 1 – Processo de Mediação.
- 2 – Pré-Mediação.
 - 2.1 – Pré-Mediação Judicial.
 - 2.2 – Pré-Mediação Extrajudicial.
- 3 – Discursos de Abertura.
- 4 – Elaboração de uma Agenda.
- 5 – Caucus.
- 6 – Negociações Mediadas.
 - 6.1 – Discussão de interesses, perspectivas, recursos e capacidades.
 - 6.2 – Geração de Opções.
 - 6.3 – Avaliação de Opções, Criação de Propostas e Desafios Distributivos.
- 7 – Possível Acordo e Encerramento.

1 – Processo de Mediação

O processo de mediação é flexível e normalmente estruturado pelas próprias partes e advogados em conjunto com o mediador. O tipo da disputa, os interesses das partes e o estilo do mediador influenciam na definição da estrutura e do cronograma do processo. O período de tempo de uma mediação varia muito a depender da disputa e sua complexidade. Casos podem demandar reuniões de apenas algumas horas, alguns dias ou ainda meses de sessões de mediação.

Apesar de o processo de mediação ser flexível e de livre composição pelas partes, podemos destacar algumas fases básicas presentes na vasta maioria dos casos: (1) pré-mediação; (2) discursos de abertura; (3) elaboração de uma agenda; (4) negociações mediadas, e; (5) possível acordo e encerramento.

2 – Pré-Mediação.

O primeiro passo do processo é a pré-mediação. Algumas instituições brasileiras¹ definem este passo como a entrevista inicial das partes com o potencial mediador do caso. Entretanto, a pré-mediação também pode ser entendida como todos os passos que se sucedem desde o momento em que as partes surgem com a idéia de mediar, até o início efetivo da mediação. Esses passos compreendem o esforço das partes em procurar entender o processo, viabilizar a contratação do

1 Artigo 5 do Regulamento Modelo de Mediação da CONIMA; Artigo 3.1 do Regulamento de Mediação da Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem da CIESP/FIESP; Artigo 3.1 do Regime de Mediação do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CCBC).

mediador e definir os termos da mediação.

A escolha da mediação já implica um “passo para trás” para as partes em sua postura litigiosa, para uma solução que atenda aos seus interesses e evite que a disputa judicial seja construída. O ideal é que nessa iniciativa haja o diálogo franco entre os advogados das partes, para conjuntamente definir a escolha do mediador e do *locus* da mediação, com o objetivo de garantir que a empreitada da mediação seja solidamente estabelecida e eficazmente conduzida.

A mediação pode ser judicial ou extrajudicial. A mediação extrajudicial pode ocorrer *ad hoc* ou por meio de uma instituição privada. O procedimento da mediação também pode se originar contratualmente, por meio de cláusulas que estipulem a obrigatoriedade da mediação e antecipem algumas das especificidades do processo.

2.1 – Pré-Mediação Judicial

A mediação judicial é comumente buscada nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC, Centro de Mediação ou Núcleo de Mediação), que estão sendo criados por todo país a partir da instauração da Resolução 125 do CNJ em 2010². Um caso, judicializado em primeira instância, pode ser encaminhado ao programa de mediação por solicitação das partes ou de seus advogados. O juiz da causa pode ainda, de ofício, encaminhar a disputa à mediação quando constatada a adequação ao caso³.

2 A Resolução 125 do CNJ dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário.

3 AZEVEDO, André Gomma (org.) (2013) Manual de Mediação

Se a disputa já chegou ao Tribunal, em qualquer via recursal, ela poderá ser encaminhada à mediação, desde que o relator ou a turma julgadora entenda que seja cabível⁴. Conflitos que ainda não foram judicializados, também denominados de pré-processuais, poderão ser submetidos à mediação judicial, mediante solicitação das partes ou de seus advogados, no Centro de Mediação mais próximo.

Quando a mediação for solicitada ao Centro, este designará data para a primeira sessão. A sessão de mediação dura entre 1 e 2 horas⁵. O próprio Centro indicará o mediador para o encontro, que se apresentará às partes, explicará o processo e as regras da mediação, afirmará a sua neutralidade e imparcialidade e assegurará a confidencialidade do procedimento. Aplicam-se ao mediador os mesmos motivos de impedimento e suspeição dos juízes⁶, e se notado algum conflito de interesses entre o mediador e as partes ou advogados, a sessão será interrompida e o mediador substituído. Os Centros possuem conciliadores e mediadores capacitados e cadastrados pelos tribunais.

As partes, em conjunto com o mediador, definirão questões de tempo, logística e as regras básicas para a condução do processo. Dependendo da política de funcionamento do Centro, é possível que se realize mais de uma sessão de mediação em um mesmo caso, o que requer a solicitação da

Judicial, Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, p. 92.

4 Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro TJ/RJ, “Encaminhando um Processo para Mediação”. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/institucional/mediacao/estrutura-administrativa/acesso-mediacao>> Acesso em: 27/06/2014

5 AZEVEDO, Op. Cit., p. 121.

6 Artigo 5, Anexo III, Resolução 125 CNJ.

parte e aprovação do Juiz Coordenador do Centro. Em algumas localidades, os mediadores têm limitação de tempo, e não de número de reuniões.

2.2 – Pré-Mediação Extrajudicial

A mediação extrajudicial, ou privada, por sua vez, pode ser conduzida *ad hoc* ou por meio de uma instituição privada. A iniciativa é mais produtiva quando iniciada por meio do contato direto e franco entre os advogados das partes, que conjuntamente selecionam qual será a forma da mediação (*ad hoc* ou institucional), e bem assim a contratação do mediador. Recomenda-se que os advogados e partes avaliem cuidadosamente o histórico e reputação dos potenciais profissionais, entrevistando-os, conjunta ou separadamente, independente do *locus* da mediação.

Existem diversas maneiras de se iniciar uma pré-mediação. As partes devem, conjuntamente, chegar a um consenso quanto ao nome do mediador. Não sendo assim, uma parte pode sugerir o mediador, que por sua vez entrará em contato com a outra parte. As partes podem chegar ao nome de um mediador privado por indicação de terceiros, ou pelo renome do profissional no mercado. Se as partes estabelecerem a confiança de que o profissional poderá assisti-las na resolução da disputa com honestidade, efetividade e imparcialidade, a mediação normalmente se concretiza, independentemente da forma com a qual a sugestão do nome do profissional se iniciou.

A fase de pré-mediação extrajudicial, em resumo,

consiste nas reuniões anteriores à mediação propriamente dita, em que as partes tomam conhecimento do processo, entrevistam e decidem a contratação do mediador e fixam o teor do termo de mediação⁷ que deverão firmar.

As partes ou advogados podem iniciar a mediação por meio de uma instituição privada. Apesar da prática da mediação encontrar-se em estágio inicial no Brasil, existem diversas instituições privadas de renome que fornecem o serviço. Cada instituição possui seu próprio regramento com relação ao rol de profissionais, procedimento e tabela de custos e honorários de mediadores. As partes podem buscar a mediação em conjunto, ou apenas uma das partes pode solicitar o início da mediação à instituição, que cuidará de entrar em contato com a outra parte para convidá-la a uma sessão de pré-mediação para a explicação do processo e o auxílio na nomeação do mediador, caso haja a aceitação.

Muitas instituições possuem um rol de mediadores associados a elas. Dependendo da instituição, as partes podem escolher um mediador da própria lista, ou trazer um mediador indicado de fora. Se não houver consenso entre as partes na nomeação, cada instituição possui suas regras de como prosseguir até alcançar consenso em um nome.

Tanto nos casos de nomeação do mediador por meio de instituições, ou mediações *ad hoc*, os potenciais mediadores devem ser cuidadosamente entrevistados e avaliados para

⁷ Ainda que não seja obrigatória a existência de um termo escrito de mediação entre as partes, é extremamente recomendável que as partes o façam, principalmente para que se estabeleçam expressamente os deveres de confidencialidade.

contratação pelos advogados e partes. Nessas entrevistas, o mediador normalmente explica o seu histórico de atuação, o processo de mediação e, preliminarmente, como pretende assistir às partes. Se for possível, o mediador deve estimar também os seus honorários e condições de contratação.

O mediador escolhido deve ser capaz de estabelecer a necessária confiança para a contratação, tanto no aspecto de honestidade e ética quanto na capacidade de efetivamente ajudar as partes. As partes devem perquirir se o mediador possui as habilidades necessárias e o perfil correspondente para o caso. Na contratação do mediador, é recomendável que as partes elaborem um termo escrito de mediação contendo os deveres e obrigações do mediador e das partes no processo, com ênfase nas questões de confidencialidade.

A grande maioria das instituições privadas exige o preenchimento de um questionário de conflito de interesses e disponibilidade por parte do mediador. As perguntas se referem a relacionamentos pessoais ou profissionais passados do mediador com alguma das partes. Na mediação extrajudicial, se o mediador revelar a existência de alguma espécie de relacionamento passado com as partes, e mesmo assim a confiança na imparcialidade do profissional for estabelecida, as partes podem contratá-lo, se assim desejarem. O ponto crítico nessa hipótese é que tenha havido a devida revelação das informações de conflito de interesses do mediador e o exercício da autonomia da vontade das partes, de decidir informadamente.

Após a contratação e antes da primeira sessão, em

mediações empresariais, é comum que alguns mediadores peçam que as partes elaborem previamente um relatório sobre o histórico do caso, normalmente resumido. Outros apenas solicitam o envio dos documentos já existentes sobre o caso (como contratos, notificações trocadas, documentos técnicos) para a melhor compreensão da disputa. Outros preferem analisar documentos e ouvir as partes na primeira sessão, sem requerimento de preparação prévia. Em alguns casos e em diferentes esferas (familiares, vizinhais), mediadores não costumam analisar documentos e se inteiram dos fatos e circunstâncias do caso na própria sessão de mediação.

3 – Discursos de Abertura.

Na primeira sessão, o mediador dará início à mediação com o seu discurso de abertura. O propósito deste é apresentar o processo às partes, explicando como ele deverá ser conduzido e quais são as regras, estabelecendo um tom de confiança e cooperação entre todos. Mesmo que as partes já tenham tido reuniões prévias com o mediador, ele deverá explicar novamente e em mais detalhes as características do processo.

O mediador iniciará seu discurso com cordialidade, apresentando-se. Em seguida, buscará conhecer melhor as partes e os advogados, caso ainda não os conheça, ressaltando que o processo é flexível e informal. Ele explicará seu papel neutro e imparcial e sua atuação como facilitador, visando à aproximação das partes. O mediador jamais julgará o caso, ou tentará impor qualquer forma de decisão ou acordo às partes.

Seu papel é aconselhar sobre o procedimento e a melhor forma de abordar todas as questões identificadas na mesa. Uma abordagem baseada em investigar os reais interesses das partes que as levaram à disputa é incentivada desde início do processo.

Em sua abertura, o mediador sugere que as negociações sejam conduzidas sem interrupções, para que todos possam ser ouvidos de maneira honesta e aberta, ao mesmo tempo que assegura a estrita confidencialidade do processo. O mediador incentivará a comunicação produtiva entre as partes e explicará a oportunidade para o *cáucus* (que abordaremos a seguir). As questões de logística e formalidades serão também abordadas pelo mediador.

Em seguida, as partes terão oportunidade de fazer as suas falas de abertura. O objetivo da abertura das partes é que cada lado possa descrever os fatos sob seu ponto de vista, expor seus principais interesses e necessidades e estabelecer, na medida do possível, maior grau de colaboração com a outra parte.

Dependendo da quantidade de informações que cada parte possui sobre si e sobre a outra parte, as conversas futuras poderão ser mais ou menos focadas em pontos de discordância. A troca de informações e impressões é fundamental para o bom início de negociações. Uma parte deve ouvir atentamente e respeitosamente a outra, para identificar suas principais questões de preocupação. Os advogados poderão expor suas considerações jurídicas mais relevantes, sem prejuízo da disposição colaborativa que deve haver na mesa. Em

diferentes contextos de mediação, os advogados contribuem com assessoramento direto a seus clientes, só oferecendo informações jurídicas nas reuniões se convidados pelos mediadores, depois de uma negociação com ambas as partes.

Dependendo do tipo de disputa e do perfil das partes, as aberturas podem ter enfoque na substância, no procedimento ou no relacionamento. O foco na substância é o mais comum, em que a abertura discute a história do problema, as principais questões e, possivelmente, os interesses. As aberturas também podem focar na estruturação do processo de mediação, em que os aspectos comportamentais e procedimentais são traçados. Uma abertura que foca no relacionamento irá discutir primordialmente as condições psicológicas e emocionais das partes, de forma a buscar melhor a relação entre elas.

As aberturas são uma oportunidade tanto para as partes, quanto para o mediador, de *ouvir* todos os lados, e identificar as informações, interesses e necessidades mais importantes de cada lado. Ao longo das negociações, os negociadores e o mediador terão oportunidade de adentrar com maior profundidade nos itens identificados nas falas de abertura e podem (e devem) fazer perguntas.

4 – Elaboração de uma Agenda.

A partir dos discursos iniciais, o mediador busca compreender as visões, perspectivas e interesses das partes e identificar os pontos mais importantes da disputa para então

elaborar, em conjunto com as partes, uma agenda de discussões. A definição e discussão dos pontos mais importantes da disputa são fundamentais. Não raro, partes em disputa iniciam a mediação sem entender nem identificar adequadamente quais são os reais pontos em que a controvérsia reside.

Após as falas de abertura, as partes, com o auxílio do mediador, devem: (i) identificar os assuntos amplos de preocupação; (ii) concordar quanto aos tópicos, sub-tópicos e questões que serão discutidos; e (iii) determinar a ordem para discutir os itens. Há diversas variáveis que influenciam quão rápida e fácil essa agenda será estabelecida, como: a quantidade e complexidade dos assuntos; a clareza das apresentações iniciais; a capacidade dos negociadores e mediador identificarem os principais assuntos; a capacidade de integração dos negociadores e as condições psicológicas e colaborativas das partes.

É importante para advogados e partes não terem pressa para definir os itens da agenda, serem flexíveis para incluir as preocupações da outra parte e firmes para garantir que suas próprias preocupações estejam em pauta. O conteúdo da agenda varia de acordo com a disputa e a vontade dos participantes, podendo conter questões mais específicas ou mais genéricas. A agenda é flexível, e outras questões podem surgir ao longo das negociações que podem ser incluídas na pauta das negociações.

A ordem de importância dos assuntos também pode variar ao longo das negociações, e alguns dos itens da pauta podem até deixar de ser discutidos. É importante ter em

mente ao construir a agenda que o processo é dinâmico e adaptável. A construção da agenda é aconselhável, porém não é obrigatória. Há situações em que as negociações fluem logo após as aberturas, e não há necessidade de uma agenda.

5 – Caucus.

O mediador deve explicar a possibilidade do *cáucus*, que é uma reunião privada entre o mediador e uma das partes durante as negociações, separadamente. O *cáucus* pode ajudar o mediador e as partes de muitas maneiras. Por exemplo, pode ser usado (i) como oportunidade para acalmar os ânimos em momentos de tensão; (ii) para criar maior proximidade e confiança entre mediador e cada uma das partes; (iii) para que o mediador possa discutir e entender os interesses e perspectivas das partes com maior franqueza; (iv) para ajudar no fluxo de informação e reunião de informações úteis para a negociação que as partes estejam relutantes em revelar; (v) para encorajar movimento, pelo uso da regra da reciprocidade; (vi) para ajudar as partes a rever a força de seus casos.

Tanto o mediador quanto a parte pode pedir por um cáucus quando julgar necessário. O cáucus pode ser entre o mediador e um dos lados (advogado e parte), o mediador e somente as partes de cada lado, ou o mediador e somente os advogados de cada lado. Alguns mediadores se preocupam em equilibrar as oportunidades de cáucus com as partes, para manter a percepção destas de sua neutralidade e imparcialidade. Outros mediadores jamais utilizam o cáucus e preferem sempre

manter as partes em sessões conjuntas.

6 – Negociações Mediadas.

Após a construção da agenda, as partes devem tratar ponto a ponto os itens da lista. Normalmente, as questões trazidas nas falas de abertura e incluídas na agenda tratam de interesses subjacentes, que devem ser identificados pelo mediador e pelas partes nas conversas. Em regra, a fase de negociações mediadas se divide em quatro sub-fases.

6.1 – Discussão de interesses, perspectivas, recursos e capacidades.

A primeira etapa é a discussão ampla de interesses e perspectivas das partes sobre cada item da agenda. Nessa fase, as partes devem expor suas visões e perspectivas sobre cada ponto e ouvir atentamente as visões e perspectivas da outra parte. As partes devem obter informações uma da outra, por meio de perguntas, e também devem escolher cautelosamente que informações pretendem revelar, para possibilitar a construção de opções. As informações trocadas normalmente se relacionam aos interesses das partes, aos recursos e capacidades de cada parte – ou seja, o que cada um tem que pode interessar ao outro.

Dicas estratégicas:

A. Separe a *peessoa* do *problema*.

As emoções e opiniões pessoais muitas vezes se misturam com os méritos da negociação, e uma parte presume que a outra faz parte do problema a ser abordado. Recomenda-

se às partes que os esforços sejam dedicados a “atacar” o problema conjuntamente em vez de atacarem-se uns aos outros.

B. Foque em interesses e não posições.

Muitas vezes, a posição defendida por uma parte não revela os seus verdadeiros interesses subjacentes e forma uma barreira à negociação. Os reais problemas normalmente não residem nos conflitos entre as posições apresentadas pelas partes na mesa de mediação, mas sim nos conflitos entre os interesses subjacentes que as partes buscam que sejam atendidos e satisfeitos. Posições são aquilo que a parte *diz que quer*. Interesses são *as razões por que a parte diz que quer o que quer* – seus reais interesses, necessidades, preocupações e motivações. O importante durante a negociação é identificar os interesses de cada parte, atravessando a barreira das posições alegadas. A separação entre “posições” e “interesses” facilita a aproximação das partes e um eventual acordo.

C. Estabeleça um processo sem comprometimento a priori.

Nessa fase do processo, é importante que as partes estabeleçam que todos os pontos da agenda serão discutidos, *sem que haja qualquer comprometimento ou vinculação a priori*. Para que a disputa possa ser resolvida em uma mediação, a discussão deve ser ampla. Conversas sobre propostas e decisões vinculantes das partes só devem acontecer após as partes trocarem informações e refletirem sobre suas opções.

D. Escuta ativa.

Entre as principais recomendações para advogados e partes em mediações está o desenvolvimento da habilidade de escutar ativamente. Essa habilidade compreende, por exemplo: (i) o esforço em compreender o outro lado e demonstrar para o outro lado que este foi compreendido, com o uso de técnicas como parafrasear – repetir com suas próprias palavras o que foi dito pela outra parte para checar entendimento – o que faz, automaticamente, com que a parte se sinta compreendida e esteja mais aberta, pela regra da reciprocidade, para compreendê-lo. Da mesma forma, é interessante pedir para que a outra parte coloque em palavras o que entendeu do que foi dito pelo seu lado, para checar o entendimento; (ii) a demonstração de genuína curiosidade; (iii) a neutralidade de observação, ouvindo a história do outro lado, em um primeiro momento, como um neutro distanciado, como alguém que assiste a negociação apenas; (iv) a exploração das visões e perspectivas do outro lado, sem comprometimento; (v) lidar com linguagem corporal – as preocupações com contato visual, postura, por exemplo, são muito importantes, já que o seu corpo comunica mais que suas palavras. Manter uma linguagem corporal aberta e receptiva à outra parte e ao mediador encorajará a comunicação aberta e positiva; (vi) lidar com técnicas de paráfrase (como explicamos acima), reconhecimento (reconhecendo o mérito da parte ou do que foi revelado, quando merecido), reformulação (repetir o que foi dito pela parte com um enfoque menos carregado e mais produtivo); espelhamento (repetir as palavras da parte de volta para esta), resumo (parafrasear os pontos principais, sem os

elementos que não colaboram para um desfecho positivo); (vii) capacidade de detecção de dicas não-verbais, entre outras⁸.

E. Faça perguntas adequadamente.

Em uma negociação, as perguntas devem ser abertas. Perguntas fechadas são aquelas que travam as partes em posições, ou seja, que implicam em respostas como sim ou não. Por exemplo, ao perguntar “então você não está interessado em trocar X por Y?”, o interlocutor receberá uma resposta “sim” ou “não”, que trava a contraparte em uma posição. Para tirar uma parte de sua posição, a melhor forma é a utilização de perguntas abertas, como por exemplo “como, de que maneira, quais são...”. As mais poderosas perguntas para descobrir interesses das partes é o “por quê?” e o “por que não?”. Outras sugestões de perguntas eficientes: “o que estaria errado com X?”; “me ajude a entender as suas necessidades...”; “o que essa proposta tem de benefício para você...”; “onde foi que eu não entendi...”; “como podemos encontrar uma saída para ...”.

F. Lembre da proteção da confidencialidade.

O processo de mediação é confidencial para incentivar a comunicação entre as partes e para facilitar a resolução da disputa. Todas as declarações feitas na mediação são confidenciais, relacionadas apenas às tratativas de acordo; não influenciam ou prejudicam as posições jurídicas das partes e não deverão ser utilizadas em procedimentos legais.

⁸ Existe ampla literatura nacional e internacional sobre o tema. Recomendamos enfaticamente o aprofundamento do estudo de técnicas de escuta ativa por advogados, para aprimoramento de suas habilidades de negociação e atuação em mediações.

As partes devem concordar em não agir, de maneira alguma, para compelir o mediador a testemunhar em tribunais estatais ou arbitrais relacionados à mediação ou ao seu conteúdo ou para produzir documentos que possam servir como prova para alguma das partes em procedimentos judiciais ou arbitrais. Com a segurança criada pelo ambiente confidencial, as partes ficam mais confortáveis para negociar, trocar informações e explorar opções para o acordo, sem gerar prejuízos para eventual litígio, caso não haja acordo.

6.2 – Geração de Opções.

Quando as partes estiverem satisfeitas com relação à fase de troca de informações e compreensão dos interesses e perspectivas de cada uma delas, passa-se à fase de geração de opções. Nesse momento, em muitos casos, a percepção de distância entre as pretensões ainda persiste. Assim, as partes devem investir tempo em raciocinar para a construção de opções integrativas para um acordo. Um exercício sem qualquer comprometimento deve ser feito à exaustão, em que as partes exploram ideias sobre possíveis soluções, sem que haja qualquer vinculação prematura, com a ajuda do mediador. As partes podem realizar sessões de *brainstorming* e investigação ampla das possibilidades, para que depois o processo de avaliação e decisão, com a troca efetiva de propostas, seja iniciado.

Um dos maiores problemas em negociações é que as partes já iniciam as suas conversas com propostas normalmente

distantes. Assim, não enxergando mais perspectiva, as partes rompem a conversa e iniciam o litígio. O processo de mediação, ao contrário, estabelece o ambiente seguro e controlado para que informações sejam trocadas sob o manto da confidencialidade e para que a ampla discussão, que investiga o problema compreensivamente, permita que uma solução que integre o interesse das partes seja alcançada.

Dicas estratégicas:

A. Separe a *geração do julgamento de opções*.

Para superar barreiras ao acordo e criar o melhor espectro de opções, é importante separar o ato de criar opções do ato de julgar opções. Inventar uma opção não necessariamente vincula qualquer parte a adotá-la, e qualquer julgamento prematuro entrava a criatividade que poderia levar a um acordo de ganho mútuo. É necessário também que se amplie o espectro de opções, ao invés de buscar uma solução única na mesa.

B. Busque ganhos mútuos.

Um outro exercício fundamental nessa fase da negociação é a busca por ganhos mútuos. As partes devem deixar de lado a ideia falsa de que o ganho de um acarreta na perda do outro e explorar interesses em comum para criar opções que atendam a todas as preocupações.

C. Considere os interesses e percepções da outra parte.

Uma parte deve facilitar a decisão para a outra parte.

Isso significa que quanto mais as necessidades do outro lado forem atendidas por uma proposta, mais atraídas elas estarão por aquela opção e mais facilmente a aceitarão. Considerar os interesses da outra parte não implica na renúncia dos seus próprios interesses, muito pelo contrário, possibilita, pela regra da reciprocidade, que seus próprios interesses sejam reconhecidos pelo outro lado, e que situações de ganho mútuo sejam criadas.

6.3 – Avaliação de Opções, Criação de Propostas e Desafios Distributivos.

Nessa fase, com a ajuda do mediador, as partes avaliam as opções geradas e escolhem os caminhos que tendem a satisfazer melhor os seus interesses. Nesse momento, as questões de distribuição de valores são enfrentadas, com a definição de propostas e de “quem fica com quanto” ou “o que será feito e quem fará o quê”. Nessa fase, as partes avaliam as opções criadas e formulam as suas propostas para a discussão do acordo.

Dicas estratégicas:

A. Use Critérios Objetivos.

Critérios objetivos são externos e independentes da vontade das partes. Trata-se de padrões e parâmetros objetivos que refletem a percepção de equilíbrio e justiça, para dar sustentação à elaboração do acordo e ajudar na quebra de impasses. Alguns exemplos de critérios objetivos são: valor de mercado de um bem, tabela de preços, precedentes,

tradições ou padrões morais. Ao negociar o acordo, as partes devem focar nos critérios com firmeza, mas também com flexibilidade. A percepção de justiça é muito importante para partes ao decidirem sobre uma proposta. Quanto menos subjetivo e mais objetivo for o critério em que se baseia a proposta – ou seja, mais independente das vontades e opiniões das partes –, mais fácil é o processo de decisão e a satisfação da parte com o processo de negociação.

B. Procure soluções inteligentemente.

Considere a criação de “pacotes” ao invés de tratar assuntos individualmente para que trocas de baixo custo para um lado e alto valor para outro sejam viabilizadas; considere relacionamentos futuros e comprometimentos contingentes para aproximar diferenças; considere que percepção de valor de um mesmo bem ou situação pode ser diferente para cada parte e leve em consideração a ligação da disputa em tela com outras existentes entre as mesmas partes.

C. Use o Mediador para Avançar seus Interesses.

O mediador pode fazer muito para assistir as partes na resolução de suas disputas. A negociação é um processo de interação regido fundamentalmente pela regra da reciprocidade. Quando uma parte apresenta uma posição extrema, é muito provável que a outra parte faça a mesma coisa. Partes raramente fazem concessões sem ter a certeza de que a outra parte fará o mesmo. De fato, ambas as partes esperam que a outra faça a primeira concessão.

A desconfiança e o receio de oportunismo estratégico prejudicam a comunicação: partes e advogados muitas vezes evitam trocar informação para a tentativa de composição e preferem manter “as cartas fechadas” para a preservação de possível processo judicial ou arbitral.

Existem outras barreiras que dificultam a composição amigável, como a desvalorização reativa, ou seja, o efeito psicológico de não se valorizar a proposta oferecida pelo mero fato de que esta veio da parte adversa, a aversão a risco, a aversão à perda e os naturais conflitos de interesses entre principais e agentes, que são os conflitos que derivam dos diferentes incentivos, preferências e informações entre representantes e representados que podem influir nas negociações, como por exemplo, as diferenças encontradas nas relações entre advogado/cliente, pai/filho, diplomata/nação, executivo/empresa, corretor/proprietário.

O mediador é capaz de lidar com diversas situações que as partes em regra não conseguem ultrapassar sozinhas. O mediador transita entre as partes com o dever de confidencialidade e com enorme potencial de ajudar as partes a encontrar soluções de benefício mútuo e a costurar concessões recíprocas e sem riscos que garantam que nenhuma parte cederá, ou cogitará ceder, sem ter a imediata certeza de que será acompanhada por sua contraparte. Um mediador, suavemente, também ajuda a construir as necessárias “saídas honrosas” para as partes, que ensejam movimentos das partes de posições defensivas rumo à aproximação.

O mediador ajuda as partes a esclarecer fatos e

minimizar desconfiças. Muitas disputas escalam pelo abismo de percepções, entre a real intenção e a percepção ou impressão que uma parte causa na outra. O mediador permite às partes manter a força de suas posições, enquanto um exercício sem qualquer comprometimento é elaborado, para que uma solução para a disputa que atenda aos interesses de ambas as partes seja investigada compreensivamente.

O mediador permite que informações sejam trocadas com segurança e reciprocidade, para que, sem qualquer risco ou reconhecimento de direito, soluções sejam construídas.

O mediador ajuda a parte a perceber os interesses e limites da outra parte, por meio de um processo recíproco que revela *se* e *como* o acordo é possível. O mediador provoca movimento ao assistir as partes a avaliar e reavaliar os pontos fortes e fracos de seus casos, e a realinhar expectativas, que muitas vezes se encontram em patamares distantes no início do processo.

7 – Possível Acordo e Encerramento.

A essa altura, as partes já podem ter encontrado uma solução para a sua disputa, ou, após terem a percepção de que os limites da negociação foram alcançados, deverão decidir pela opção do acordo. O mediador poderá auxiliar as partes a determinarem se seus interesses foram atendidos e quais são os custos e benefícios das opções.

Nessa fase final da negociação, em muitos casos persistem situações de atrito que podem surgir na redação

dos termos do acordo ou com alguma situação de barganha final. O mediador assistirá as partes a diminuírem o restante das diferenças, caminharem a um acordo formal e ao fim do conflito.

As partes podem, em conjunto com seus advogados e o mediador, elaborar o termo de acordo final. As partes podem também redigir um termo de acordo preliminar com os pontos constantes em ata de reunião, para que os advogados possam depois preparar um documento jurídico mais detalhado e robusto. Além de estruturar o acordo formal, as partes desenham mecanismos de monitoramento e desenvolvem procedimentos para resolução de eventuais conflitos futuros.

Caso não haja acordo, o mediador encerrará a mediação, resumindo todos os pontos positivos de avanço atingidos durante as negociações. É comum que mediadores e partes mantenham o canal aberto para uma nova tentativa de negociação ao longo da disputa, ou então as partes concordam em buscar outro método de resolução de sua disputa.

Dicas estratégicas:

A. Tenha certeza de se seu acordo é a melhor alternativa.

Partes em uma negociação devem ponderar racionalmente se o acordo alcançado é a melhor alternativa disponível. Se há uma alternativa fora da mesa de negociação que realisticamente atenda melhor aos interesses da parte, o acordo não é recomendável.

B. Escolha a melhor opção.

Um bom negociador sempre escolhe a melhor entre as opções encontradas na mesa e faz esforços para que valores que potencialmente poderiam ser criados não sejam desperdiçados, ou seja, para que oportunidades de ganhos mútuos para as partes não sejam ignoradas.

C. Mantenha o canal de mediação aberto.

Caso a mediação não gere o acordo, pela distância entre expectativas das partes, uma boa prática é a manutenção do canal de mediação paralelamente à existência de litígio. O canal de comunicação, via mediador, pode ser mantido, sem prejuízo da demanda e sem “ressentimentos” – ou seja, com a compreensão de que, naturalmente, cada parte defenderá seus interesses no Tribunal com as medidas que entender adequada, e que isso não contaminará o canal de comunicação da mediação. Muitas vezes, a avaliação do caso varia conforme as fases e o desenvolvimento do processo. Momentos propícios para o acordo são criados futuramente.



Diego Faleck - Mediador e especialista em Desenho de Sistemas de Resolução de Disputas. Mestre em Direito (LL.M.) pela Harvard Law School. Ex-Secretário Interino e Chefe de Gabinete da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, ex-Presidente do Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos e ex- Conselheiro do Conselho Nacional de Seguros Privados do Ministério da Fazenda. Professor de Negociação, Mediação e Desenho de Sistemas de Disputas no curso de graduação da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV DIREITO SP).

Referências Bibliográficas

AZEVEDO, André Gomma (org.) (2013) Manual de Mediação Judicial, Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD.

BORDONE, Robert C., MOFFIT, Michael L., “The Handbook of Dispute Resolution”, Jossey-Bass Press, 2005.

FISHER, Roger, URY, William. (1991) “Getting to Yes: Negotiation Agreement Without Giving In”, Penguin Group.

GOLDBERG, Stephen, SANDER, Frank et. al. “Dispute Resolution: Negotiation, Mediation, and Other

Processes.” Nova Iorque, NY: Ed. Aspen Law & Business, 2^a ed. 1992.

GOLBERG, Stephen B. Goldberg; SHAW, Margaret L., The Secrets of Successful (and Unsuccessful) Mediators, 8 DISP. RESOL. ALERT 1, 6 (2008). <<http://www.jamsadr.com/images/PDF/DRA-2008->>

KRESSEL, Kenneth and Dean G. PRUITT (1989) Conclusion: A Research Persective on the Mediation of Social Conflict, in Kenneth Kressel, Dean G. Pruitt and Associates, Mediation Research: The Process and Effectiveness of Third Party Intervention. San Francisco. Josey-Bass.

MAGGIOLO, Walter (1985), Techniques of Mediation. New York, Oceana Publications.

MNOOKIN, Robert H.; PEPPE, Scott R.; TULUMELLO, Andrew S. “Beyond Winning: Negotiating to Create Value in Deals and Disputes.” Harvard University Press 2000.

MNOOKIN, Robert H. (1993) “Why Negotiations Fail: An Exploration of Barriers to the Resolution of Conflict”, 8 Ohio St. J. Disp. Resol. 235.

MOORE, Christopher W., The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict, Josey Bass, 3rd Ed., 2003.

ROGERS, Nancy, BORDONE, Robert C., SANDER, Frank E.A., MCEWEN, Craig A. “Designing Systems and

Processes for Managing Disputes.” Wolters Kluwer Law & Business 2013, New York, NY.

SANDER, Frank E. A., “Varieties of Dispute Processing”, 70 F.R.D. 111, 130-31, 1976.

VELIKONJA, Urska, Making Peace and Making Money: Economic Analysis of the Market for Mediators in Private Practice, Albany Law Review, v. 72, p. 257.

Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça.

Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/institucional/mediacao/estrutura-administrativa/acesso-mediacao>

Conclusão: Mediação, um Novo Mercado para a Advocacia

Aldemar de Miranda Motta Júnior

A conclusão deste Manual não podia ter outro tema senão o novo mercado que a mediação abre para a advocacia – não só para os advogados que exercem a função de assessores jurídicos de seus clientes em processos mediativos, como também para aqueles que se capacitaram para atuar como mediadores imparciais e equidistantes das partes.

De início, é preciso louvar a bela iniciativa da Secretaria de Reforma do Judiciário, vinculada ao Ministério da Justiça, de celebrar parcerias com a Ordem dos Advogados do Brasil; a Defensoria Pública; a Procuradoria; o Ministério Público; e a Magistratura, no intuito de promover manuais de mediação especialmente voltados às diferentes realidades jurídico-sociais do contexto nacional.

O grupo de trabalho da advocacia constituiu-se prioritariamente por membros da Comissão Especial de Mediação, Conciliação e Arbitragem do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CEMCA e do Colégio de Presidentes de Comissões de Mediação e Arbitragem das

Seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil – COPREMA, cujos integrantes têm envidado seus melhores esforços no sentido da difusão da cultura dos métodos adequados de solução de conflitos – negociação, mediação, conciliação, arbitragem etc. –, entre advogados e sociedade em geral.

O Manual teve por propósito consolidar em definitivo a relevância do instituto da mediação para a advocacia. Pretendeu-se compartilhar com a classe as especificidades de um método que, há alguns anos, poderia ser considerado ousado ou até idealista. Hoje, no entanto, não pairam dúvidas acerca do alinhamento da mediação com a visão moderna de acesso à ordem jurídica justa. Não faltam vozes balizadas a confirmar a adequação, a efetividade e a tempestividade do instituto, e a bradar a premência da implantação formal e generalizada do método no sistema jurídico brasileiro.

A diversidade da origem geográfica dos coautores deste Manual demonstra de modo assaz simples que advogados de todo o país se encontram, atualmente, estudando, experimentando, ou efetivamente praticando a mediação. Um número cada vez maior de juristas está plenamente convencido de que controvérsias provenientes de relações continuadas no tempo em muito se beneficiam da mediação – opção válida e eficaz para a satisfação dos interesses de seus clientes. Sob um outro ângulo de visada, precisa-se reconhecer a exaustão e a frustração provocadas pela cultura do litígio.

Há tempos, as grades curriculares dos cursos de Direito de todo o Brasil montam um arcabouço de matérias/disciplinas com foco em transformar os estudantes de Direito em grandes

guerreiros, verdadeiros ases na arte de litigar. Pouca ou nenhuma ênfase se dá a institutos como a negociação, a mediação, a conciliação, a arbitragem etc.

O advogado, naturalmente, é o primeiro a ser consultado pela sociedade, quando um desentendimento eclode. Esse profissional precisa conhecer a pluralidade de métodos de resolução de conflitos, suas singularidades e a especial adequação de cada instituto. Só assim poderá proporcionar a seu cliente o tão almejado reequilíbrio do contexto fático vivenciado, a partir da escolha do equivalente jurisdicional que melhor se coadune à natureza da controvérsia. O advogado, portanto, precisa ser sensibilizado da importância e da utilidade da mediação como método eficaz de pacificação social.

Não se pode olvidar que a atividade jurisdicional é substitutiva da vontade das partes, ou seja, jamais poderia se tornar – como lamentavelmente se tornou – opção primeira, diante de um conflito de interesses ou de uma pretensão resistida. A delegação da liberdade de escolha ao Estado-Juiz retira dos contendores o controle sobre o resultado final. Contudo, lhes seria possível, por meio da facilitação de diálogo e da negociação assistida pelo mediador, construir consenso, em tempo e a contento.

Imbuída desse espírito, a Comissão Especial de Mediação, Conciliação e Arbitragem do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CEMCA/CFOAB é

interlocutora de primeira hora entre a classe dos advogados e os demais operadores do direito, tais como magistrados, promotores e parlamentares, que, nos dias atuais, se debruçam sobre a constituição do marco legal da Mediação no Brasil e a revisão da Lei de Arbitragem (Lei Federal n.º 9.307/96), tudo com o apoio incondicional da Diretoria do Conselho Federal da OAB, capitaneada por seu *bâtonnier*, Marcus Vinícius Furtado Coêlho.

A CEMCA/CFOAB tem defendido a manutenção do texto original que foi proposto pelo grupo de trabalho constituído pela Secretaria de Reforma do Judiciário – vinculada ao Ministério da Justiça, para a elaboração do anteprojeto de lei do marco legal nacional da mediação. A redação, encaminhada ao Senado Federal a título de contribuição, dispunha acerca da imprescindibilidade da assistência jurídica nos processos meditativos, ressalvada apenas no caso de renúncia expressa e por escrito das partes. A CEMCA/CFOAB tem a preocupação de preservar o princípio maior da autonomia da vontade das partes, bem como de assegurar que os envolvidos na controvérsia tenham suas dúvidas dirimidas e seus direitos e riscos esclarecidos, ao longo da mediação.

O advogado dos tempos atuais não pode deixar de considerar o potencial que tem a mediação de oportunizar às partes posições jurídicas satisfatórias, implodindo o castelo de tensão social, quase sempre construído de forma rápida, emocional e inconsequente. O profissional sintonizado com as novas tendências certamente já percebeu as vantagens do uso dos métodos adequados/eficazes de solução de conflitos para a sociedade civil e para seu próprio ofício.

Esta constatação extrapolou as fronteiras dos entusiastas teóricos e conquistou o Governo Federal, por meio de sua Secretaria de Reforma do Judiciário – Ministério da Justiça, bem como o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o próprio Poder Judiciário. São inúmeras as iniciativas país afora. Contudo, optou-se por transcrever os considerandos da Resolução no 125 do CNJ, pois expressa com fidelidade e efusividade o que se pretende transmitir na conclusão deste Manual:

CONSIDERANDO que o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa;

CONSIDERANDO que, por isso, cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação;

CONSIDERANDO a necessidade de se consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios;

CONSIDERANDO que a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em

programas já implementados no país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças;

CONSIDERANDO ser imprescindível estimular, apoiar e difundir a sistematização e o aprimoramento das práticas já adotadas pelos tribunais;

CONSIDERANDO a relevância e a necessidade de organizar e uniformizar os serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos, para lhes evitar disparidades de orientação e práticas, bem como para assegurar a boa execução da política pública, respeitadas as especificidades de cada segmento da Justiça;

CONSIDERANDO que a organização dos serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos deve servir de princípio e base para a criação de Juízos de resolução alternativa de conflitos, verdadeiros órgãos judiciais especializados na matéria.

RESOLVE:

Art. 1º Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade.

Parágrafo único. Aos órgãos judiciários incumbe oferecer mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação bem assim prestar atendimento e orientação ao

cidadão. Nas hipóteses em que este atendimento de cidadania não for imediatamente implantado, esses serviços devem ser gradativamente ofertados no prazo de 12 (doze) meses.

Art. 2º Na implementação da política Judiciária Nacional, com vista à boa qualidade dos serviços e à disseminação da cultura de pacificação social, serão observados: I - centralização das estruturas judiciárias;

II - adequada formação e treinamento de servidores, conciliadores e mediadores;

III - acompanhamento estatístico específico.

Art. 3º O CNJ auxiliará os tribunais na organização dos serviços mencionados no art. 1º, podendo ser firmadas parcerias com entidades públicas e privadas.

Fazendo coro com o CNJ, que tornou a mediação política pública nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses, o legislador retratou, no projeto do Novo Código de Processo Civil, o espírito que se pretende difundir por todo o Brasil. O artigo 3o da legislação processual em tramitação no Congresso Nacional está inserido no capítulo que trata das normas fundamentais do processo civil e traz a seguinte previsão:

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

§ 3o - A conciliação, a mediação e outros métodos consensuais de resolução de conflitos deverão ser estimulados

por magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

É fundamental que o advogado brasileiro contemporâneo se conscientize de que a advocacia do Século XXI precisa ser repensada para se coadunar com os interesses da sociedade, que anseia por celeridade, adequação e eficácia na condução de suas controvérsias. A mediação consiste em um instrumento à disposição dos advogados, que tem o potencial de incrementar a qualidade dos resultados obtidos e de abreviar o tempo de sobrevida da controvérsia.

Sem dúvida nenhuma, a tendência é de que todos ganhem: o cliente, por solucionar sua questão sem delongas e de forma satisfatória; o advogado, por exercer seu labor sem desgastes maiores e perceber sua remuneração em um lapso temporal razoável; o Judiciário, por não precisar conhecer de demandas que à toda evidência poderiam prescindir da apreciação jurisdicional; os cofres públicos, por não serem onerados com processos desnecessários; a sociedade, por se tornar menos litigiosa e mais conscienciosa de sua responsabilidade com a harmonia e a pacificação das relações.

Em boa hora e de forma feliz, posicionou-se o Excelentíssimo Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, em seu discurso de posse na Presidência do Supremo Tribunal Federal – na data de 10/09/2014, sobre os métodos adequados de resolução de conflitos, verbis:

Procuraremos, igualmente, estimular formas alternativas de solução de conflitos, compartilhando, na medida

do possível, com a própria sociedade, a responsabilidade pela recomposição da ordem jurídica rompida, que, afinal, é de todos os seus integrantes. Referimo-nos à intensificação do uso da conciliação, da mediação e da arbitragem, procedimentos que se mostram particularmente apropriados para a resolução de litígios que envolvam direitos disponíveis, empregáveis, com vantagem, no âmbito extrajudicial.

Pensamos também na denominada ‘justiça restaurativa’, que já vem sendo praticada, com êxito, no âmbito criminal, onde a atenção do Estado e da sociedade não se dirige, mais, exclusivamente, à punição do infrator, mas lança um olhar especial à mitigação das lesões físicas, morais, psicológicas e materiais sofridas pelas vítimas.

Esse instituto poderá ser empregado, com igual sucesso, em outras áreas do Direito, em especial nos conflitos familiares.

A validação da utilização dos métodos “alternativos” ou, como preferimos, “eficazes/adequados” de resolução de conflitos pelo Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal fecha a cadeia virtuosa dos operadores do Direito, como que com chave de ouro. Este posicionamento do Presidente do STF, em seu discurso de posse, terá o condão, entre outras tantas consequências positivas, de quebrar eventual resistência à sua adoção. A toda evidência, não há antagonismo entre os métodos extrajudiciais de solução de conflitos e a jurisdição, mas parceria verdadeiramente solidária, a propiciar a entrega do justo direito à sociedade, buscando como última finalidade sua pacificação.

Diante do cenário que se apresenta, os advogados em atividade não podem deixar de se capacitar para o exercício pleno de tais institutos, ou, em um prazo não muito longo, ficarão à margem de um mercado absolutamente promissor e atual, que abre suas portas à advocacia.

Conclamamos, assim, as faculdades de Direito a inserirem matérias/disciplinas específicas em suas grades curriculares e a prática da mediação em seus núcleos jurídicos; as bancas de concursos públicos a incluírem questões específicas em suas provas de ingresso nas mais diferentes carreiras jurídicas. Há que se estimular a prática do instituto nos Estados da Federação em que ainda se percebe incipiência e a consolidação do instrumento nas localidades em que se apresenta com mais força e vigor.

Conclamamos, outrossim, os advogados do Século XXI a abraçarem a mediação de forma serena, séria e profunda, estudando-a, capacitando-se para seu exercício pleno, tanto na condição de assessores jurídicos de uma das partes em processos meditativos, quanto como mediadores propriamente ditos. É o convite que a CEMCA/CFOAB faz a todos os advogados brasileiros.

Aldemar de Miranda Motta Júnior – advogado formado pela UFPE; especialista em Processo Civil pela FEJAL/CESMAC; especialista em Direito Empresarial pela FGV;

presidente da Comissão Especial de Conciliação, Mediação e Arbitragem do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CEMCA CF/OAB); ex superintendente da Câmara de Mediação e Arbitragem de Alagoas (CAMEAL), filiada à rede CACB; sócio proprietário (fundador) da Motta Advocacia, Consultoria, Mediação e Arbitragem.





GOVERNO
FEDERAL

Ministério da
Justiça

Secretaria de
Reforma do Judiciário



A CASA DO CRÉDITO DESDE 1958

O “Manual de Mediação de Conflitos para Advogados, Escrito por Advogados” que agora se apresenta é fruto da profícua parceria institucional, estabelecida entre o Ministério da Justiça, e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, em favor da promoção e da qualificação do debate e da prática dos métodos autocompositivos de solução de conflitos na advocacia brasileira. Com este manual, espera-se reforçar que o papel do advogado não se esgota nas instâncias jurisdicionais, ou seja, que a sua missão não se completa com a sentença judicial. O advogado é, essencialmente, o profissional recomendado para conduzir, de forma parcial, o processo de construção de soluções para as desavenças enfrentadas por seus clientes.



GOVERNO
FEDERAL

Ministério da
Justiça



Secretaria de
Reforma do Judiciário

