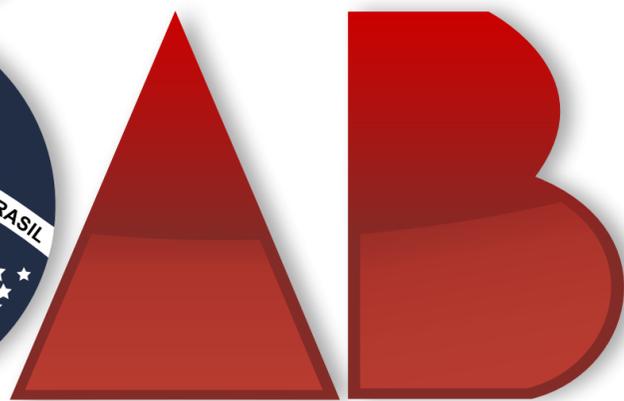


Revista



SÃO PAULO



ESA

MEDIAÇÃO

E CONCILIAÇÃO



“Aprimore seus conhecimentos com quem é referência.”

DIRETORIA

Presidente: Marcos da Costa

Vice Presidente: Ivette Senise Ferreira

Secretário-Geral: Caio Augusto Silva dos Santos

Secretário-Geral Adjunto: Antonio Fernandes Ruiz Filho

Tesoureiro: Carlos Roberto Fornes Mateucci

CONSELHO SECCIONAL

Conselheiros Efetivos:

Ailton José Gimenez
Alexandre Luis Mendonça Rollo
Américo de Carvalho Filho
Anis Kfoury Junior
Anna Carla Agazzi
Antonio Carlos Delgado Lopes
Antonio Carlos Rodrigues do Amaral
Armando Luiz Rovai
Benedito Marques Ballouk Filho
Carlos Alberto Expedito de Britto Neto
Carlos Alberto Maluf Sanseverino
Carlos Fernando de Faria Kauffmann
Carlos José Santos da Silva
Carlos Roberto Faleiros Diniz
Cid Antonio Velludo Salvador
Cid Vieira de Souza Filho
Claudio Peron Ferraz
Clito Fornaciari Junior
Dijalma Lacerda
Edmilson Wagner Gallinari
Edson Cosac Bortolai
Edson Roberto Reis
Eduardo Cesar Leite
Eli Alves da Silva
Estevao Mallet
Fábio Ferreira de Oliveira
Fábio Marcos Bernardes Trombetti
Fabíola Marques
Fernando Oscar Castelo Branco
Flávio José de Souza Brando
Gilda Figueiredo Ferraz de Andrade
Helena Maria Diniz
Horácio Bernardes Neto
Jairo Haber
Jamil Gonçalves do Nascimento
Jarbas Andrade Machioni
João Baptista de Oliveira
João Carlos Pannocchia
João Carlos Rizolli
João Emilio Zola Junior
José Antonio Khattar
José Eduardo Tavolieri de Oliveira
José Fabiano de Queiroz Wagner
José Maria Dias Neto
José Paschoal Filho
José Tarcísio Oliveira Rosa
Laerte Soares
Livio Enescu
Luiz Donato Silveira
Luiz Fernando Afonso Rodrigues
Luiz Silvio Moreira Salata
Manoel Roberto Hermida Ogando
Marcio Aparecido Pereira
Marcio Cammarosano
Marco Antonio Pinto Soares Junior
Marco Aurélio Vicente Vieira
Martim de Almeida Sampaio
Mauricio Januzzi Santos
Maurício Silva Leite
Moirá Virginia Huggard-Caine
Odinei Rogério Bianchin
Odinei Roque Assarisse
Paulo José Iasz de Moraes
Raimundo Taraskevicius Sales
Ricardo Cholbi Tepedino
Ricardo Lopes de Oliveira
Ricardo Luiz de Toledo Santos Filho
Ricardo Rui Giuntini
Roberto Delmanto Junior
Rosângela Maria Negrão
Rui Augusto Martins
Sergio Carvalho de Aguiar Vallim Filho
Sidnei Alzidio Pinto
Umberto Luiz Borges D'Urso
Uriel Carlos Aleixo

Conselheiros Suplentes:

Adriana Bertoni Barbieri
Adriana Galvão Moura Abílio
Aecio Limieri de Lima
Aleksander Mendes Zakimi
Alessandro de Oliveira Breailo
Alexandre Tranco
Aluisio de Fátima Nobre de Jesus
André Simões Louro
Antonio Carlos Roselli
Antonio Elias Sequini
Antonio Jorge Marques
Antonio Ricardo da Silva Barbosa
Aristeu José Marciano
Arlei Rodrigues
Arles Gonçalves Junior
Benedito Alves de Lima Neto
Braz Martins Neto
Cesar Marcos Klouri
Charles Isidoro Gruenberg
Claudio Henrique Bueno Martini
Clemencia Beatriz Wolthers
Coriolano Aurelio de A Camargo Santos
Dirceu Mascarenhas
Domingos Sávio Zainaghi
Douglas José Gianoti
Eder Luiz de Almeida
Edivaldo Mendes da Silva
Eunice Aparecida de Jesus Prudente
Euro Bento Maciel Filho
Fábio Antonio Tavares dos Santos
Fábio Dias Martins
Fábio Guedes Garcia da Silveira
Fábio Mourão Antonio
Fernando Calza de Salles Freire
Flávio Pereira Lima
Francisco Gomes Junior
Frederico Crissiúma de Figueiredo
George Augusto Niaradi
Glaudecir José Passador
Henri Dias
Janaina Conceição Paschoal
José Meirelles Filho
José Nelson Aureliano Menezes Salerno
José Pablo Cortes
José Roberto Manesco
José Vasconcelos
Judileu José da Silva Junior
Julio Cesar da Costa Caires Filho
Katia Boulos
Lucia Maria Bludeni
Luis Cesar Barão
Luis Roberto Mastromauro
Luiz Augusto Rocha de Moraes
Luiz Tadeu de Oliveira Prado
Mairton Lourenço Candido
Marcelo Gatti Reis Lobo
Marcelo Sampaio Soares
Marco Antonio Arantes de Paiva
Marco Antonio Araujo Junior
Marco Aurélio dos Santos Pinto
Marcos Antonio David
Marcus Vinicius Lourenço Gomes
Miguel Angelo Guillen Lopes
Orlando Cesar Muzel Martho
Oscar Alves de Azevedo
Otávio Augusto Rossi Vieira
Otávio Pinto e Silva
Paulo Silas Castro de Oliveira
Pedro Paulo Wendel Gasparini
Rene Paschoal Liberatore
Ricardo Galante Andretta
Roberto de Souza Araujo
Sidney Levorato
Silvio Cesar Oranges
Tallulah Kobayashi de Andrade Carvalho

Valter Tavares
Vinicius Alberto Bovo
Vitor Hugo das Dores Freitas
William Nagib Filho
Wudson Menezes Ribeiro

Membros Natos:

Antonio Claudio Mariz De Oliveira
Carlos Miguel Castex Aidar
José Eduardo Loureiro
José Roberto Batochio
João Roberto Egydio De Piza Fontes
Marcio Thomaz Bastos
Mario Sergio Duarte Garcia
Rubens Approbato Machado

Conselheiros Federais Efetivos:

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

Conselheiros Federais Suplentes:

Aloísio Lacerda Medeiros
Arnoldo Wald Filho
Marcio Kayatt

DIRETORIA

Diretor: Rubens Approbato Machado

Vice-Diretor: Braz Martins Neto

Assessora Especial da Diretoria: Helena Maria Diniz

Coordenadora Geral: Ana Vieira

Conselho Curador

Presidente: Roberto Delmanto Junior

Vice-Presidente: Laerte Soares

Secretária: Lúcia Maria Bludeni

Conselheiros:

Clito Fornaciari Junior
Horácio Bernardes Neto
Fábio Guedes Garcia da Silveira
Moira Virginia Huggard-Caine

Representantes do Corpo Docente:

Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho
Joung Won Kim
Sérgio Henrique Pardal Bacellar Freudenthal

Representante de Curso de Especialização Lato Sensu:

Luiz Antonio Rizzato Nunes

Sumário

Diretoria	02
Conselho Seccional	03
Conselho Curador	04
Editorial	05
Apresentação	06
Sobre a Revista	88

Artigos



08 Maria Cristina Zucchi

Breves comentários sobre os meios alternativos de solução de conflitos e as dificuldades de sua inserção na cultura litigiosa, inclusive a brasileira

32 Eunice Leite

Atividade advocatícia na justiça conciliativa

36 Raquel Quilici

A negociação e o moderno Direito

40 Ana Catarina Strauch

Mediação Familiar

48 Roberta Heinemann de Souza Aranha

Mediação – Instrumento de Justiça Sustentável

52 Ana Luisa Pretel

A aplicação da mediação nas relações cotidianas condominiais



14 Valeria F. L. Luchiar

O desafio de capacitar conciliadores e mediadores



Ricardo Pereira Junior 22

O Judiciário e os novos métodos de solução de conflitos



28 Corinna Schabbel

Mediação em tempos de mudança

60 Marie Claire L. Fidomanzo

Arbitragem e mediação em condomínios

64 Maria Celia Amaral

Mediação Empresarial

70 Marilene lenne

A arbitragem e o acesso à justiça

78 Regina A.S.F. Ribeiro

O Advogado na Conciliação e na Mediação

Expediente



Revista Científica Virtual da Escola Superior de
Advocacia da OAB-SP
Nº 13. (Verão - 2013.) - São Paulo: OAB/SP, 2013.

Conselho Editorial

Rubens Approbato Machado

Ana Vieira

Laerte Idalino Marzagão Júnior

Rizzatto Nunes

Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi

Coordenador de Editoração

Regina A.S.F. Ribeiro

Colaboradores

Bruno Moraes

Roseleine Scalabrini França

Thiago Gomes dos Santos

Tomás Rotter Bueno

Jornalista Responsável

Santamaria Nogueira Silveira

Fale Conosco

Largo da Pólvora, 141, Sobreloja - Liberdade

Telefone: (11) 3346 6800 - Site: www.esaoabsp.edu.br

E-mail: revista@esa.oabsp.org.br

Publicação Trimestral

ISSN - 2175 - 4462.

Direito - Periódicos. Ordem dos Advogados do Brasil

O convite da Escola Superior da Advocacia da OAB SP para que coordenasse essa edição de sua Revista Científica Virtual me trouxe grande responsabilidade e agradecimento pela deferência, como também preocupação em atender a essa importante missão.

Alem de apresentar os artigos dos mestres nas matérias a seguir, teria que apresentar aos leitores a importância da mudança de paradigma que vivenciamos em busca da almejada pacificação social .

Gostaria de poder apresentar mais artigos no futuro, pois mestres como os agora apresentados, teriam ainda como nos brindar com seus conhecimentos , o que esperamos poder fazer em próxima ocasião.

Cada autor ficou livre para a escolha de seu tema e para coordená-los procurei aproximar pontos, pensamentos e esperanças, pois sem o "lado humano" não atingiríamos o objetivo do empoderamento (em especial da classe dos advogados) em quiçá (se já não o fizeram), conhecer / entender essa realidade que está mudando o cenário da "ordem jurídica justa " (expressão do Dr. Kazuo Watanabe), acompanhando assim o cenário jurídico de muitos países em busca da Paz.

Coloco aqui alguns aspectos que julguei importantes, no meu entender, sobre os artigos que compõem essa edição:

A desembargadora Dra. Maria Cristina Zucchi, nos brinda com seu artigo "Breves comentários sobre os meios alternativos de solução de conflitos e as dificuldades de sua inserção na cultura litigiosa, inclusive a brasileira". Nele comenta sobre a mudança de paradigma com a adoção da justiça alternativa como "caminho de transformação de uma cultura impositiva para uma cultura de consenso", com suas dificuldades de compreensão e inserção, alertando ainda que para que haja a absorção dos princípios da pacificação é necessário um novo enfoque ético, social e profissional, e de caráter da cultura envolvida.

A juíza de direito Dra. Valeria Ferioli Lagrasta Luchiari, aborda em seu artigo "O desafio de capacitar conciliadores e mediadores" a importância de se construir um "modelo brasileiro" de capacitação de conciliadores e mediadores, com abordagens teórica e prática, com reciclagem, através de métodos de ensino diversos e com uso, inclusive, da interdisciplinariedade, atendendo a Resolução 125/10 do Conselho Nacional da Justiça (CNJ) .

O juiz de direito Dr. Ricardo Pereira Junior, em seu artigo "O Judiciário e os novos métodos de solução de conflitos", desenvolve análise científica sobre a possibilidade das partes se engajarem em processo de negociação aberta e flexível (matéria também abordada logo mais pela Dra. Raquel Quilici), na Conciliação e na Mediação. Foca, inclusive, nessa "saída do Judiciário", para a construção de um ambiente propício ao desenvolvimento das relações humanas.

Já a Dra. Corinna Schabbel, nos premia com seu artigo "Mediação em tempos de mudança" onde realça a mudança de cultura através da humanização da justiça, salientando a importância da compreensão de que podemos transformar conflitos em oportunidades sem necessidade de brigas e desperdício de tempo, dinheiro, emoções e bens.

A Dra. Eunice Leite, faz uma análise esclarecedora da "Atividade advocatícia na justiça conciliativa", tema de seu artigo, centralizando um levantamento de dados daquele Setor, concluindo por um ideal de busca de uma mudança que incuta na sociedade o costume de buscar a solução não-adversarial do conflito, passando-se à solução judicada somente quando necessário.

O "saber negociar" vem abordado de maneira simples e inovadora pela Dra. Raquel Quilici em seu artigo "A negociação e o moderno Direito" como instrumento primordial e natural para resolver os conflitos.

Na área da Mediação Familiar, a Dra. Ana Catarina Strauch realça a importância do “lado humano” quando aborda as razões dos conflitos, mencionando: dor, sentimentos, fragilidade e culpa, sonhos e projetos de vida, tolerância, doação e amor. Trata do lado humanista do mediador.

Também a mediação, como instrumento de justiça sustentável vem relatada pela Dra Roberta H. Souza Aranha que menciona a cultura do ter e do ser, alegando que “a justiça deve se estabelecer para emanar a sensação de paz, solidariedade e felicidade dos indivíduos nas suas relações sociais e em constante desenvolvimento sustentável”

As Dras. Ana Luisa Pretel e Marie Claire L. Fidomanzo rezam em seus artigos “A aplicação da mediação nas relações cotidianas condominiais” e “Arbitragem e mediação em condomínios”, respectivamente. A Dra. Ana Luisa esclarece o universo da mediação, propriedade e condomínio com sua aplicação ao direito, concluindo ser a mediação, o melhor meio para solução de conflitos decorrentes da violação de direitos, com a necessidade de especialização de mediadores condominiais e criação de setores públicos e privados especializados em condomínios e a Dra. Marie Claire abordando itens básicos esclarecedores do procedimento da arbitragem condominial e sua importância nos dias de hoje.

Ainda a Dra. Maria Celia Amaral ressalta a importância da mediação empresarial que tem como objetivo a qualidade de vida dos sócios, fornecedores, funcionários e demais envolvidos no andamento de uma empresa. Delimita ainda as vantagens da mesma como método mais célere para restabelecimento do equilíbrio das relações empresariais.

Ainda sobre a arbitragem a Dra. Marilene Ienne em “A arbitragem e o acesso à justiça” nos fala sobre o acesso à justiça e o instituto da arbitragem com sua análise histórica. Ressalta os operadores do direito e a arbitragem salientando essa nova e promissora “oportunidade – que deve ser disseminada, proporcionando agilidade e economia na solução de conflitos, ocasionando a expansão de negócios em face à segurança e resultados positivos proporcionados para as partes, representando importante contribuição para as metas atuais da economia nacional”.

E para finalizar, meu artigo “O advogado na conciliação e na mediação” com a tentativa de abordar temas cujo intuito seja auxiliar o profissional da advocacia no exercício desses métodos, devido às suas características peculiares.

Assim sendo, fica esse convite aos leitores para que possam, se ainda não o fizeram, se apaixonar por esses temas e auxiliarem nesse ideal de PACIFICAÇÃO SOCIAL!

Agradeço sua atenção e desejo uma ótima leitura!



Regina A.S.F. Ribeiro - Advogada; Mediadora/Conciliadora em Primeira e Segunda Instâncias do Tribunal de Justiça de São Paulo; Pós Graduada em Métodos Alternativos de Solução de Conflitos; Membro do FONAME; Professora em Cursos de Graduação e Pós Graduação em Comunicação, Conciliação, Mediação e Arbitragem; Monitora de Cursos de Capacitação de Conciliadores e Mediadores: ESA SP, IASP SP.

Breves comentários sobre os meios alternativos de solução de conflitos e as dificuldades de sua inserção na cultura litigiosa, inclusive a brasileira.



Palavras-chave: Métodos Consensuais, Pacificação, Solução de Conflitos, Papel do Advogado

Maria Cristina Zucchi - Desembargadora do Tribunal de Justiça de São Paulo; Doutora em Direito Civil; Mestre em Direito Comparado; Professora Adjunta da Cumberland School of Law, Samford University, EUA; Professora e coordenadora de Cursos de Graduação e de Pós Graduação sobre Meios Alternativos de Solução de Conflitos; Integrante do Conselho de Administração da CIMJ - Conférence Internationale de Médiation Judiciaire; Integrante do Núcleo Permanente de Solução de Conflitos e Cidadania do Tribunal de Justiça de São Paulo durante o ano de sua criação, 2012.

Quando nos voltamos para o ser humano e as soluções dos conflitos por ele criados, devemos nos lembrar que estamos diante de um ente conflitivo por natureza, e essa conflituosidade latente o leva a procurar a realização de seus interesses acima de qualquer coisa, deixando para um segundo plano seus deveres, os interesses dos outros ou ainda o bem comum.

Desde Ihering fala-se em conflito de interesses a propósito dos conflitos interpessoais, capazes de ameaçar a vida social e os valores humanos juridicamente relevantes. Esta conflituosidade, que se manifesta na base da natureza humana, é que leva à necessidade de se estabelecer mecanismos de solução de conflitos, que impeçam a destruição do próprio ser humano.

Historicamente, a resolução de conflitos se deu por meio de práticas distintas, violentas ou pacíficas, mas prioritariamente marcadas pela intervenção da máquina estatal, limitando o poder das ações pautadas no método da vontade das pessoas, ou da sua maioria, e restringindo os meios convencionais de resolução de conflitos ao Poder do Estado. E dessa forma, desconsidera-se as diferenças e necessidades humanas e privilegia-se o paradigma do ganha-perde¹, dando solução, na verdade, a apenas uma das partes, empobrecendo as opções possíveis de resolução de conflitos, com ônus econômicos, afetivos e relacionais.

As soluções acabam gerando a função de “decidir quem tem razão” em um conflito jurídico de acordo com os integrantes do Poder Judiciário, cuja missão é a de julgar ou a de fazer executar o julgado submetidos unicamente ao império da lei. Ou seja, o poder estatal é que vai decidir qual das partes, e em que medida, numa situação de conflito, tem razão em seu pedido. E com tal procedimento, ao cumprir a função julgadora, o Poder Judiciário deve garantir a todos os cidadãos o exercício dos direitos que lhe são outorgados pela lei. A reverência à jurisdição como objeto de hermético monopólio estatal decorre de nossa herança cultural, transmitida pelas obras jurídicas, e da prática da Justiça institucionalizada

por meio de julgamentos e constringências sobre pessoas e bens, levando a um desvio que afasta outros meios de pacificar, e a uma exagerada valorização da tutela jurisdicional estatal.

Esta tem sido a solução dada, no sistema jurídico, na sua fase judicial, com o objetivo de “descobrir a verdade”. Os órgãos do Judiciário necessariamente utilizam um método adversarial, de tal modo que o juiz acaba resolvendo, de acordo com os elementos trazidos aos autos, a controvérsia. Todo o procedimento contencioso, porém, demanda muito tempo, dinheiro, angústias e aflições entre as partes, não raro com publicidade dos fatos trazidos a consideração.

Infelizmente, tal sistema de resolução de conflitos é ineficaz, no Judiciário entram mais causas do que saem, a duração dos processos excede o tempo razoável, as dificuldades para a execução dos julgados são inúmeras, o custo do litígio é enorme, envolvendo gastos econômicos, desgastes de energia, ansiedades, esperas e incertezas.

Um quadro falho como este, acaba acontecendo atualmente ao lado de grande diversidade de linguagens e mudanças de paradigmas, causando uma coexistência de realidades e contextos sociais, num mesmo universo, marcados pelo litígio, contraposição de interesses, o que leva à busca de espaços sociais de diálogo, visando

¹ SCHNITMAN, Dora Fried. Novos paradigmas na resolução de conflitos. In: SCHNITMAN, Dora Fried; LITTLEJOHN, Stephen. Novos paradigmas em mediação. Porto Alegre: Artmed, 1999.

soluções alternativas e mais pacíficas, com nova abordagem não apenas de linguagem, mas inclusive de estrutura institucional. A hegemonia do método estatal tradicional tem sido questionada, não apenas por juristas, políticos e cientistas, mas também pela própria sociedade, insatisfeita com as soluções dadas pela justiça estatal. O processo judicial deixa de ser, não raras vezes, o método mais adequado de realização da justiça, e a sociedade procura promover, de forma mais difusa e autônoma, a solução para os seus conflitos.

Deve ser lembrado, ademais, que a própria Teoria Geral do Processo sempre apresentou a jurisdição dentre outros meios de solução de conflitos, heterocompositivos ou autocompositivos², ou ainda autotutela.³ Mas é preciso discernir que o núcleo do processo judicial é a defesa dos direitos envolvidos, enquanto que o núcleo de meios consensuais, em seu sentido original e amplo, concentra-se na facilitação da negociação mediante a criação de

2 A autocomposição ocorre quando os próprios sujeitos envolvidos no conflito, ou um deles unilateralmente, encontra caminho apto à pacificação (pela renúncia ou pela submissão). A heterocomposição .

3 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido R., Teoria Geral do Processo, São Paulo, RT, 1976, p. 20: "a resolução dos conflitos ocorrentes na vida em sociedade pode se verificar por obra de um ou de ambos os sujeitos dos interesses conflitantes, ou por ato de terceiro. Na primeira hipótese, um dos sujeitos (ou cada um deles) consente no sacrifício total ou parcial do próprio interesse (autocomposição) ou impõe o sacrifício do interesse alheio (autodefesa ou autotutela). Na segunda hipótese, enquadram-se a defesa de terceiro, a mediação e o processo".

um novo contexto de comunicação de apoio e no emprego de outras habilidades que não envolvem a aplicação do direito.

Verdade é que a jurisdição e o processo judicial, no Estado moderno, representam a solução formal, supostamente mais justa. Na medida em que os meios alternativos acabam sendo utilizados, como melhor forma de solução, tende-se a uma resolução menos formal. Em sua obra *Dispute Processes – ADR and the Primary Forms of Decision-Making*, Roberts e Palmer mostram a tendência constante, na história das sociedades, no sentido da desinformalização dos mecanismos de solução de conflitos, causada por impulsos religiosos, étnicos, políticos, territoriais e temporais, impulsos estes sempre refreados por mecanismos formais como as leis e órgãos centralizadores.⁴

Muitas críticas e severos elogios têm sido atribuídos aos Meios Alternativos de Solução de Conflitos. Mas fato é que, em três décadas, estes mecanismos ganharam largo espaço em sistemas de justiça de todo o mundo, inclusive no Brasil.

4 ROBERTS, Simon e PALMER, Michael, *Dispute Processes – ADR and the Primary forms of Decision-Making*, United Kingdom, Cambridge, 2009.

Pragmaticamente, tais mecanismos têm sido exaltados pelo alto grau de êxito quanto aos três resultados mencionados por DANOVI (rapidez, eficácia e baixo custo)⁵, causando menos danos colaterais e soluções melhores. Cria-se, assim, uma mudança da justiça estatal para a justiça alternativa, caminho de transformação de uma cultura impositiva para uma cultura de consenso. Os meios alternativos de solução dos conflitos constituem um sistema com variados instrumentais (multiportas), todos tendentes ao mesmo fim (pacificação social), mas diferentes entre si, seja na forma ou no método.

5 DANO VI, Remo, "Le ADR (alternative dispute resolutions) e le iniziative dell'Unione europea", in *La risoluzione stragiudiziale delle controversie e il ruolo dell'avvocatura*, organizado por ALPA, Guido e DANOVI, Remo, Milano:Giuffrè, 2004.

Evidentemente, esses métodos implicam numa postura ética também diversa da estabelecida para o processo judicial (ou método impositivo de solução de conflitos), tanto para os agentes operadores dos meios consensuais, quanto para as partes e seus advogados. Deles todos espera-se não apenas a compreensão do procedimento alternativo consensual, mas também a absorção da mudança cultural, com a adoção de novos paradigmas comportamentais e de atuação.

O operador dos métodos consensuais (conciliador/mediador profissional) já encontra seu destacando-se neste momento, no Brasil, o Código e Ética promulgado pelo Conselho Nacional de Justiça.⁶

6 CÓDIGO DE ÉTICA DE CONCILIADORES E MEDIADORES JUDICIAIS

->Introdução

O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, a fim de assegurar o desenvolvimento da Política Pública de tratamento adequado dos conflitos e a qualidade dos serviços de conciliação e mediação enquanto instrumentos efetivos de pacificação social e de prevenção de litígios, institui o Código de Ética, norteado por princípios que formam a consciência dos terceiros facilitadores, como profissionais, e representam imperativos de sua conduta.

->Dos princípios e garantias da conciliação e mediação judiciais

Artigo 1º - São princípios fundamentais que regem a atuação de conciliadores e mediadores judiciais: confidencialidade, competência, imparcialidade, neutralidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes.

§1º. Confidencialidade – Dever de manter sigilo sobre todas as informações obtidas na sessão, salvo autorização expressa das partes, violação à ordem pública ou às leis vigentes, não podendo ser testemunha do caso, nem atuar como advogado dos envolvidos, em qualquer hipótese;

§2º. Competência – Dever de possuir qualificação que o habilite à atuação judicial, com capacitação na forma desta Resolução, observada a reciclagem periódica obrigatória para formação continuada;

§3º. Imparcialidade – 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;

§4º. Neutralidade – Dever de manter equidistância das partes, respeitando seus pontos de vista, com atribuição de igual valor a cada um deles;

§5º. Independência e autonomia - Dever de atuar com liberdade, sem sofrer qualquer pressão interna ou externa, sendo permitido recusar, suspender ou interromper a sessão se ausentes as condições necessárias para seu bom desenvolvimento, tampouco havendo obrigação de redigir acordo ilegal ou inexecutável;

§6º. Respeito à ordem pública e às leis vigentes – Dever de velar para que eventual acordo entre os envolvidos não viole a ordem pública, nem contrarie as leis vigentes.

->Das regras que regem o procedimento de conciliação/mediação

Art. 2º. As regras que regem o procedimento da conciliação/mediação são normas de conduta a serem observadas pelos conciliadores/mediadores para seu bom desenvolvimento, permitindo que haja o engajamento dos envolvidos, com vistas à sua pacificação e ao comprometimento com eventual acordo obtido, sendo elas:

§1º. Informação - Dever de esclarecer os envolvidos sobre o método de trabalho a ser empregado, apresentando-o de forma completa, clara e precisa, informando sobre os princípios deontológicos referidos no capítulo I, as regras de conduta e as etapas do processo.

§2º. Autonomia da vontade – Dever de respeitar os diferentes pontos de vista dos envolvidos, assegurando-lhes que cheguem a uma decisão voluntária e não coercitiva, com liberdade para tomar as próprias decisões durante ou ao final do processo, podendo inclusive interrompê-lo a qualquer momento.

§3º. Ausência de obrigação de resultado – Dever de não forçar um acordo e de não tomar decisões pelos envolvidos, podendo, quando muito, no caso da conciliação, criar opções, que podem ou não ser acolhidas por eles.

§4º. Desvinculação da profissão de origem – Dever de esclarecer aos envolvidos que atua desvinculado de sua profissão de origem, informando que, caso seja necessária orientação ou aconselhamento afetos a qualquer área do conhecimento poderá ser convocado para a sessão o profissional respectivo, desde que com o consentimento de todos.

§4º. Teste de realidade – Dever de assegurar que os envolvidos, ao chegarem a um acordo, compreendam perfeitamente suas disposições, que devem ser exequíveis, gerando o comprometimento com seu cumprimento.

->Das responsabilidades e sanções do conciliador/mediador

Mesmo assim, a insipiência ética ainda se desnuda, não raras vezes, diante de posturas belicosas e agressivas adotadas por profissionais dos métodos alternativos de solução de conflitos, na dificuldade de realiza-los na sociedade litigiosa, demonstrando o quanto ainda lhes falta para a realização da pacificação!

O papel do advogado na operacionalização dos Meios Alternativos de Solução de Conflitos deve ser bem sopesado. O advogado tem, nos bancos universitários, uma formação litigiosa – “lute pelos direitos do seu cliente, quanto mais você lutar, melhor advogado você será – insurja-se, manejando os instrumentos processuais que aprendeu a utilizar. Quanto mais recursos, mais combativa a imagem que você precisa ter para cativar seu cliente.....”. A litigiosidade vem arraigada na formação do bacharel em direito, e ela se transfere para a prática advocatícia, inclusive a consultiva, e para o ideal ético que ela reflete. Quantas vezes já presenciamos o advogado aconselhando o cliente a não comparecer à sessão de conciliação proposta pela parte contrária ou pelo juiz, a não realizar acordo de forma alguma, como modo de exibir uma orientação competente na salvaguarda dos direitos desse cliente!

Ademais, para o advogado fica difícil distinguir entre o seu papel como postulador perante o Judiciário e os juizados especiais, ou ainda como consultor ou

Art. 3º. Apenas poderão exercer suas funções perante o Poder Judiciário conciliadores e mediadores devidamente capacitados e cadastrados pelos tribunais, aos quais competirá regulamentar o processo de inclusão e exclusão no respectivo cadastro.

Art. 4º. O conciliador/mediador deve exercer sua função com lisura, respeitando os princípios e regras deste Código, assinando, para tanto, no início do exercício, termo de compromisso e submetendo-se às orientações do juiz coordenador da unidade a que vinculado;

Art. 5º. Aplicam-se aos conciliadores/mediadores os mesmos motivos de impedimento e suspeição dos juizes, devendo, quando constatados, serem informados aos envolvidos, com a interrupção da sessão e sua substituição.

Art. 6º. No caso de impossibilidade temporária do exercício da função, o conciliador/mediador deverá informar com antecedência ao responsável para que seja providenciada sua substituição na condução das sessões.

Art. 7º. O conciliador/mediador fica absolutamente impedido de prestar serviços profissionais, de qualquer natureza, pelo prazo de dois anos, aos envolvidos em processo de conciliação/mediação sob sua condução.

Art. 8º. O descumprimento dos princípios e regras estabelecidos neste Código, bem como a condenação definitiva em processo criminal, resultará na exclusão do conciliador/mediador do respectivo cadastro e no impedimento para atuar nesta função em qualquer outro órgão do Poder Judiciário nacional.

Parágrafo único – Qualquer pessoa que venha a ter conhecimento de conduta inadequada por parte do conciliador/mediador poderá representá-lo ao Juiz Coordenador a fim de que sejam adotadas as providências cabíveis.

assessor jurídico, ou diretor jurídico (EAOAB art. 1º, I e II) e o seu papel de conciliador ou mediador “estimulando a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios” (Código de Ética do advogado, art. 2º, §único, VI). Se ele é formado para combater, ele acaba fomentando o litígio, ao invés de evitá-lo!

De seu lado, as partes também vêm de uma formação litigiosa, tendenciosamente voltada para a obtenção de vantagem acima de tudo, refletindo um ideal ético de “precisar levar vantagem em tudo para demonstrar ser esperto, certo?” (lei de Gerson).

Com tal ideal ético, a parte espera um advogado que permita a realização deste paradigma de vantagem, e o valoriza na medida em que ele consegue tal desiderato. Difícil fica, assim, considerando a feição litigiosa de nossa cultura, pretender o sucesso dos métodos consensuais para a solução dos conflitos individuais e sociais na sociedade brasileira. O norte principiológico estabelecido no preâmbulo de nossa Constituição prenunciando a instituição de “um Estado Democrático destinado a assegurar..... a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias....” soa utópico, distante, irreal.

Diante de tal quadro traçado por uma cultura arraigadamente belicosa, como considerar a utilização de métodos consensuais para a solução de litígios como preenchimento do objetivo da solução dos conflitos pela pacificação?

Para o advogado, indispensável na administração da justiça (CF, art. 133), fica difícil ver na consensualidade a realização da justiça. Torna-se comum ouvirmos o advogado dizer que fez a conciliação de seus clientes com a parte contrária, confundindo o papel de advogado com o de conciliador. Quando falamos da conciliação como manuseio de um dos meios alternativos de solução de conflitos, não estamos nos referindo à conciliação tradicionalmente preconizada no direito processual civil pátrio (por exemplo, no art. 331 do CPC), geralmente levando a tentativa infrutífera pelo magistrado ou pelo advogado (e resumindo-se à pergunta: há possibilidade de acordo?). A conciliação, como método alternativo (= outro que não o judicial) de solução de conflito, atualmente, significa uma especialidade profissional, que requer uma capacitação específica, com princípios, metodologia e regras próprios, de modo que o advogado que quer atuar como conciliador, necessita de um curso de formação, junto a instituição credenciada para tanto. No atendimento a seu cliente, além de bacharel em direito, inscrito na OAB, e de conciliador capacitado, ele deverá escolher como atuará – se como consultor jurídico, acompanhando o cliente numa sessão de conciliação, ou se como conciliador de um cliente que será acompanhado de outro advogado para a devida consultoria jurídica.

Tal distinção, por si, já faz com que o advogado deixe de temer a conciliação como uma ameaça para sua clientela e para seu trabalho. Pelo contrário, os meios alternativos de solução de conflito constituem um instrumental que enriquece o exercício da advocacia. O cliente que experimenta o sucesso do emprego da conciliação para solução de um problema procurará o advogado que atuou como conciliador quando solucionar outro problema que venha a ter no futuro. É preciso, porém, que os papéis desempenhados estejam muito claros, para obter o melhor resultado, no enquadramento profissional correto.

Tal compreensão faz com que se evitem práticas abusivas como a de advogado que atua como conciliador perante uma instituição autorizada a realizar sessões de conciliação, mas que oferece seu cartão como advogado quando o acordo não chega

a ser realizado. A atuação conciliatória não pode significar violação ética (“é vedado o oferecimento de serviços profissionais que impliquem, direta ou indiretamente, inculcação ou captação de clientela” Código de Ética do Advogado, art. 7º).

A exata valoração dos meios alternativos de solução de conflitos evitará, ainda, posturas abusivas ou até mesmo fraudulentas das partes, tais como promover a realização de atos processuais durante a suspensão do processo para realização da conciliação, ou ainda agir como se quisesse a conciliação visando, na verdade, a produção de prova não colacionada aos autos para posterior utilização da mesma no processo. O sigilo que envolve uma sessão de conciliação, com a utilização das técnicas profissionais específicas, não deve ser violado ou revelado de modo algum, sob pena de esvaziar o cerne do propósito pacífico de solução do conflito.

Estes são apenas alguns breves comentários que trouxemos para a avaliação do que significa a inserção dos métodos consensuais numa cultura litigiosa, inclusive a nossa. Inúmeros são os obstáculos a serem superados, a sementeira ainda é iniciante, a absorção dos princípios da pacificação requer um novo enfoque ético, social, profissional, e até mesmo de caráter da cultura envolvida. Para terem a chance de florescer como parte de qualquer cultura, os meios alternativos de solução de conflitos deverão surgir como um elemento de diferenciada contribuição direta do meio social para a solução adequada e produtiva dos conflitos de uma sociedade democrática e plural, nos termos constitucionais, se as condições para tanto forem fomentadas. Uma outra ética deve permear a consecução da pacificação, requerendo uma busca dinâmica, incessante, persistente de realização de solução concreta de cada caso, fazendo do conflito não um foco de litígio, mas sim uma fonte produtora de solução apaziguadora, educativa, com infindável exercício da cidadania e dos direitos envolvidos.

Referências Bibliográficas

SCHNITMAN, Dora Fried. Novos paradigmas na resolução de conflitos. In: SCHNITMAN, Dora Fried;

LITTLEJOHN, Stephen. Novos paradigmas em mediação. Porto Alegre: Artmed, 1999;

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido R., Teoria Geral do Processo, São Paulo, RT, 1976, p. 20;

ROBERTS, Simon e **PALMER**, Michael, Dispute Processes – ADR and the Primary forms of Decision-Making, United Kingdom, Cambridge, 2009.

DANO VI, Remo, Le ADR (alternative dispute resolutions) e le iniziative dell’Unione europea”, in La risoluzione stragiudiziale delle controversie e il ruolo dell’avvocatura, organizado por ALPA, Guido e DANOVI, Remo, Milano:Giuffrè, 2004.

Código De Ética De Conciliadores E Mediadores Judiciais

O Desafio de Capacitar Conciliadores e Mediadores

Sumário

Introdução

1. Modelo de Capacitação Ideal?
2. O Fórum Nacional de Mediação (FONAME)
3. A Capacitação de Conciliadores e Mediadores na Resolução n. 125, do CNJ
4. "Modelo" brasileiro

Conclusões

Referências Bibliográficas

Palavras-chave: Capacitação, Mediação, Conciliação, FONAME.



Valeria Ferioli Lagrasta Luchiari - Juíza de Direito da 2ª Vara da Família e das Sucessões da Comarca de Jundiaí; Pós-graduada em Métodos de Soluções Alternativas de Conflitos Humanos; Formada em Mediação Judicial ("Mediation and the Judicial System") pela Columbia University (2012); Instrutora de técnicas autocompositivas do Conselho Nacional de Justiça (CNJ); Integrante do Grupo de Trabalho do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) responsável pela elaboração da Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010; Membro fundador da "Confederação Internacional de Mediação por Justiça", com sede em Paris; Integrante do projeto que visa a implementação de "Tribunal de Multi-Portas" na América Latina desenvolvido pela "International ADR Research Network" da University of St. Thomas School of Law - Minneapolis/EUA, na categoria juiz; Membro do Comitê Nacional de Cooperação Judicial do Conselho Nacional de Justiça; Membro da Comissão Especial de Padronização dos Procedimentos Cartorários do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; Coordenadora do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania da Comarca de Jundiaí/SP; Coordenadora do Núcleo Regional de Jundiaí e membro da Comissão de Mediação do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM); Diretora de Conciliação da APAMAGIS (Associação Paulista de Magistrados).

Introdução

A Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos, instituída pela Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça, regulamenta a conciliação e a mediação em todo o país, e tem como principais objetivos: 1) a utilização dos meios alternativos de solução de conflitos, principalmente da conciliação e da mediação, no âmbito do Poder Judiciário e sob a fiscalização deste; 2) a mudança de mentalidade dos operadores do Direito e das próprias partes, diminuindo a resistência de todos em relação aos métodos consensuais de solução de conflitos; e 3) a qualidade do serviço prestado por conciliadores e mediadores, que envolve sua capacitação; tudo visando a pacificação social (escopo magno da jurisdição), a fim de tornar efetivo acesso à justiça qualificado (“acesso à ordem jurídica justa” – expressão cunhada pelo Professor Kazuo Watanabe).

Entre os objetivos acima mencionados, o de maior destaque é o acesso à justiça, em seu sentido amplo (“acesso à ordem jurídica justa”), que exige não só efetividade, celeridade e adequação da tutela jurisdicional, mas uma atenção do Poder Judiciário a todos que tenham qualquer problema jurídico, não necessariamente um conflito de interesses.

Conseqüentemente, cabe ao Poder Judiciário organizar não apenas os serviços processuais, mas também os serviços de solução de conflitos por métodos consensuais (hoje, conciliação e mediação) e os serviços que atendam os cidadãos de modo mais abrangente, como a solução de simples problemas jurídicos, a orientação jurídica, a assistência social e a obtenção de documentos essenciais ao exercício da cidadania; trazendo a Resolução n. 125, para tanto, modelo de unidade judiciária, que chama de “Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania”.

Há ainda a obrigatoriedade, de todos os conciliadores e mediadores, que atuem tanto nos “Centros”, quanto nos demais órgãos judiciários nos quais se realizem sessões de conciliação e mediação, serem capacitados na forma do Anexo I, da Resolução n. 125, do CNJ, cabendo aos Tribunais organizar e disponibilizar esses cursos, através de parcerias com entidades públicas e privadas, ou não (art. 12).

Do estabelecido no artigo 12 se depreende que, na formação de conciliadores e mediadores deve haver o envolvimento das Escolas da Magistratura, do Ministério Público e da Ordem dos Advogados do Brasil, mas também de universidades e faculdades, da iniciativa privada e de órgãos da administração pública, que podem viabilizar a realização dos cursos, através de convênios.¹

E a capacitação de conciliadores e mediadores é de extrema importância, se tivermos em vista que os envolvidos no conflito ao atingirem o acordo, conduzido por um conciliador e/ou mediador, que sabe utilizar as técnicas dos métodos consensuais de

solução de conflitos, se comprometem com o resultado obtido e, portanto, com o cumprimento do acordo, evitando-se, não só a ação, mas a execução e os recursos. A capacitação ainda é importante para que as partes sejam devidamente orientadas sobre o procedimento e seu compromisso com o acordo assumido, não devendo, jamais, o conciliador ou mediador forçar o acordo, que deve partir da vontade das partes. Por isso, que acordo obtido numa sessão, conduzida por um conciliador/mediador capacitado, dificilmente irá gerar uma execução ou um recurso². E assim, os envolvidos obtêm uma solução célere, justa e adequada para o seu conflito, tornando-se real o acesso à justiça, previsto na Constituição Federal.

Diante dessa constatação, a Resolução nº 125, traz um programa mínimo de capacitação, que deve ser exigida de todos aqueles que vão atuar, direta ou indiretamente, com os métodos consensuais de solução de conflitos, inclusive, magistrados e servidores.

1. Modelo de Capacitação Ideal?

Início esta seção com uma indagação: existe modelo de capacitação ideal?

O ensino de qualquer disciplina exige a elaboração de um programa e a enunciação de um método. Ou seja, quando se apresenta um programa e se propõe um método de ensino, há duas perguntas: o que ensinar e como ensinar. A primeira diz respeito

¹ A Escola Paulista da Magistratura, motivada por seu Diretor, Des. ARMANDO PRADO DE TOLEDO, bem como as Escolas, Superior do Ministério Público, Superior da Advocacia e o Instituto dos Advogados de São Paulo têm realizado cursos de extensão em mediação voltados para a divulgação desse método entre os operadores do Direito e, a primeira também tem realizado cursos de capacitação de conciliadores e mediadores no interior do Estado. A Ordem dos Advogados do Brasil – Seção São Paulo, por seu Departamento Cultural e pela Comissão de Mediação e Arbitragem, também tem promovido palestras na capital e no interior do Estado.

² Vide LAGRASTA LUCHIARI, Valeria Ferioli. A Mediação de Conflitos – análise da realidade brasileira e sua efetiva implantação no Poder Judiciário do Estado de São Paulo. 2009. 170 p. Tese (Pós Graduação “Lato Sensu” em Direito) – Escola Paulista da Magistratura, São Paulo, fl. 113-143. para verificar os dados estatísticos, referentes aos Setores de Conciliação e Mediação das Comarcas de Serra Negra, Patrocínio Paulista e Jundiaí, que demonstram que, nestas Comarcas, que seguiram o modelo proposto, tanto em relação à capacitação dos mediadores, quanto em relação ao método de trabalho no próprio Setor de Conciliação e Mediação, os resultados foram significativos, havendo a redução do número de processos distribuídos e do tempo de duração do processo, com a obtenção de elevado índice de acordos nas mediações realizadas. Além disso, relevante dado do Setor de Conciliação e Mediação da Família da Comarca de Jundiaí é o referente ao baixo índice de acordos celebrados nas sessões de mediação que geraram execução, de 2% na fase pré processual e de 4% na fase proces-

ao conteúdo, e a segunda, ao método; devendo ser considerados vários fatores

O conteúdo depende do objetivo do curso, do público alvo, do número de alunos e, também do tempo disponível, pois este condiciona o conteúdo possível de ser ensinado e aprendido.

Deve-se considerar também, que por ser uma matéria nova, ainda não obrigatória e incluída na grade das faculdades, não há unidade curricular destinada ao ensino geral dos métodos consensuais de solução de conflitos; além do que, por ser a mediação interdisciplinar, envolvendo várias áreas do conhecimento, pode ser inserida em vários cursos superiores, e não só no curso de Direito, devendo, em todos os casos, contar com professores das diversas áreas envolvidas, como Psicologia, Filosofia, Direito, etc.

É aconselhável, então, partir de um ensino genérico dos métodos consensuais de solução de conflitos, criando-se, em momento posterior, uma pluralidade de especializações nas diversas áreas dos métodos consensuais. Ou seja, depois da formação básica, que permitirá o início do trabalho com a conciliação e a mediação, no âmbito judicial, pode-se ampliar o sistema de formação, através de seminários e cursos específicos, como de mediação familiar, mediação empresarial, conciliação cível, etc.

E, diante da pluralidade de disciplinas envolvidas nos métodos consensuais de solução de conflitos (interdisciplinaridade) e das diversas Escolas de Mediação existentes no mundo, aconselhável que, para um ensino abrangente, haja a celebração de convênios com diferentes entidades de referência, públicas e privadas, que atuam na área. Isso permitirá que o Corpo Discente tenha contato com professores e profissionais das diversas áreas envolvidas nos

métodos consensuais, e também conheça as várias Escolas e formas de trabalhar existentes no mundo, para, num segundo momento, depois do início da atuação, encaminhar-se a cursos em áreas específicas ou que sigam determinada Escola.

Desta forma, diante do estabelecido na Resolução n. 125, do CNJ, se o curso não estiver inserido na grade curricular de uma faculdade de Direito, mas tiver por objetivo apenas formar pessoas aptas a trabalhar com os métodos consensuais de solução de conflitos no âmbito judicial, essencial que contenha informações sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos, seus objetivos, e o funcionamento das unidades judiciárias, onde serão aplicados esses métodos (Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania).

2. O Fórum Nacional de Mediação (FONAME)

A capacitação de conciliadores e mediadores e seus critérios, de há muito, vêm sendo objeto de estudo por parte de entidades, públicas e privadas, voltadas aos meios consensuais de solução de conflitos, preocupadas com a qualidade do serviço desses profissionais, que se reuniram criando um grupo de estudos, denominado FONAME – Fórum Nacional de Mediação³.

A conclusão deste grupo, tendo como parâmetros várias experiências do Brasil e do Exterior, é que os cursos de capacitação, tanto de conciliadores, quanto de mediadores, devem ser compostos por dois módulos, um teórico e um prático, com um número mínimo de horas, cada um, que para conciliadores, é de 50 horas, e para mediadores, é de 80 horas.

Nos *módulos teóricos*, além de um conteúdo mínimo,

³ Para conhecer os objetivos do FONAME, seu regulamento interno, a relação de entidades fundadoras e sugestão de critérios mínimos para a capacitação de conciliadores e mediadores, acesse o endereço eletrônico do FONAME. Disponível em: <<http://foname.blogspot.com>>. Acesso em: 16 set. 2009.

estabelecido através de temas específicos sugeridos, que devem ser desenvolvidos pelos professores, constatou-se a necessidade de indicação de, pelo menos, seis obras de leitura obrigatória (três de natureza introdutória: manuais, livros-texto, etc; e três de caráter doutrinário, ligadas às principais famílias técnico-metodológicas para a conciliação e a mediação: Harward-Negocial, Circular-Narrativa, Transformativa-Reflexiva e Transformativa) e de realização de simulações; com a apresentação de relatórios pelos alunos, a fim de ser avaliado o seu aproveitamento.

No que diz respeito à matéria da mediação, atendendo à interdisciplinaridade, que lhe é característica, e à diversidade de conhecimentos implicados, o ideal é que o curso seja ministrado por psicólogos, sociólogos e juristas. Isso porque, depois de uma visão inicial e genérica, a matéria de mediação pressupõe que o aluno tome contato com técnicas específicas, de comunicação, de identificação e desmontagem de fatores psicológicos, de aceitação do outro, de escuta etc; e ainda, que compreenda os fatores sociológicos que envolvem o conflito. A percepção desses fatores, bem como a identificação dos valores dos envolvidos em conflito é fundamental para que o mediador consiga escolher a melhor técnica e realmente ajude-os a encontrar uma solução. E isso, somente será possível se extraído de conhecimento abrangente, das diversas áreas mencionadas, bastando, para tanto, na realização dos cursos, a celebração de convênios com entidades públicas e privadas da área de ensino, afetas à Psicologia, à Sociologia e ao Direito.

As simulações consistem em exercícios nos quais os alunos são divididos em grupos, que vão trabalhar uma estória, sendo que cada aluno do grupo recebe uma parte da estória, correspondente ao seu papel

no exercício (reclamante e reclamado), havendo aqueles que vão atuar como, conciliador/mediador, co-conciliador/mediador e observador. Ao final, faz-se uma apreciação do trabalho perante todos os alunos e, com a análise dos resultados obtidos e das técnicas utilizadas para a solução do mesmo conflito, verifica-se qual delas permitiu obter a melhor solução, sendo que, depois de expostas as alternativas encontradas, cada uma das soluções deve ser analisada quanto às suas vantagens e desvantagens.

Nos *módulos práticos* (estágios supervisionados), que são essenciais para o exercício das funções de conciliador e mediador, pois apenas com o início da atividade é que irão perceber suas dificuldades, aptidões e, de um modo geral, sua vocação, os alunos devem trabalhar, sucessivamente, nas posições de observador, co-conciliador ou co-mediador e, finalmente, de conciliador ou mediador, sempre supervisionados por um professor, apresentando também ao término desse módulo, relatório do trabalho.

Além desse curso básico, sustenta-se a necessidade de reciclagem e atualização permanentes dos conciliadores e mediadores, através de seminários e cursos, e do acompanhamento de sua atuação prática por profissionais especializados e pelos próprios juízes, no caso da conciliação e mediação judiciais.

3. A Capacitação de Conciliadores e Mediadores na Resolução n. 125, do CNJ

Como já explicitado, existem vários programas de capacitação de conciliadores e mediadores, porém, tendo a Política Judiciária Nacional, instituída pela Resolução n. 125, como um de seus princípios informadores, a qualidade dos serviços para garantia de acesso a uma ordem jurídica justa, fixa parâmetros mínimos, que deverão ser observados pelos Tribunais

nos cursos de capacitação de serventuários da justiça, conciliadores e mediadores.

Houve, para tanto, a necessidade de compatibilizar a formação mínima exigida para a atuação desses facilitadores e as diferentes realidades econômicas, sociais e geográficas de cada Tribunal, com a adoção de *modelo factível em âmbito nacional*, estabelecendo-se que a capacitação deve iniciar com um curso mais genérico, que aborde os métodos consensuais de solução de conflitos, em sentido geral, e os objetivos da política pública de tratamento adequado de conflitos, com duração de 12 horas/aula, destinado a todos aqueles que irão atuar no “Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania”, inclusive servidores, conciliadores e mediadores já capacitados. Na sequência, instituiu-se módulo voltado às técnicas de conciliação e à conduta ética dos terceiros facilitadores, com duração de 16 horas/aula, destinado a conciliadores e mediadores, e por fim, módulo afeto à mediação, suas técnicas e as diferentes Escolas, com duração de 16 horas/aula, que deverá ser cursado por todos aqueles que quiserem atuar como mediadores. Os três módulos são sucessivos e complementares, correspondendo a diferentes níveis de capacitação, e o segundo e terceiro módulos deverão ser necessariamente seguidos de estágio supervisionado. E, no módulo de conciliação, ainda devem ser transmitidas informações sobre a conduta ética, sob a qual devem se pautar os terceiros facilitadores, sendo que, dentre os princípios éticos que regem sua atividade, destacam-se o dever de informação, a imparcialidade, a confidencialidade e a responsabilidade técnica⁴. Neste ponto, importante salientar, que a Resolução n. 125, traz *Código de Ética*, que deve ser observado pelos conciliadores e

mediadores judiciais.

Importante mencionar, que o princípio da competência, estabelecido no Código de Ética do Anexo III, da Resolução n. 125, significa que o conciliador/mediador deve ter capacidade técnica para conduzir a conciliação/mediação, não bastando que tenha a capacitação mínima estabelecida no Anexo I, da mencionada Resolução, mas exigindo-se reciclagem e atualização permanentes, através de cursos de maior duração.

E que, por ser a mediação interdisciplinar e existir na doutrina várias Escolas de Mediação, houve o desenvolvimento de diferentes modelos de mediação, afetos às realidades dos países nos quais são utilizados; não havendo, portanto, como simplesmente “importar” determinado modelo de capacitação de outro país, devendo ser trazidas, nesses cursos, informações sobre as diferentes experiências e Escolas existentes no mundo, a fim de que seja construído, em nosso país, um modelo “nacional” de mediação.

4. “Modelo” brasileiro

Diante do fato de ser a mediação recente no Brasil, não há como, nesse momento, impor padrão de capacitação, com base em parâmetros trazidos de outros países, sob pena de impedirmos o desenvolvimento da mediação e a construção de modelo próprio, com a participação dos mais diversos componentes de brasilidade.

Seguindo esse raciocínio, optou-se na Resolução n. 125, por estabelecer apenas critérios mínimos de capacitação, como carga horária e determinação de temas específicos a serem desenvolvidos pelos professores; recebendo os terceiros facilitadores, num primeiro momento, informações sobre as diferentes

⁴ Códigos de Conduta foram elaborados em diversos países. No Brasil, o mais detalhado é aquele que foi elaborado pelo CONIMA – Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem. *Mediação – Código de Ética dos Mediadores*. In: OLIVEIRA, Ângela (Coord.) *Mediação: métodos de resolução de controvérsias*. São Paulo: LTr: Centro Latino de Mediação e Arbitragem, 1999. p. 195-198.

Escolas e modelos existentes no mundo; sendo que, através da exigência de reciclagem e atualização permanentes, permite-se que os conciliadores/mediadores, ao se submeterem a cursos extensivos, com o tempo, construam o “modelo brasileiro”.

Em outras palavras, exatamente *pelas peculiaridades dos métodos consensuais de solução de conflitos, não há como estabelecer um único método de ensino para eles*, sendo pouco produtora a tentativa de imposição de um método, como pretendido por alguns auxiliares do Conselho Nacional de Justiça, permitindo-se que apenas “instrutores” por eles formados, sem qualquer experiência prática em métodos consensuais de solução de conflitos (por serem em sua maioria, servidores do Judiciário), ministrem aulas nos cursos, *abandonando por completo a interdisciplinaridade*, característica dos métodos consensuais de solução de conflitos; e o que é ainda pior, trazendo *implícita a imposição de modelo de mediação dos Estados Unidos da América*, o que impede a formação do modelo nacional.

Tal conduta viola o estabelecido pelo próprio Conselho Nacional de Justiça, no Anexo I, da Resolução n. 125, que traz programa genérico, a ser executado através de parcerias com entidades públicas e privadas da área de ensino; sendo este o fato motivador de movimento no sentido de alteração da mencionada Resolução, que visa, em última análise, promoção pessoal de alguns, que se colocam como “grandes mestres” e únicos conhecedores da mediação no Brasil.

Conclusões

Diante do estabelecido na Resolução n. 125, não haverá dois programas, exatamente iguais, sendo salutar essa diversidade quando se trata de métodos consensuais de solução de conflitos, porém, os responsáveis pelos cursos deverão justificar as

opções encontradas à luz dos critérios científicos e dos objetivos do curso, estabelecidos na referida Resolução. Então, através da ordem e do tempo de apresentação das matérias, do peso destas e da comparação entre o que se oferece e o que se exige, num contexto real, poderá ser avaliado se quem ministrou o curso tem domínio suficiente dos conteúdos, ou seja, capacidade científica e pedagógica.

Na formação de conciliadores e mediadores judiciais, essa avaliação dos cursos, cabe ao Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de cada Tribunal, pois é este quem estabelece a habilitação das entidades parceiras (artigo 7, inciso IX e artigo 12, “caput”, da Resolução n. 125), aptas a ministrar os cursos de capacitação; e assim, importante que o “Núcleo” conte com magistrado capacitado em métodos consensuais de solução de conflitos, preferencialmente com mestrado ou doutorado nessa matéria.

Concluindo, a eficácia da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos, está diretamente ligada à capacitação dos terceiros facilitadores (conciliadores, mediadores etc), pois para que haja acesso à Justiça, as partes devem ser atendidas em suas expectativas e necessidades, sendo imprescindível, que, ao optarem por um método de solução de conflito diferente do judicial, este seja conduzido com seriedade e de forma correta.

Ademais, a diversidade, no ensino dos métodos consensuais de solução de conflitos, deve ser incentivada, contando-se, para tanto, nos cursos de capacitação, com as experiências de entidades públicas e privadas, voltadas à conciliação e a mediação, sem que haja imposição de método único; a fim de que possamos contribuir para o desenvolvimento desses métodos no Brasil, permitindo o surgimento da “mediação brasileira”.

Referências Bibliográficas

BRAGA NETO, Adolfo; **CASTALDI SAMPAIO**, Lia Regina. *O que é Mediação de Conflitos*. São Paulo: Ed. Brasiliense, 2007.

COSTA E SILVA, Paula. *A Nova Face da Justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*. Lisboa: Coimbra Editora, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini; **LAGRASTA NETO**, Caetano; **WATANABE**, Kazuo (coordenadores). *Mediação e Gerenciamento do Processo – Revolução na Prestação Jurisdicional*. São Paulo: Ed. Atlas, 2007-a.

LAGRASTA NETO, Caetano. Mediação, conciliação e suas aplicações pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. In: **GRINOVER**, Ada Pellegrini; ____; **WATANABE**, Kazuo. (Coords.) *Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação*. São Paulo: Ed. Atlas, 2007-b.

LAGRASTA LUCHIARI, ValeriaFerioli. *A Mediação de Conflitos – análise da realidade brasileira e sua efetiva implantação no Poder Judiciário do Estado de São Paulo*. 2009. 170 p. Tese (Pós Graduação "Lato Sensu" em Direito) – Escola Paulista da Magistratura, São Paulo, fl. 113-143.

_____. Comentários da Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, de 29 de novembro de 2010. In: **GROSMAN**, Claudia Frankel; **MANDELBAUM**, Helena Gurfinkel (Org.). *Mediação no Judiciário – Teoria na Prática e Prática na Teoria*. São Paulo: Primavera Editorial, 2011.

LORENCINI, Marco Antonio Garcia Lopes. A contribuição dos meios alternativos para a solução de controvérsias. In: **DE SALLES**, Carlos Alberto (Coord.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro. Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: QuartierLatin, 2009.

OLIVEIRA, Ângela. Mediação – código de ética dos mediadores. In: ____ (Coord.). *Mediação: métodos de resolução de controvérsias*. São Paulo: LTr: Centro Latino de Mediação e Arbitragem, 1999. p. 195-198.

PELUSO, Antonio Cezar; **RICHA**, Morgana de Almeida (Coordenadores). *Conciliação e Mediação: Estruturação da Política Judiciária Nacional*. Rio de Janeiro: Editora Gen/Forense, 2011.

SIX, Jean-François. *Dirâmica da Mediação*. Tradução de Águida Arruda Barbosa, Eliana Riberti Nazareth e Giselle Groeninga. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

WATANABE, Kazuo. A mentalidade e os meios alternativos de solução de conflitos no Brasil. In: **GRINOVER**, Ada Pellegrini; **LAGRASTA NETO**, Caetano; _____. (Coords.) *Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação*. São Paulo: Ed. Atlas, 2007-c.

O Judiciário e os Novos Métodos de Solução de Conflitos



Sumário

Introdução

1. Da atividade humana
2. Da perda de foco da atuação do Judiciário
3. Nova acepção de ordem jurídica justa

Conclusão

Referências Bibliográficas

Ricardo Pereira Jr. - Graduado em Direito, Especialista sobre o Sistema Legal Americano, na Universidade de Loyola de Nova Orleans, e em Administração Judicial, no *Institute of Advanced Legal Studies* na Universidade de Londres, é Doutor em Filosofia. Foi professor de Direito Civil e Direito Processual Civil, e Coordenador do Curso de Direito. Foi professor convidado da GV Law e, atualmente, é professor de pós-graduação na ESA. Ingressou no Judiciário em 1988, trabalhando em cargos internos até a aprovação em concurso para a magistratura, em 1992. Foi Juiz Diretor do Fórum de São José dos Campos. Atualmente, é Juiz Titular da 12ª Vara da Família e Sucessões da Comarca de São Paulo, foi nomeado Juiz Coordenador da Central dos Oficiais de Justiça do Fórum João Mendes Jr., é membro da Comissão de Acompanhamento de Licitações do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Resolução de Conflitos do Tribunal de Justiça de São Paulo. Também foi nomeado Juiz Coordenador do Centro Judiciário de Solução de Litígios e Cidadania da Capital e Coordenador do Núcleo da Escola Paulista da Magistratura da Capital.

Introdução

De longa data, vê-se que a metodologia tradicional de solução de litígios é ultrapassada. Os fóruns e tribunais se vêem abarrotados de processos, num crescente vertiginoso de demandas sem solução. O Judiciário, por seu turno, somente tinha uma resposta a ofertar: a sentença, único produto de seu trabalho. E a pesada metodologia de sua produção, mediante um processo formal de apresentação de argumentos, produção de provas, decisão e retrabalho recursal, passa ao largo do escopo principal da atuação da jurisdição, a eliminação da lide, cuja solução permanece inquietantemente pendente enquanto não decidida de forma definitiva.

O Judiciário, concebido como entidade burocrático-racional num quadro weberiano, somente pode ofertar respostas dentro de seu sistema operacional. Coloca Posner, provocativamente, que ao excesso de processos “a advocacia reagiu com toda a imaginação do engenheiro de tráfego cuja única resposta ao congestionamento nas rodovias fosse a construção de mais rodovias”. E prossegue, ao afirmar que a administração judicial americana reagiu ao aumento de litígios “com mais juízes, mais advogados, mais subsídios aos processos judiciais, mais burocratas, mais assistentes de juízes e outros adjuntos judiciais, e mais recentemente, com novas práticas de acordo”¹. Nada mais é do que o a que se referia Mauro Cappelletti, ao nomear o “Judiciário Gigante”, responsável pelo controle do Legislativo e do Executivo, colocador da última interpretação das normas legais e regulatórias impostas pelo Estado².

A fuga da armadilha que coloca ao funcionamento do Judiciário como fecho de um sistema legal cada

vez mais prolixo, especializado, e por conseqüência, impreciso e gerador de supostos direitos subjetivos conflitantes a demandar intervenção judiciária, não passa necessariamente pelos caminhos criticados por Posner e vistas com temor por Cappelletti. É necessário repensar a metodologia do trabalho do Judiciário, verificar-se a natureza do produto que oferta e de sua atividade, para fins de reposicionamento de suas metodologias de trabalho, para que não se imponha à Justiça a produção de inúmeras decisões de forma esparsa e desorganizada como ocorre hoje. Com isso, possível o alinhamento de políticas públicas que possam combater a origem dos conflitos em sua causalidade efetiva, e permitir uma maior racionalização dos empregos dos recursos do Judiciário em prol da efetividade da atividade jurisdicional.

1. Da atividade humana

Hannah Arendt coloca que a atividade humana divide-se em três subespécies.

Em apertada síntese, *Labor* é a atividade que atende as condições vitais do homem, envolvendo o consumo para seu crescimento espontâneo, metabolismo e declínio, têm a ver com as necessidades de subsistência. O *trabalho* já se volta à produção de mundo artificial de coisas que o homem erige para si, individualmente, diferente do mundo natural. Não se confunde com o *Labor*, voltado para o consumo. Por fim, a *ação* é a atividade que diz respeito à condição humana da pluralidade, diretamente entre os homens, sem relação com bens materiais. É a relação dos homens entre homens, tão somente, para partilha do mundo entre si, com caráter essencialmente político³.

1 Richard A. POSNER, Problemas de Filosofia do Direito, p. 574
2 Mauro Cappelletti, Juízes Legisladores?, p. 49

3 Hannah ARENDT, Da Condição Humana, pág. 15.

As atividades têm escopo diferenciado. O *labor* busca assegurar a subsistência do indivíduo e da espécie. O *trabalho* e seu produto, o artefato humano, emprestam permanência à individualidade humana. Já a *ação*, que se empenha em fundar e preservar corpos políticos, cria a condição da convivência em pluralidade e para a lembrança⁴.

Ora, a atividade jurídica, a corporificar o mundo do Direito, é claramente inserta não no *labor*, voltado à subsistência básica, ou mesmo no *trabalho*, que também necessita de bens de caráter durável para se concretizar. O Direito corporifica-se na atividade política, ou seja, na ação, em que se busca a convivência entre os homens. E tal convivência dar-se-á dentro dos parâmetros de convivência colocados pela lei e aplicados pelo Judiciário, dentre outros meios.

2. Da perda de foco da atuação do Judiciário

O que se vê, contudo, é que com o movimento de racionalização do Direito, que culminou com a codificação, o papel do julgador se viu atrelado à subsunção da norma ao fato. Com isso, o estrito atrelamento do juiz à norma mudou radicalmente o caráter de convivência do direito, atribuindo-lhe caráter técnico jurídico de sistema científico.

Não obstante tal leitura tenha sido extraída num espaço de necessidade da afirmação da liberdade individual, segundo a qual a lei seria o critério libertador que define a ausência de condutas sancionadoras, o fato é que a progressiva especialização do conhecimento humano – sempre seguida pelo Direito - acabou por gerar alentada legislação.

Tal problema não é somente do Brasil, mas de todos os países do que os ingleses chamam de *Civil Law*, cuja principal fonte do Direito é a lei posta. Colocam Boissavy e Clay que na França, vigem 9.500 leis, e 180.000 decretos⁵. É certo que a lógica legal, presumida na pirâmide kelseniana pela interpretação constitucional, esvai-se como verdadeira teoria a ser comprovada e unificada somente após debates nas instâncias superiores, explicando porque os anseios do cidadão sobre a justiça ficam tão distantes da prática.

Além do problema do legislador prolífico, o caráter político da ação se vê substituído pelo consumo. De fato, a aceleração dos processos de tempo e de consumo, a exigir a constante expansão da espiral de conhecimento e tecnologia, impõe ao homem a constante superação da estabilidade e permanência. Tal espiral força a tecnologia e impõe a constante troca de padrões de consumo, ao ponto de Hannah Arendt colocar que as coisas do mundo moderno se tornaram produtos do labor, cujo destino natural é o consumo⁶.

Desnuda-se assim, o real motivo da crise na Justiça: as leis, as doutrinas, o conhecimento jurídico deixaram de ser uma ação no sentido político de construção de convivência, para se tornar objeto de consumo. Perdeu-se o foco político da decisão judicial, para que ela se tornasse simples sucedâneo malsucedido de relações de consumo no sentido do *labor*. A decisão que se exige do Judiciário é simples subproduto da especialização do conhecimento humano espelhada na área do Direito, elaborada dentro de um sistema altamente limitativo, moldado em esquema de competências rígidas que impossibilita decisões conjuntas. Além disso, a contínua necessidade de

4 Hannah ARENDT, Da Condição Humana, p. 16/17

5 Matthieu BOISSAVY e Thomas CLAY, Reconstruire La Justice, p. 51
6 Hannah ARENDT, da Condição Humana, p. 137

renovação do conhecimento humano acaba por vitimar a lei – e por conseguinte, a jurisprudência – de baixo grau de sobrevida, a alimentar a eterna incerteza sobre a validade dos pactos de convivência, a espelhar a constante mutabilidade da vida moderna.

O *produto jurídico* que até hoje se apresenta, portanto, é absolutamente técnico, gerado por meio burocrático e focado na atividade de definição da norma a ser aplicada ao fato. Tal instrumento foi fatalmente vitimado pela especialização do conhecimento moderno, criando-se um sistema de retroalimentação desordenada de normas e interpretações não harmônicas. E tal situação ocorre justamente porque perdido o objetivo da ação no sentido arendtiano, que deveria buscar mais a construção da convivência entre os homens, e não se focar exclusivamente no meio tradicionalmente eleito para a solução de litígios, a aplicação da norma ao fato.

3. Nova acepção de ordem jurídica justa

O excesso de produção normativa e a litigiosidade, portanto, vêm de braços dados ao tecnicismo e à especialização do direito. Com a pluralidade interpretativa, inviável dar-se uma solução final pelos critérios tradicionais de eliminação de litígios, através da decisão judicial, incapaz de interferir em todos os aspectos da vida moderna.

Neste passo, necessária uma nova noção de uma ordem jurídica justa. Propõe Kazuo Watanabe uma nova acepção de acesso à justiça. De fato, a Constituição Federal, ao garantir o acesso amplo à justiça, em seu art. 5º, XXXV, deve ser interpretada de forma qualificada. Não basta o cidadão ter acesso a uma ordem jurídica pouco funcional, mas que esta ordem jurídica seja justa, de *forma efetiva*,

tempestiva e adequada. Neste passo, o que se busca é "a organização dos serviços de tratamento de conflitos por todos os mecanismos adequados, e não apenas por meio da adjudicação de solução estatal em processos contenciosos". Por isso, a necessidade de implementação de política pública que busque "a solução mais adequada dos conflitos de interesses, pela participação decisiva de ambas as partes na busca do resultado que satisfaça seus interesses, o que preservará o relacionamento delas, propiciando a justiça coexistencial".

O que se busca, portanto, é a atenção do poder público, que se dá agora não somente através do processo. Insere-se um *produto novo no Judiciário*, cuja linha de produção, até agora pautada pelos critérios rígidos do estrito processo legal a criar a sentença, é inovada, permitindo-se a criação de vias abertas e informais para a busca consensual da solução dos litígios. Criou-se via rápida para a obtenção de uma decisão vinculante, com o mesmo efeito das sentenças, que convida às partes a ativa participação na construção da decisão.

A nova metodologia de trabalho afasta a imagem do Judiciário tradicional, que trabalha em um ambiente de submissão, introduzindo a possibilidade de interação. As partes são convidadas, dentro de um ambiente de igualdade e respeito mútuo, a propor soluções para os seus problemas, engajando-se em processo de negociação técnica conduzida por um mediador ou um conciliador. Além disso, a própria liberdade das partes em se engajar ao rito permite sejam traçadas medidas para atendimento de peculiaridades, tanto de cunho procedimental, como inserção de providências para eliminação do litígio, v.g., obtenção de documentos ou alvarás, como

⁷ Kazuo WATANABE, *Política Pública do Poder Judiciário Nacional para Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses*, em *Conciliação e Mediação: Estruturação da Política Judiciária Nacional*, p 4/5.

também na consolidação do próprio direito material objeto de conflito, como no caso do direito de visitas para o genitor que não pode ter regime de visitas fixo por trabalhar em dias variáveis. Tais peculiaridades talvez restassem não atendidas numa instrução processual ou mesmo numa sentença. São situações que deixariam o conflito em aberto a despeito da existência de decisão tecnicamente definitiva.

Além disso, a partir do momento em que se substitui a heteronomia da decisão judicial pela autonomia das partes, deixam elas de atuar como meros coadjuvantes dos atores jurídicos tradicionais, quais sejam, os profissionais da área. Juízes, advogados, promotores, saem de cena para dar espaço às partes envolvidas, agora atores principais na construção dos pactos a que irão se vincular. Com isso, há mudança copernicana na forma da atuação do Judiciário, que coloca o cidadão no centro de sua atividade, valorizando o papel da cidadania em caráter pedagógico. Aos profissionais do direito fica a atuação coadjuvante de observadores da legalidade dos pactos – atuação ainda assim, de essencial importância. E somente quando inviável a construção de uma convivência negociada, entram em campo, em caráter *substitutivo*, os profissionais legais no espaço de atuação tradicional do litígio.

Na realidade, a partir do momento em que as partes se engajam num processo de negociação que resulta bem sucedido, não há mais a imposição da vontade estatal a um recalcitrante. Ao contrário, as partes aderem a um pacto que será albergado pelo Estado. Com isso, transmuda-se a submissão da sentença à soma de poderes das partes, num jogo de somas positivas, em que o poder estatal se une ao das partes para recomposição da convivência social. Tal decisão, é certo, não subtrai poder do Judiciário; ao contrário, corrobora-o, uma vez que as partes se unem ao Estado para consolidar um pacto vivencial.

Outro caráter importante é o retorno do leigo à administração da Justiça. É certo que tal instituto é altamente valorizado nos sistemas anglo-saxões, em especial, nos júris americanos nas *Magistrates' Courts* inglesas, conduzidas por juízes de paz leigos. O cidadão leigo é convidado a participar das decisões do Judiciário, que vê sua voz valorizada nos rumos da Justiça. Tal tradição, aliás, nunca foi alheia ao nosso direito, que mantém os júris e apresenta resquícios da existência dos juízes de paz, com funções agora reduzidas à atividade registrária.

A reintrodução do leigo permite às partes o tratamento de seu conflito por um de seus pares, e não por um órgão necessariamente impessoal e hierarquicamente superior instituído pelo Estado. Com isso, os anseios e preocupações das partes com a tradicional solenidade e gravidade da justiça se aliviam. Permite-se às partes uma adequada ambientação para a livre exposição de suas dúvidas e pendências sem receio de prejulgamento. Ainda, a ação de terceiro qualificado permite o exercício de técnicas de negociação para quebrar a resistência das partes, e ainda, a tradução clara, por um leigo aos leigos, das peculiaridades e cuidados que se deve ter com o mundo jurídico, bem se explicitando as opções de negociação e suas conseqüências, num ambiente instrutivo.

Aos advogados, também há que se descortinar um produto novo. De fato, não mais estão sujeitos às incertezas e intempéries do conteúdo da prova a ser produzida perante o juízo. Não mais estão sujeitos, ainda, às incertezas de interpretação legal do quadro probatório produzido, sempre sujeito a sutilezas e subterfúgios, ou ainda, à colidência de correntes jurisprudenciais que impedem pareceres conclusivos em favor de seus clientes. Fogem, ainda, da incerteza quanto ao tempo de obtenção da decisão de mérito. Agora, se disponibiliza instrumento ágil, informal, que

por suas características, se adéqua às peculiaridades do conflito, e permite a sua rápida solução mediante processo de negociação entre as partes.

Não obstante a crítica de Posner também aos métodos de conciliação, é certo que a solução negociada de litígios tem evidente impacto educativo, preocupação principal do autor. De fato, ao se permitir às partes o exercício de técnicas de convivência supervisionadas, tal habilidade pode ser transplantada após aprendizado para o cotidiano, e exercitada inclusive sem a intermediação do Poder Judiciário, eliminando o grau de litigiosidade social. O resultado pedagógico de internalização de condutas exigido por Posner – e por ele negado aos métodos de conciliação – vê-se, na realidade, consubstanciado com a recolocação dos potenciais litigantes na direção do jogo judiciário, agora conscientizados da necessidade de convivência de direitos para a eliminação da litigiosidade, e da possibilidade de negociação para eliminação de incertezas.

Conclusão

Vê-se, então, a superação da atuação do Judiciário tradicional, baseado num caráter retrospectivo e punitivo, voltado somente à aplicação da norma ao fato, dentro dos estritos limites do processo, em que o cidadão comparece como mero coadjuvante num jogo dos atores especialistas, sem qualquer controle sobre o processo, cujo resultado será necessariamente a submissão de uma das partes.

Surge agora, como produto absolutamente novo, a possibilidade das próprias partes se engajarem em processo de negociação aberta e flexível, em ambiente neutro, por intermédio de mediador ou conciliador qualificado, para construção do conteúdo da decisão a que se vincularão voluntariamente. Com isso, as partes voltam ao controle de seus direitos, com

inegáveis efeitos positivos no reforço da cidadania e conscientização da necessidade de convivência de direitos. Reconstrói-se assim o esquema arendtiano de afirmação de poder, e o Judiciário retoma a sua atividade política de agente construtor de instituições duradouras, concretizadas através de manifestações conjuntas de vontade.

Esta, aliás, é a saída do Judiciário, que não deve ser confundido como órgão burocrático de produção de decisões. Deve, sem, retomar o foco do caráter político de sua atividade, para construção de um ambiente propício ao desenvolvimento das relações humanas através do incremento da cultura da convivência de direitos, cidadania e confiança recíproca.

Referências Bibliográficas

- ARENDDT**, Hannah. *A Condição Humana*. 10 ed. Rio de Janeiro – São Paulo: Editora Forense Universitária, 2008.
- BOISSAVY**, Matthieu; **CLAY**, Thomas. *Paris*: Odile Jacob, 2006.
- CAPPELLETTI**, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.
- POSNER**, Richard A. *Problemas de Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- WATANABE**, Kazuo. *Política Pública do Poder Judiciário Nacional para Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses*, em *Conciliação e Mediação: Estruturação da Política Judiciária Nacional*. PELUSO, Antonio Cesar e **RICHA**, Morgana de Almeida (Coord.). Editora Forense, Rio de Janeiro, 2011.

Mediação em Tempos de Mudança



Palavras-chave: Conciliação, Mediação, Arbitragem e Solução de Conflitos.

Corinna Schabbel - PH.D. em Desenvolvimento Humano e Organizacional pela Fielding University, mestre em Desenvolvimento Humano pela mesma universidade, psicóloga e mediadora e consultora em Gestão de conflitos corporativos.

Alvin Toffler, em seu livro a Terceira Onda declarou que *é na teoria do conflito que mais precisamos de idéias novas e criativas*. Isso se aplica tanto à guerra quanto à paz entre nações, comunidades e pessoas. A falta de métodos para resolver conflitos além do contencioso, do uso da força, poder e da violência revela as fraquezas de uma sociedade. Assim, ao discutirmos, brigarmos ou agredirmos o próximo, seja familiar, colega ou vizinho não se resolve nada, trinca-se, fratura-se ou rompe-se, isso sim, um relacionamento e a possibilidade de solucionar o problema vai ficando mais remota até desaparecer.

Solução significa resultado.

Pessoas que buscam soluções estão preocupadas com justiça, produtividade, colaboração e cooperação. Assim, a solução exige passar do conflito para uma ação de cooperação, respeito pelos interesses de todos, empenho em relacionamentos duradouros que dêem sustentabilidade à sociedade a partir de uma visão de futuro que evite recriminações, retaliações, castigos e danos.

Querer encontrar uma solução viável e duradoura é querer aprender e ter coragem para mudar, mesmo sabendo que conflitos e rupturas são inevitáveis nos relacionamentos humanos.

Diferenças, divergências e conflitos de interesses são inerentes ao fazer humano. Seus efeitos podem ser construtivos ou destruidores, de acordo com a gravidade dos fatos e quais medidas são tomadas a respeito. Diferenças ainda não configuram um conflito, são respeitadas e pode-se aprender com elas. O NÃO RESPEITO PELAS DIFERENÇAS PODE GERAR PRECONCEITO COM BASE EM HETEROGEINEIDADES PRESENTE EM NOSSA FORMAÇÃO ENQUANTO CULTURA, POVO E SOCIEDADE. Ao se agravarem,

as tensões entre pessoas aumentam levando à deterioração das relações, ruptura de estruturas sociais, familiares e da visão de mundo que deixa de ser compartilhada. Passa-se à competição, já que, na gênese do conflito está a interpretação dada ao fato. É idiossincrática.

Determinante para a escalada do conflito é o tipo de relacionamento que se estabelece entre as pessoas a partir da interpretação dada por cada um ao fato e à visão de futuro que tal interpretação desencadeia.

A Conciliação no Brasil, busca através da estrutura da Justiça, prevê como possibilidades de resolver conflitos entre pessoas ao utilizar:

Conciliação: as pessoas envolvidas em uma controvérsia reúnem-se para conversar com pessoa de notório saber que irá sugerir possibilidades que as levem a encontrar uma alternativa para solucionar a questão.

Mediação: pessoas que se encontram diante de um impasse em suas negociações seja por questões materiais, seja por dificuldades emocionais, recorrem a um mediador que irá facilitar a retomada da negociação. O acordo é voluntário, sigiloso e o mediador não toma decisões.

Arbitragem: A lei 9.307/96 traz o reconhecimento de um mecanismo eficaz e prático no qual as pessoas podem recorrer como uma forma célere para composição de controvérsias relativas a direitos patrimoniais disponíveis, ou seja, todas as relações jurídicas que se possam converter em crédito financeiro para alguém, se já não o forem desde o início.

As transformações políticas e sociais dos anos 60 e a reforma do judiciário americano foram parcialmente

responsáveis pelo movimento de popularização dos sistemas de manejo de conflitos ou RAD's.

Não se trata da privatização da justiça e nem um remédio miraculoso que irá desafogar o judiciário a custos reduzidos. Trata-se de uma mudança de cultura através da humanização da justiça, uma justiça mais coerente com as transformações contemporâneas.

A mediação – considerada a mais popular das RAD's – se apresenta como uma prática que valoriza e facilita a inovação provocando mudanças em procedimentos baseados na **autonomia da vontade**. Com o passar das décadas, a mediação praticada nos EUA, Canadá e Europa se diversificou ao reconhecer os direitos do homem como um fenômeno social que multiplicou a necessidade de opções para a transformação de conflitos com qualidade, eficácia, idoneidade e rapidez.

A mediação por ter como objetivo a manutenção das relações sociais e o exercício da responsabilidade, coloca-a junto à terceira onda do movimento universal de acesso à justiça produzindo resultados qualitativamente melhores por se chegar a um acordo de vontades que, somado ao movimento de socialização do Estado, dá início a um lento processo de descentralização no qual as figuras do cidadão participante e do cidadão protegido passam a coexistir dando à mediação características predominantemente reformistas. Pode-se, portanto afirmar que a mediação é um instrumento que

implementa a responsabilidade social de pessoas envolvidas em conflitos

implementa e eficiência de processos quando auxiliar da justiça,

oferece uma redução de custos de processo,

oxigena o sistema judiciário ao reduzir o volume de processos a serem analisados,

implementa a importância e o valor social da autonomia da vontade, responsabilidade e comprometimento.

O que hoje é aceito como uma prática comum no cotidiano em uma comunidade democrática, já foi visto como um conceito radical: a possibilidade de profissionais das mais diversas áreas de atuação, devidamente treinados em técnicas de solução de controvérsias ou manejo de conflitos, auxiliarem cidadãos comuns a resolverem, informalmente, problemas comuns.

Lembrando Kuhn (Teoria das Revoluções Científicas), vivemos, basicamente, uma crise de passagem, de ruptura histórica nas estruturas sociais, o que gera um vazio social em termos de valores. As mutações das instituições aumentaram, novas culturas e de novos estilos de vida surgiram em todos os setores da vida social.

O significado da vida está em crise. A cultura está em crise e nós também!

Vivemos, portanto, instantes de perplexidade: os modelos antigos estão sendo superados, porém os novos ainda não estão definidos.

A comunicação oral e corporal amplia as fronteiras pessoais, permite a expressão, o aprendizado e a socialização. A linguagem enquanto processo interativo constrói espaços compartilhados de pessoas com uma função criadora, não enquanto filosofia, mas como uma condição do ser humano.

A atividade social é que imprime um significado às palavras. Para conhecer a linguagem é preciso

desenvolver a capacidade de penetrar em várias redes de convenções que formam a base da intersubjetividade e comunicação significativa e participativa entre pessoas.

Viver em relação implica na construção de um conhecimento de nós mesmos e do mundo circundante a partir de atividades sociais nas quais se criam e recriam diferentes categorias da experiência como o verdadeiro ou o falso, o real ou o irreal, o certo ou o errado, o subjetivo ou o objetivo, a vivência e a explicação e assim por diante.

A importância da paz social é uma realidade em nossa sociedade, mas cabe a cada um de nós compreender que podemos transformar conflitos em oportunidade de mudança sem necessidade de brigas e desperdício de recursos como energia, tempo, dinheiro, emoções e bens.

Há mais de quinze anos, em um Congresso de Sociologia americano, falou-se de uma nova classe média. Hoje, vivemos esta situação em nosso país. Trata-se de uma classe emergente de uma institucionalização na qual uma estrada subalterna seria o fator decisivo para o deslocamento das ideologias de práticas e de valores: sua visão de mundo, sua representação do saber são reviradas, mais alertas à complexidade e, paradoxalmente, à incerteza, em razão da sucessão rápida das mudanças. A máquina estatal se revelou incapaz e estafada na prestação de serviços ao cidadão. Os poderes judiciário, legislativo e executivo estão cada vez mais desacreditados pela morosidade, incompetência e aumento de gastos e falta de planejamento para atender às demandas atuais. A população, por sua vez, cada vez mais insatisfeita e carente de serviços, busca alternativas contextualizadas com a realidade e culturas brasileiras ao invés de aceitar modismos e importar tecnologias.

Países latino-americanos e africanos introduzem a mediação como uma prática a serviço do Judiciário entre as décadas de 60 e 80 baseados nos conceitos americano de Community Relation Services (CRS's) além do já bem-sucedido tribunal multiportas. São medidas compulsórias que tem por objetivos:

solucionar conflitos antes de serem ajuizados,

prevenir e reduzir a intensidade dos conflitos,

utilizar-se de mecanismos conciliatórios no manejo das relações entre as partes,

implementar as possibilidades dos conflitos serem resolvidos na comunidade e pela comunidade,

implementar o papel do cidadão no exercício de suas responsabilidades democráticas,

utilizar o suporte da comunidade na formação de especialistas em mediação.

A integração dessas práticas em processos formais de solução de litígios, sem dúvida nenhuma, culminará com uma conscientização social mais ampla do papel de cada cidadão na solução de suas controvérsias seja na comunidade, na escola, na família ou na empresa. Mediadores, por sua vez, são pessoas interessadas no bem-estar social, na redução das desigualdades, na qualidade de vida, na pacificação da sociedade e na ética.

Referências Bibliográficas

ATLAN, H. Com Razão ou sem Ela: Intercrítica da Ciência e do Mito, Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

KUHN, T. The Structure of Scientific Revolution, Chicago: Chicago University Press, 2007.

LUHMAN, N. Social Systems. Stanford: Stanford University Press, 2005.

MATURANA, H. & **VARELLA**, F. A. Árvore do Conhecimento. São Paulo: Ed. Palas Athena, 2004.

SALES, Lília Maja de Moraes. *Justiça e Mediação de Conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

TOFFLER, A. The Third Wave. NY: Bantam Books, 1989.

A Atividade Advocatícia na Justiça Conciliativa



Palavras-chave: Mediação, Solução de Conflito, Justiça Conciliativa, Métodos Consensuais.

Eunice Leite - Bacharel em Direito; Pós graduada em Métodos Consensuais de Solução de Conflitos e Diretora do CEJUSC-2ª INSTÂNCIA-TJSP.

Após quase dez anos de instituída a conciliação no segundo grau de jurisdição pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, a partir do Provimento 783/2002 do Conselho Superior da Magistratura, pode parecer estranho falarmos em desconhecimento do sistema pelos advogados. E talvez o termo exato não seja mesmo “desconhecimento”, o que significaria “não saber que existe”, tendo em vista que a cada apelação que ingressa no Tribunal de Justiça, publica-se consulta aos respectivos patronos no sentido de que “havendo interesse na tentativa de conciliação, manifestem-se via *e-mail* ou por petição”. Não se trata, portanto, de desconhecer a existência desse serviço, mas a forma como ele se concretiza e a evolução do instituto da conciliação no decorrer do tempo, passando de uma fase processual obrigatória (CF de 1824) a um dos métodos consensuais de solução de conflitos, com procedimento próprio, técnicas específicas e objetivo que vai além do acordo, para atingir a verdadeira pacificação das pessoas envolvidas.

A estatística do **Centro Judiciário de Solução de Conflitos em Segunda Instância e Cidadania** referente ao mês de outubro próximo passado aponta que, das 1195 sessões conciliatórias agendadas, apenas 589 se realizaram, ante a ausência de pelos menos uma das partes nas 606 restantes. Por outro lado, pesquisa de satisfação do usuário realizada pelo mesmo **Centro** no segundo semestre de 2011 revelou que apenas 34 % das 1473 pessoas consultadas foram incentivadas por seu advogado a comparecerem, números estes que não devem servir apenas para denunciar uma postura renitente e contrária ao instituto da conciliação, mas também para provocar uma reflexão sobre as causas dessa resistência e possíveis formas de dissipá-la. Sendo o advogado imprescindível à administração da justiça, devemos examinar as causas dessa resistência para,

após compreendê-las, buscarmos soluções que atendam a todos os envolvidos: advogados, Poder Judiciário e, principalmente, aos jurisdicionados.

As causas mais apontadas pelos lidadores do direito, inclusive pelos próprios advogados, são: o princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional, a formação acadêmica e a diminuição do campo de trabalho, aos quais acrescentaríamos a falta de divulgação publicitária verdadeiramente informativa. Passemos então a uma singela reflexão sobre cada um desses pontos.

A primeira justificativa resta superada pelo entendimento doutrinário predominante, no sentido de que, embora a jurisdição seja exclusiva do Poder Judiciário, a justiça, no sentido de se atingir a pacificação, ganha amplitude e não se alcança apenas com a prolação de sentença; aliás, é princípio basilar de toda convivência social que cada cidadão exerça ou deveria exercer nas suas relações sociais o seu poder de resolver suas próprias controvérsias por meio do diálogo. Hoje, viabilizando esse exercício, o Poder Judiciário oferece às partes judicantes oportunidade e ambiente próprio para conciliarem-se, seja antes de ajuizada a ação (conciliação pré-processual), seja após o ajuizamento (conciliação pré-processual) ou ainda após a prolação da sentença (conciliação em segundo grau) sempre com auxílio de um terceiro neutro – conciliador ou mediador – desprovido de poder jurisdicional e com conhecimento das técnicas necessárias a esse mister.

No que tange à formação acadêmica, é sabido que o ensino jurídico no Brasil ainda se volta predominantemente à litigiosidade, alimentando os anseios de uma sociedade também beligerante, que prioriza a solução estatal dos seus conflitos, e para quem o “brilhante advogado” ainda é aquele que se destaca

pela combatividade e eloqüência na defesa de suas posições e no ataque às teses da parte contrária. O próprio sistema processual coloca as partes, ainda que ligadas anteriormente pelo afeto, em posição de adversárias, contribuindo para o acirramento de ânimos e para que elas se distanciem cada vez mais da possibilidade do entendimento.

A inserção da disciplina “Métodos Consensuais de Solução de Conflitos” na grade curricular do Curso de Direito da Universidade de São Paulo, noticiada na Faculdade São Francisco em 27 de agosto próximo passado, a exemplo do que já vem sendo adotado por outras importantes instituições de ensino do país, oferece-nos forte sinal de mudança, o que é reforçado também pelo grande número de estudantes de Direito que comparecem ao CEJUSC de segunda instância, ávidos por assistir sessões conciliatórias e conhecerem na prática as técnicas de conciliação e mediação voltadas à solução pacífica da demanda. Quiçá nos próximos anos, os novos bacharéis em Direito possam utilizar o conhecimento jurídico adquirido na faculdade, somado a uma ampla visão do papel social que desempenharão, muito além da litigância e muito mais próximo da humanização do conflito.

Há que se considerar também o medo do novo, próprio de qualquer ser humano, na medida em que é preferível e mais confortável fazer o que já se aprendeu a fazer – no caso, litigar – do que compreender e assumir esse novo papel exigido pela justiça conciliativa, onde a beligerância é substituída pela cooperação e a defesa de teses pelo assessoramento jurídico ao cliente, sempre pautado no princípio da autonomia da vontade das partes. O temor do desconhecido parece também não sustentar uma pretensa reserva de mercado, ante o gigantismo da sociedade brasileira, em números de

pessoas e de litígios.

Aos que questionam a necessidade dos métodos consensuais de solução de conflitos serem praticados dentro do Poder Judiciário, quando poderiam ficar reservados à esfera privada, a resposta talvez esteja no próprio excesso de litigiosidade. Expliquemos: O crédito depositado no Poder Judiciário, evidenciado pelo imenso número de causas ajuizadas, pode e deve ser estendido aos institutos conciliativos, ainda desconhecidos por grande parte dos jurisdicionados. Comparecendo à sessão conciliatória designada, o jurisdicionado cria a oportunidade para que o conciliador/mediador exerça seu papel informativo acerca da possibilidade e das vantagens de uma solução pacífica. Isto porque as carências econômica e cultural dificilmente permitiriam à camada mais pobre da população o acesso a esses métodos consensuais de solução dos conflitos quando praticados por instituições privadas. Praticadas dentro do Poder Judiciário certamente ganham a credibilidade necessária para, paulatinamente, integrarem-se à nossa cultura.

Essa transformação cultural está no espírito da Resolução 125/2011 do Conselho Nacional de Justiça, que, instituindo a Política Nacional de Tratamento Adequado de Conflitos, como toda política pública, veio para atender a uma demanda social, no caso, a efetividade da prestação jurisdicional a partir de uma moderna interpretação do conceito de “acesso à justiça”, que, no sábio dizer de Kazuo Watanabe, deve ir além de “abrir as portas do judiciário”, para oferecer às partes conflitantes uma solução rápida, qualificada, adequada e eficaz, que poderá vir não apenas da sentença, mas do consenso das próprias partes, após esclarecidas e orientadas por um terceiro facilitador devidamente capacitado. Dispõe seu artigo 5º que “o programa será implementado

com a participação de rede constituída por todos os órgãos do Poder Judiciário e por entidades públicas e privadas parceiras, inclusive universidades e instituições de ensino”, cabendo ao Conselho Nacional de Justiça “estabelecer interlocução com a Ordem dos Advogados do Brasil, Defensorias Públicas, Procuradorias e Ministério Público, estimulando sua participação nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania e valorizando a atuação na prevenção dos litígios”.

Nada obstante a adesão ao sistema ainda esteja longe do desejado e do necessário, anima-nos constatar que já caminhamos alguns passos nesse sentido. Os advogados já marcam presença majoritária na atuação como terceiros facilitadores, a exemplo do cadastro de conciliadores na segunda instância do Judiciário paulista, que, tendo iniciado em 2003 apenas com poucos membros da magistratura, conta hoje com 12 magistrados aposentados e 80 advogados, cujo serviço prestado gratuitamente ao Tribunal é o que dá existência ao CEJUSC -2ª instância. No Iº Encontro de Mediação promovido pela OAB-SP em junho do corrente ano destacaram-se vários profissionais da advocacia que, atentos às transformações sociais e à consequente necessidade de mudança do seu papel, já se voltam para as várias formas de solução do conflito e não apenas para sua judicialização, praticando uma advocacia mais colaborativa. A mudança se percebe também nos cursos de capacitação de conciliadores/mediadores ministrados por diversas instituições de ensino, dentre elas a própria Escola Superior da Advocacia, onde é maciça a presença de advogados que procuram melhor conhecer as formas não adversariais de solução dos conflitos, muitos deles não para atuarem como conciliadores, mas para melhor atuarem no ofício da advocacia.

A par disso e considerando-se que mudança de paradigmas demanda tempo e esforço conjunto dos organismos sociais, é de se esperar que, atentas à revolução que se opera no sistema jurídico nacional, a exemplo do que há décadas já ocorreu em outros países, as instituições públicas e privadas se unam e promovam verdadeiro engajamento à política pública instituída pela Res. 125, com vistas ao fortalecimento do Poder Judiciário e à pacificação social. Cabe aqui mencionar o Termo de Cooperação Técnica firmado entre o Tribunal de Justiça de São Paulo e a Defensoria Pública (09/08/12), com o objetivo de promover a solução pacífica das demandas por meio da conciliação e mediação de conflitos nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania e a cooperação mútua para implantação e funcionamento de novas unidades dos CEJUSCs.

Partindo da premissa de que a pacificação é o objetivo maior da jurisdição e considerando a contribuição dos métodos consensuais no alcance dessa meta, vale o ideal de que, fortalecido o Poder Judiciário e valorizados os métodos alternativos de solução de conflitos em todo o país, busque-se uma mudança que incuta na sociedade o costume de, sempre que possível, buscar primeiro a solução não-adversarial do conflito, passando-se à solução judicada apenas quando esta se fizer necessária.

O irrefreável aumento de demandas, tomando-se apenas como exemplo o chamado “contencioso de massa”, produto das sociedades de consumo, está a exigir que essas mesmas sociedades encontrem a forma ideal de resolver seus conflitos, seja através de métodos consensuais bem estruturados e colocados à sua disposição, seja recorrendo a um poder judiciário fortalecido e capacitado para realizar a prestação jurisdicional com justiça, celeridade e eficácia.

A Negociação e o Moderno Direto



Palavras-chave: Negociação, MASC's, Acordo, Conflito.

Raquel Helena Marques Quilici - Especialista em Métodos Alternativos de Solução de Conflitos e em Comércio Exterior e Negociações Internacionais; Bacharel em Direito; Professora da Escola Superior de Advocacia da OAB/SP (ESA-OAB), do Instituto dos Advogados de São Paulo, da Escola de Magistrados da Justiça Federal da 3ª Região, da Escola Paulista da Magistratura e nos cursos de capacitação de Mediadores e Conciliadores do TJSP; Atuou como Negociadora do Ministério das Relações Exteriores do Brasil (Itamaraty) nas visitas públicas internacionais ao país; Atuou como Negociadora de empresa de Telecomunicação junto a Anatel e Sócia Diretora da Quilici & Bruno Consultoria Jurídica em Negociações, consultoria especializada em Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem.

Como tudo na vida, o DIREITO também se adapta, ajusta-se e moderniza-se. Isto é fato. Digo Direito abrangendo tanto a palavra advinda do latim "directum", que supõe a ideia de regra, direção, bem como, a juridicamente considerada, ou seja, a norma de conduta social, garantida pelo poder político, controladora da conduta das pessoas e organizadora da sociedade em suas partes fundamentais, cuja violação é punida.

Nas Faculdades de Direito, há distantes 20 anos, aos futuros operadores do Direito eram disciplinadas as matérias de base, como Direito Constitucional, Administrativo, Civil, Penal, e como empregá-las dentro do Poder Judiciário (Direito Processual Civil e Penal). Ponto.

Atualmente, tão importante como as matérias de base e sua aplicabilidade prática, as Faculdades têm abordado matéria prevista no Código de Processo Civil que até então era vista como uma mera formalidade. Trata-se do artigo 331 do Código de Processo de Civil, a audiência de Conciliação, que hoje é realizada por profissionais capacitados, dando ao Código seu real valor prático, qual seja a de enxergar o problema como um todo, percebendo os indivíduos envolvidos e mediando seus conflitos.

Com este objetivo, o Direito moderno percebendo as dificuldades do formalismo judicial estatal e sua pequena aspiração diante do dinamismo exigido pelas pessoas, físicas ou jurídicas, envolvidas num conflito e suas dificuldades na gestão e na resolução dos mesmos de maneira rápida e eficiente, passou a reconhecer a plenitude do cidadão como indivíduo dotado de deveres e direitos que, por si só pode melhor administrar, transformar ou resolver seus próprios conflitos.

Falamos aqui em novas formas de empoderar indivíduos para que possam expandir suas liberdades e se tornarem cidadãos mais efetivos em suas comunidades, redefinindo e inovando o Direito.

Algumas inovações podem ser disruptivas, transformando completamente a forma como fazemos certas coisas. Já outras, podem melhorar e aprimorar "a forma", como é o caso dos Métodos Alternativos de Solução de Conflitos (MASC'S), chamados de alternativos, pois, apesar de serem alicerçados nas bases do Direito, constituem uma

nova opção ao sistema tradicional de justiça, ou seja, o MODERNO DIREITO.

Baseado neste conceito, o Poder Judiciário, por meio do Conselho Nacional de Justiça, passou a desenvolver campanhas com o objetivo de disseminar em nosso país a cultura da paz e do diálogo, desestimulando condutas que tendem a gerar conflitos e, proporcionando às partes uma experiência exitosa de conciliação.

Desta forma nasceu o Movimento Nacional pela Conciliação que, desde 2008, vem difundindo os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos (MASC`S), a fim de empoderar a sociedade e seus cidadãos na busca de uma solução para seus conflitos. Esses métodos alternativos são vários e, hoje, no Brasil, os mais utilizados são a Conciliação, a Mediação, a Negociação e a Arbitragem.

A característica mais marcante de todos os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos é o emprego da negociação como instrumento primordial e natural para resolver os conflitos, ao qual muitas vezes recorrem seus agentes, mesmo de modo inconsciente, quando existe algo incomodo na inter-relação vivente, seja ela de ordem afetiva, profissional ou comercial. Assim, pela sua importância, abordaremos aqui o conceito de Negociação.

É certo que vivemos negociando. Em nosso trabalho, com nossos amigos, nossa família. A vida é um constante exercício de negociação. A competência em negociar é hoje uma habilidade imprescindível em qualquer área de atuação na sociedade moderna, especialmente para os empresários e empreendedores. Um dos primeiros relatos da prática de Negociação está descrito na mitologia judaica-cristã entre Esaú e Jacó com seus aspectos fundamentais: o propósito, os interesses, a oportunidade, a persuasão, a troca e a ética.

A Negociação baseia-se em dois focos distintos, sendo um como Método e o outro como Instrumento.

Como método, diferente dos demais Meios Alternativos de Solução de Conflitos, na Negociação não há um terceiro imparcial e independente, visto que a busca da solução faz-se por aqueles envolvidos na controvérsia ou que a estes representam diretamente,

utilizando-se do diálogo e da troca de informações e impressões.

Já como instrumento, empregamos suas técnicas para, objetivamente, investigar os reais interesses envolvidos nos conflitos e, assim, aproximar as pessoas em busca de um acordo.

Assim, pode-se dizer que a Negociação é a primeira instância da tentativa de resolução de conflitos, pois, uma vez diante de uma solução que atenda a ambas as partes, o conflito está resolvido.

Entender a Negociação como um processo em que se pretende chegar a um acordo entre duas partes, talvez seja a fórmula ideal para compreender os sucessos e fracassos que ocorrem em sua realização, portanto, negociar é buscar um acordo.

Por esta razão, toda negociação deve ser realizada de maneira correta e eficiente, atendendo ao real interesse das partes envolvidas. Uma boa Negociação satisfaz as partes e encerra um conflito que poderia perdurar anos.

Os Estados Unidos são os grandes pioneiros da Negociação como método. Naquele país os advogados, antes de impetrarem uma ação judicial, sempre negociam com a parte contrária para obterem um acordo satisfatório, e, desta forma, somente os casos mais complexos é que chegam ao Judiciário. Lá ela é uma prática natural e eficaz fazendo parte da cultura da sociedade e do judiciário.

A Negociação e os demais Métodos são levados tão a sério que foi criado um programa de pesquisa, nascido da associação de doutrinadores e de projetos das mais prestigiosas instituições de Harvard, MIT (Massachusetts Institute of Technology) e Simons Tuffs, com o objetivo de aprimorar a teoria e a prática da resolução alternativa de conflitos. Nestas pesquisas, identificou-se que, para uma Negociação ser eficaz, o negociador precisa estar capacitado a atacar diretamente os problemas e não as pessoas, as quais devem ser respeitadas em suas limitações e dificuldades, sendo o trato com elas o mais educado e profissional possível.

Assim como o processo judicial, a Negociação é um meio para se alcançar um fim. Dominar o processo

de Negociação tem o condão de propiciar a plena consciência dos envolvidos para que estes percebam que o acordo poderá satisfazê-los mais do que a sua vontade de prosseguir com o conflito.

Portanto, no processo de Negociação, é importante reforçar que para obter o sim do outro lado, é fundamental ouvi-lo e entender suas expectativas. Para isto, alguns valores e princípios básicos como a ética e a honestidade devem nortear todo o processo que, somados à flexibilidade e confiança, compõem os pilares do sucesso numa Negociação.

A Negociação pode ser praticada tanto para resolver questões pessoais, como para questões profissionais, em ambientes políticos, comerciais, diplomáticos, institucionais, gerenciais, jurídicos, trabalhistas, entre outros. Diante dessa grande diversidade de contextos, existem muitas definições e formas diferentes de abordar o assunto.

Eis alguns conceitos literários de Negociação:

“Negociação é um processo que pode afetar profundamente qualquer tipo de relacionamento humano e produzir benefícios duradouros para todos os participantes”¹;

“Negociação implica caracteristicamente uma troca de dar e receber entre negociador e o oponente, que tentam chegar a uma conclusão agradável ou aceitável no ajuste de um problema ou disputa”²;

“Negociação é uma troca de convencimentos, onde uma parte persuade a outra apresentando os benefícios mais relevantes em relação ao ponto de vista defendido”³;

No entanto, independente do autor, todas as definições são de troca e de como a perspectiva de visão pelo “olhar do outro” pode modificar o conflito de maneira a permitir que cada parte ceda no seu limite até que se encontre um denominador comum e, desta forma, cheguem a um acordo.

1 (Nierenberg, 1981);

2 (Sparks, 1992);

3 (Paulo Ricardo Mariotini, 2010);

Assim, é certo que a Negociação não é um confronto. Não se busca vencer e nem mesmo há a obrigação de se acordar. Caso o acordo não seja vantajoso para ambas as partes, não se deve firmá-lo.

Atualmente há conflitos dos mais diversos sendo resolvidos por meio da Negociação. Instituições financeiras, empresas públicas e privadas, fazem campanhas para negociarem diretamente com seus clientes e, assim, firmarem um acordo que satisfaça ambas as partes, evitando, com isto, inúmeras ações judiciais.

A prática da Negociação que antes era natural e imperceptível em nosso cotidiano, passou a ser necessidade, tornando a capacidade de negociar absolutamente essencial em todas as áreas de nossas vidas, em especial, no campo profissional.

No mundo globalizado, todo indivíduo deve, por obrigação, buscar o desenvolvimento desta técnica para tornar-se uma pessoa mais apta e para utilizá-la a seu favor.

O caminho da Negociação na construção de relacionamentos é cada vez mais notório, não se fala mais em analisar propostas, fala-se em negociar isto e aquilo com alguém. A arte de negociar é um caminho sem volta, pois, ser intransigente não leva a lugar algum.

Têm-se escolas e estudos voltados somente para o desenvolvimento, a prática e o aperfeiçoamento das técnicas da Negociação. Realmente, saber negociar é uma arte e, como tal, precisa ser conhecida, estudada e praticada.

A Negociação do dia-a-dia não é a mesma que a praticada no âmbito profissional e judicial, visto que pela complexidade dos assuntos envolvidos, estes últimos exigem técnicas específicas, planejamento, conhecimento e muita preparação.

Um bom negociador precisa conhecer profundamente suas técnicas para saber utilizá-las a seu favor, de seus clientes, de suas empresas ou de seu país, visando à solução de conflito, associado à satisfação das partes envolvidas.

De forma geral, sempre é oportuno começar a negociar e, aos operadores do Direito que ainda

não se atentaram para esta mudança, é prudente buscar este novo e importante conhecimento, pois, saber Negociar no mundo globalizado e no Direito Moderno é preciso.

Referências Bibliográficas:

GUIRADO, Francisco. Biblioteca de negociação. Tipos de Negociação. 2011.

GUIRADO, Francisco. Definições de negociação. Biblioteca de Negociação. 2011.

FISHER, Roger **URY**, William **PATTON**, Bruce. Como chegar ao sim. A negociação de acordos sem concessões.

LAX, A; SEBENIUS, J. Negociação 3D - Ferramentas poderosas para modificar o jogo nas suas negociações. Porto Alegre: Bookman, 2009.

GUIRADO, Francisco. Negociadores da Sociedade do Conhecimento. Rio de Janeiro: Ed. Ciência Moderna, 2008.

RAIFFA, H. The art & science of negotiation. Boston: Harvard University, 1982.

GUIRADO, Francisco. Treinamento de Negociação: desenvolvendo a competência para negociar. Brasília: Editora Senac, 2012.

ACUFF, F. L. How to negotiate anything with anyone anywhere around the world. New York: American Management Association, 1993.

MATURAMA, Humberto R. **VARELA**, Francisco J. A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana.

MILLS, Harry. Negociação. A arte de vencer.

MNOOKIN, Robert **ARROW**, Kenneth **ROSS**, Lee **TVERSKY**, Amos. Barreiras para Resolução de Conflitos.

MOORE, Christopher W. O Processo de Mediação. Estratégias Práticas para a resolução de Conflitos.

WATKINS, Michael. Negociação. Harvard Business Essencials.

SAMPAIO, Lia Regina Castaldi **BRAGA Neto**, Adolfo. O que é Mediação de Conflitos. Coleção Primeiros Passos, Ed. Brasiliense, 2007.

HOLANDA, Aurélio Buarque. Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. Ed. Positivo, 2010.

M

ediação Familiar



Sumário

1. Conceito de Mediação:
2. Histórico
3. Objetivos da Mediação Familiar.
4. Razões dos Conflitos submersos e a Mediação Familiar
5. Quem é o Mediador?
6. Princípios norteadores da Mediação

Conclusão

Referências Bibliográficas

Palavras-chave: Mediação Familiar, Conflito Familiar, Disputa.

Ana Catarina Strauch - Advogada; Conciliadora e Mediadora; Pós- Graduada em Métodos Alternativos de Solução de Conflitos; Especialista em Direito Processual, Especialista em Processo Penal, Conciliadora no CEJUSC em 2.a Instância Tribunal de Justiça da Capital e Autora de Obra.

Resumo

O presente artigo tem o escopo de realçar a importância da Mediação Familiar, atividade desenvolvida por um terceiro neutro, imparcial, devidamente capacitado para exercer a função, auxiliando as partes envolvidas em um conflito familiar, à realização de um acordo, que deverá ser negociado pelas próprias partes, respeitando os critérios da confidencialidade, imparcialidade, neutralidade, interesse e vontade destas, na fase processual ou pré-processual.

1. Conceito de Mediação:

Antes de tratarmos do tema em questão é necessário, conceituar a Mediação e qual seu verdadeiro objetivo. A mediação tem como base a arte da linguagem e da comunicação, permitindo a criação ou recriação de laços interrompidos em razão de um conflito.

A palavra mediação (médiun, medius, mediator), segundo estudos, apareceu na enciclopédia francesa em 1.694, por volta do século XIII, cuja designação era a "intervenção humana entre duas partes".

A mediação reforça a liberdade contratual entre as partes, na medida em que proporciona um meio diferenciado de acalmar uma solução (conflito), reencontrando ou encontrando um espaço de acordo.

Realizada pela intervenção de um terceiro neutro, independente e imparcial, conhecido como Mediador, que desempenha uma função intermediária auxiliando as partes na construção do consenso, para por fim ao litígio.

A mediação de conflitos é um procedimento que traz em si a potencialidade de um novo compromisso político, capaz de reduzir a desigualdade e minimizar ou extirpar a violência na sociedade.

É um dos métodos chamados alternativos para a resolução de conflitos, como oposição ao sistema tradicional da justiça, que um terceiro neutro, independente e imparcial coordena reuniões conjuntas ou separadas com as partes envolvidas em um conflito. Dentre os objetivos da mediação, podemos citar o estímulo ao diálogo cooperativo entre as partes, a criação e recriação de laços, a escuta ativa e participativa, que muitas vezes culminam com a solução das controvérsias ou litígio estabelecido entre as partes.

Método de comunicação rico, na medida em que democratiza a relação entre as partes, por meio da horizontalidade destas relações humanas.

Este novo paradigma nasceu na Universidade de Harvard, nos Estados Unidos da América, na área do

Direito, como uma alternativa extrajudicial. É uma disciplina voltada para o estudo da pacificação dos conflitos nas inter-relações pessoais e sociais.

2. Histórico

A Mediação Familiar surgiu nos Estados Unidos, por volta do ano de 1.974, com o objetivo de tentar reduzir os danos provocados no âmbito familiar, principalmente em relação aos filhos, com o divórcio litigioso.

Criou-se uma alternativa complementar a via judicial, com o escopo de dirimir os conflitos entre os litigantes, minimizando os efeitos nefastos do litígio e desafogando os trabalhos nas varas da família, de forma mais rápida, menos onerosa e menos traumática para as partes.

Foram criados três modelos de mediação familiar. No primeiro, o mediador é uma presença neutra, que estimula a informação entre as partes; No segundo, identifica e avalia junto às partes as opções apresentadas auxiliando-as na tomada de decisão; No terceiro, conhecido como intervenção terapêutica, tenta corrigir o desequilíbrio entre as partes auxiliando-as em uma decisão conjunta.

A partir do modelo norte- americano, a Mediação Familiar, vem sendo largamente utilizada em outros países como: Argentina, Canadá, Grã-Bretanha, França, Espanha, Itália, Portugal.

No Brasil, a **Mediação Familiar**, passou a ser utilizada, com a introdução dos *Métodos Alternativos de Solução de Conflitos*, inicialmente, com a Portaria nº 7177/2004, baixada em 25 de março de 2.004, que instituiu o Setor de Apoio à Conciliação em segundo Grau no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e atualmente de forma definitiva com a Resolução n. 125 do CNJ- Conselho Nacional de Justiça, que instituiu a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses, que visa tornar efetivo o princípio constitucional do acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, Constituição da República) como "acesso à ordem jurídica justa".

Identificamos também um começo de mediação na cultura da Grécia antiga, corrente filosófica que pretendia fazer refletir as pessoas sobre a sua relação com o outro e conseqüentemente consigo próprio. A maiêutica instrumentalizava tal pesquisa.

A via maiêutica tinha por finalidade permitir que uma pessoa pudesse expressar o seu conhecimento em si – ou seja, que teria sido adquirido em vidas anteriores. O filósofo punha em prática esse “savoir-faire” (know-how) de modo que a pessoa pudesse refletir e expressar o melhor dela própria. (cf. La République, Livre IV, Platon).

3. Objetivos da Mediação Familiar.

O objetivo da mediação é auxiliar as partes, geralmente vulneráveis e fragilizadas em razão dos acirrados conflitos, na facilitação do diálogo, buscando identificar os conflitos submersos, os quais muitas vezes são as verdadeiras ou reais razões dos conflitos postos, ou aparentes, com o escopo de criar e recriar os laços partidos, mostrando-lhes que o consenso, minimizará a dor dos litigantes e dos filhos envolvidos, com menor custo emocional e financeiro, posto que em prazo inferior a demanda judicial intentada.

Este trabalho é realizado por uma terceira pessoa neutra, imparcial, devidamente capacitada, que utilizará técnicas adequadas, com o escopo de buscar o consenso que será negociado pelos próprios litigantes ou partes.

Alguns autores, a exemplo de *Lia Regina Castaldi Sampaio, Adolfo Braga Neto e outros*, entendem que a Mediação difere da conciliação em diversos aspectos. Nela o que está em jogo é meses, anos ou décadas de relacionamento, razão pela qual demanda que o terceiro tenha conhecimento mais profundo sobre a inter-relação entre as partes.

O mediador deverá ter mais tempo para investigar toda a complexidade daquela inter-relação. A mediação, na visão destes autores, não visa simplesmente ao acordo, mas atingir a satisfação dos interesses e das necessidades dos envolvidos no conflito.

Nesse diapasão a mediação é um método de resolução de conflitos em que um terceiro independente e imparcial coordena reuniões conjuntas ou separadas com as partes envolvidas no conflito, com o objetivo de estimular o diálogo cooperativo entre elas para que alcancem a solução das controvérsias em que estão envolvidas.

Os conflitos e as *disputas em família*, que, segundo a Constituição Federal, é a base da sociedade e está sob a proteção especial do Estado, são numerosos, e variam em graus de intensidade e gravidade. Na verdade é fruto da evolução dos diversos níveis relacionais existentes. Em razão de estarem intrinsecamente ligados as perspectivas de abalo na estrutura interna de cada indivíduo são vistos de maneira negativa, o que acaba por dificultar sua resolução pela negociação direta entre os envolvidos.

Sob este aspecto, o conflito acaba por gerar a necessidade da busca de um terceiro, na maioria das vezes o advogado, que postulará junto ao Estado, para que o juiz diga quem tem direito, (razão) e de quem é a culpa da existência do conflito.

Busca-se então a resolução dos conflitos familiares, através da mediação, onde um terceiro independente, neutro e imparcial alheio ao conflito, proporcionará um momento de diálogo, em que a cooperação e o respeito são imprescindíveis para que as próprias partes busquem a solução através da reflexão e questionamento, tendo como eixo central, que todas as partes saíam ganhando com a resolução encontrada em conjunto. Aqui não há a disputa de culpa, ou a procura do certo e do errado. Na mediação há a conscientização das responsabilidades e dos papéis que cabe a cada uma das partes envolvidas e dos compromissos que irão assumir para o futuro.

São Objetivos da Mediação: facilitar a comunicação entre as partes, minimizar os conflitos que surgem com a separação, propiciar ganhos mútuos às partes, diminuir custo financeiro e emocional e obter resultado satisfatório e benéfico para as partes.

A Mediação pode e deve ser utilizada nas seguintes áreas:- Divórcio, pensão alimentícia, guarda e

regulamentação de visitas, divisão do patrimônio, investigação de paternidade, nos casos de Síndrome de alienação parental, visitação pública, atos infracionais cometidos por adolescentes, Inventário e outros assuntos atinentes ao direito de família.

4. Razões dos Conflitos Submersos e a Mediação Familiar

Inicialmente, precisamos alinhavar que o ser humano é capaz de lidar com livros, internet, viagens, compras, passeios, mas às vezes se torna incapaz de lidar com as próprias emoções. As palavras ríspidas, mesmo as ditas em horas de extrema emoção, deixam cicatrizes profundas, transformando o conflito em dor, que poderá ficar submersa por longo espaço de tempo, tornando-se tarefa difícil, lidar com as cicatrizes do passado.

Cada indivíduo tem sua dor, ela é única, não poderá ser sentida e muito menos avaliada por ninguém. Por vezes, colecionamos abandonos afetivos, profissionais, sociais, que podem ser atribuídos aos outros ou a nós próprios. Raramente aprendemos retirar nossas máscaras ou disfarces, eles funcionam como barreiras protetoras de nossas imperfeições ou inseguranças, aprisionando nossas emoções e atitudes, nos novelos dos nossos conflitos. A dor contida ou submersa é capaz de nos cegar a tal ponto, que independente do nosso querer nos torna rudes, arrogantes e agressivos.

A vida de hoje dentro de uma sociedade competitiva e massacrante, está impedindo o ser humano de olhar para dentro de si mesmo, extrair sua fragilidade, sua culpa, soltar suas amarras, verter suas lágrimas, correr riscos, sair da rotina, amar incondicionalmente e construir sonhos, projetos de vida, ao invés de correr freneticamente atrás dos fantasmas do sucesso e do consumismo.

Olvidamos, pela cobrança diária que nos é imposta pela competitividade social, que as conquistas sem riscos, acabam sendo sonhos sem méritos e as derrotas cultivos para nossas conquistas.

Ao longo do caminho, perdemos a capacidade de

saborear a felicidade da doação, da troca, do abraço, do perdão, do olhar o outro sem cobrança, sem culpa, sem dor. Sabemos competir, excluir pessoas, apontar falhas, mas não sabemos incluir e acolher as dores dos nossos parceiros ou semelhantes.

A dor não trabalhada de forma inteligente, não modifica o ser humano, ao contrário torna-o rijo, um ser humano doente, aprisionado pela emoção e reação de uma criança.

Mas afinal, para que servem as nossas asas se somos incapazes de auxiliar outros a voar?! Sobrevoar anonimamente, amando os desconhecidos, secando-lhes as feridas da alma, não é tarefa insignificante, nestes pequenos gestos se realizam os grandes atos e gestos de felicidade.

A fragilidade nos torna forte, porque somente neste momento, percebemos a importância da nossa humildade, quando enxergamos as lágrimas que não foram choradas e as angústias que não puderam ser verbalizadas. Neste momento sentimos dor e compaixão.

O sistema nos encarcerou de tal modo, que nos esquecemos de olhar os lírios do campo, escutar nossos amigos, acalantar suas dores e compreender suas mágoas. Fizemos o mesmo com nossos filhos. Damos a eles os melhores carros, computadores, escolas, roupas de grifes, mas esquecemos de dar-lhes o nosso abraço, o nosso tempo, o nosso melhor.

Nossos filhos não necessitam de pais cobradores, mas de ombros amigos, onde possam chorar suas lágrimas, segregar seus conflitos e minimizar suas derrotas. Pais humanos, que possam acolher seus sentimentos, ensinando-os a pensar e a concretizar seus sonhos.

Temos que lembrar sempre, que os fortes, inteligentes e corajosos usam o diálogo os fracos usam armas, porque não sabem dialogar. Nossa família e os nossos amigos, formam o alicerce da nossa história, não podemos deixá-los no rodapé da nossa existência. Precisamos programar mudanças. Sonhar com elas, lutar por elas. Fazê-las responsáveis pelas

transformações sociais, sem ter medo do caminho, mas medo de não sabermos caminhar.

Neste contexto, o Mediador, surge acima de tudo, para auxiliar as partes, a encontrarem o elo perdido em suas mentes e emoções. Pequenos gestos, como o diálogo e a escuta ativa, podem ter maior impacto no ser humano que longos conselhos ou discursos. Sabemos que a lide jurídica, trata do conflito posto, mas não da fragilidade do ser conflitado ou dilacerado pela dor.

Os mediandos poderão na sessão de mediação familiar, olhar a outra parte, com outros olhos, escutarem-se com a mente da emoção e não com a mente da razão. Os advogados, acostumados à demanda do **(ganha x perde)**, juntamente com o mediador serão coadjuvantes, no resgate das emoções, construindo uma nova composição onde todos ganham, sem dor, sem mágoas, sem ressentimentos, porque foram reconstruídos e não destruídos os laços afetivos entre os conflitantes.

Nesse diálogo e composição se fortalecerá o sonho da igualdade, porque haverá respeito e reconhecimento pelas diferenças, de crenças, das dores e das fragilidades. As partes perceberão que a imperfeição faz parte da essência humana e que a nossa ideia de perfeição, cerra nossos olhos para ver as falhas dos outros nunca as nossas. Haverá respeito pelo ser humano, ao ser escutado e compreendido.

Quando sentimos a dor do outro, seremos mais justos em nossa interpretação. Então poderemos fazer escolhas e saberemos que também nelas existe o preço da perda, da imperfeição. Não precisamos ganhar sempre o tempo todo, porque não existem verdades absolutas, todos os conflitos tem solução.

O fortalecimento do diálogo e a mudança de posição, estimulada pelo mediador, (colocar-se no lugar do outro) enriquece o interior, porque treina o mediando para que ele enxergue o outro e o conflito com outros olhos, acarretando esta percepção, uma nova visão do conflito posto.

A mediação proporciona às partes, olharem o que

esta por trás da barreira de ferro do comportamento alheio. Ela mostra aos conflitantes, que a tolerância é uma característica que deve ser conquistada de forma lenta, mas continuamente.

Os juízes das varas da família, apesar de heróis incansáveis, porque lutam diariamente para esvaziar a pauta judiciária, não podem julgar além do pedido posto, e por mais que queiram não conseguem por absoluta falta de tempo, perquirir o conflito submerso.

A Sentença **(ganha X perde)** será prolatada em consonância com as provas e a tese apresentada pelos procuradores das partes. O conflito submerso não será analisado e outras ações serão intentadas na vã esperança de solucionar a lide, atritando sobremaneira a relação já desgastada entre as partes.

Na relação processual não há o diálogo, mas a contenda contida, longa, dispendiosa e acirrada. Não há ganhadores. Ainda que sobrevenha para uma das partes uma sentença favorável, todos perdem nesta luta para a solução das crises nas relações pessoais.

5. Quem é o Mediador?

O Mediador precisa ser antes de tudo, um humanista. Alguém que acolha o conflito alheio com sensibilidade, para perceber que além do conflito posto, há outros interesses submersos que acirram o conflito.

Precisa saber falar e saber calar na hora oportuna, utilizando a escuta ativa, para enxergar, que no coração de cada litigante há uma dor contida, que necessita ser compreendida.

Antes de utilizar técnicas, deverá utilizar as armas da sua emoção, para auxiliar e estimular os conflitantes a falar, participar e cooperar no encontro da resolução do conflito.

A arte da mediação está no emprego da sensibilidade em ser solidário, tentando enxergar as lágrimas que não foram choradas angústias e temores que não foram revelados e verbalizados.

O Mediador deve estar preparado para ensinar os conflitantes a pensar, principalmente àqueles que estão presos nos novelos dos seus conflitos e combalidos em suas emoções, olhando e focando nas dores do passado, quando há outros caminhos de luz, para seguir em frente.

Precisará acima de tudo, ser alguém que possa diariamente olhar-se no espelho e no recôndito da sua alma, reconhecendo sem nenhuma dúvida, que é um pacificador, um andarilho que sabe diariamente plantar sementes de: amor, tolerância, igualdade, compreensão, respeito, sabedoria e paciência, colheitas que conduzirão ao caminho da paz social. Ter a sensibilidade para mostrar aos litigantes, que os fortes amam por isto incluem os fracos são destrutivos, por isto odeiam e discriminam.

Caberá ao Mediador, ao utilizar técnicas e o caminho da emoção, mostrar aos conflitantes, que a crise do diálogo está sufocando as pessoas tornando-as excessivamente competitivas, endurecidas, encarceradas em modelos desagregadores.

6. Princípios norteadores da Mediação

-Autonomia de vontade das partes- O caráter voluntário do Processo de Mediação deve ser entendido no patamar máximo em que essa expressão possa ser compreendida. Significa garantir às partes o poder de optarem pelo processo, uma vez conhecida essa possibilidade, administrar o conflito da maneira que bem desejarem ao estabelecer diferentes procedimentos e total liberdade de tomar as próprias decisões durante ou ao final do processo. Informar às partes que cabe a elas o poder de decidir sobre os assuntos a serem abordados ao longo de todo o processo. O mediador deve assegurar a plena autonomia das partes durante a mediação.

- Imparcialidade- Ao mediador, impõe-se o dever de procurar compreender a realidade dos mediandos, sem que nenhum preconceito ou mesmo valores pessoais possam macular a sua intervenção. Ele deve se abster de qualquer ação ou conduta verbal ou não verbal, que aparente qualquer tipo de preferência entre os mediandos. Portanto, deve cuidar permanentemente do devido equilíbrio de poder entre elas.

- Independência- Se o mediador tiver alguma ligação com as partes, ou mesmo ligação anterior, deve declinar de sua atuação, pelo dever de se manter eqüidistante das partes durante todo o processo de mediação.

- Credibilidade- As partes ao elegerem o processo de mediação assim o fazem, porque acreditam nele. Por esta razão também é tarefa do mediador, manter este atributo em relação ao processo e durante o desenrolar deste trazer este atributo para si, para que as partes possam se abrir sem nenhum tipo de constrangimento.

- Competência- Ao mediador cabe somente a tarefa de mediar quando tiver plena convicção de suas qualificações para atender aos mediandos em seus questionamentos, preocupações e expectativas. Caso perceba qualquer dificuldade que possa de alguma forma prejudicar as partes, deve declinar do processo, ou da sua nomeação para aquela atuação.

- Confidencialidade- O mediador deverá manter sob sigilo toda as informações, fatos, relatos, situações, documentos ou propostas que lhe forem apresentadas, durante a mediação. Da mesma forma, deverá garantir quando de sua nomeação, que não testemunhará sobre nenhum dos elementos acima citados, direta ou indiretamente, desde que a ordem pública não seja contrariada.

Conclusão

A Mediação Familiar, pensamos, não tem como única tarefa, esvaziar a pauta superlotada do judiciário. Reconhecemos que este trabalho, sempre e quando bem realizado auxiliará neste esvaziamento.

Porém sua maior missão, como novo paradigma, é contribuir para que os integrantes e militantes do poder judiciário, juízes, promotores, peritos, advogados, assistentes sociais, mediadores e conciliadores enxergarem o conflito dos litigantes de forma mais humana, onde as diferenças, as dores e as lágrimas, não sejam sufocadas, mas compreendidas e respeitadas.

A Mediação auxilia todos os envolvidos a investir nas pessoas, ao invés de combatê-las com regras processuais postas e determinadas. A cativá-las ao invés de excluí-las. A plantar e regar sementes ao invés de destruí-las. A compreender os erros ao invés de puni-los. A servir o ser humano ao invés de querer dominá-lo. A conter o caos ao invés de alimentá-lo, utilizando ferramentas, para que o ser humano possa ser feliz, extraindo lições dos erros, sabedoria das dores e coragem dos fracassos.

A pacificação da lide não trará benefício apenas aos litigantes, mas a sociedade como um todo, porque será como semente plantada em um jardim ainda árido, que conhecerá, de grão em grão a possibilidade de florir, fortificar, respeitar e curar o coração das pessoas. *"É a força silenciosa da verdade que, sem maiores esforços, abre seu*

caminho devagar, mas com segurança, é a força da convicção que conquista paulatinamente as consciências, que lhe dão expressão através da ação". (Rudolf Von Ihering).

E, lembrando finalmente que, a opção pela via judiciária, em contraposição ao consenso restará: ainda que sobrevenha para uma das partes uma sentença favorável, todos perdem nesta luta para a solução das crises nas relações pessoais. *"Mesmo que haja um vencedor, sempre restará um vencido e humilhado, pronto para desafogar suas mágoas e instintos de vingança". (Nelson Mandela).*

Referências Bibliográficas

SAMPAIO Lia Regina Castaldi – O que é Mediação de Conflitos- Ed. Brasiliense, 1ª. Ed.2007.

[Http://pt.wikipedia.org/wiki/conflito.](http://pt.wikipedia.org/wiki/conflito)

MUSZKAT MALVINA, Summus (2.005)- Guia prático de Mediação de Conflitos – em famílias e organizações- São Paulo- Editora.

STRAUCH, Ana Catarina – Eu só Preciso de Amor- Ed. Carthago. 2.008.

CALMON, Petrônio – Fundamentos da Mediação e da Conciliação- Ed. Forense (2.007) RJ.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de – Mediação de Conflitos- Ed. Método (2.008)-São Paulo-SP.

MIRANDA e MALUF – Maria Bernadete e Clóvis Antonio - Curso Teórico e Prático de Mediação, Conciliação e Arbitragem- Ed. GZ – Rio de Janeiro- 2.013.

Mediação – Instrumento de Justiça Sustentável



Palavras-chave: Mediação, Justiça Sustentável, Negociações Pacíficas.

Roberta Heinemann de Souza Aranha - Advogada. Bacharel em Psicologia; Mestre em Artes; Especialista em Métodos Alternativos de Solução de Conflitos; Mediadora no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; Docente nos cursos de Capacitação em Conciliação e Mediação segundo a Resolução 125 de 2010 do CNJ da ESA - EPM - IASP - UNISANTOS - EMAG - APMAGIS e Coordenadora de Cursos de Capacitação em Mediação e Conciliação da EPM/UNISANTOS.

É de notório conhecimento que o homem, sendo um animal social, diferenciado dos demais pela capacidade de transformar os meios da natureza com maior habilidade para sua própria comodidade, busca sempre uma segurança, quer física, quer emocional, para realizar suas atividades, evitando mudanças que gerem desconforto que o obriga a tomada de posições, muitas vezes agressivas, para a manutenção de seu "status quo".

O instinto de sobrevivência, aliado às tecnologias disponíveis e ao elevado nível demográfico, obrigou-o a conviver em uma sociedade organizada por tratados, acordos, leis, costumes tribais, estatutos, normas procedimentais, etc., porém, seu sentido de individualidade se contrapõe às necessidades de manutenção de grupo, gerando, muitas vezes, conflitos entre os indivíduos ou grupos de indivíduos, que podem ser de ordem pessoal, como por exemplo, as formas de cumprir obrigações de um contrato, ou coletivos, como as guerras entre nações.

A cultura do sucesso e do consumismo; a valorização do "ter" em contraponto ao "ser"; o fomento do sucesso pessoal em detrimento da coletividade; e, a valorização dos termos: eu quero, eu sei, eu desejo, eu tenho direito, eu decido, eu mando, provocou uma defesa arbitrária de direitos individuais.

Em contraponto a essa cultura, começou a ser propagado, a partir da realização da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, em Estocolmo, o termo sustentabilidade, que no Brasil ganhou grande divulgação após a realização da Conferência sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (ECO), em 1992, no Rio de Janeiro.

A partir deste evento, que foi o primeiro encontro mundial promovido com o objetivo de discutir assuntos

relacionados ao meio ambiente e soluções para a preservação da humanidade, o conceito de sustentabilidade passou a ganhar uma maior importância, estendendo seu significado para vários aspectos da sociedade.

Em um mundo em que a população humana continua crescendo, as tecnologias se aprimorando e as relações entre indivíduos se tornando mais complexas e, por consequência, mais conflituosas dentro um paradigma adversarial, faz-se necessário cada vez mais aplicar a visão de mundo contida no conceito de sustentabilidade a despeito do velho paradigma cartesiano.

O missionário e Professor Norte-Americano Tommy Nelson ensina que os paradigmas podem ser limitadores, que as pessoas se obriguem a "frear o próprio desenvolvimento" impedindo a busca de novos caminhos, muitas vezes mais eficientes e eficazes. (NELSON, Tommy; O processo da Pérola; São Paulo; Saraiva, 2008, pag.58).

"A maioria das pessoas está totalmente engajada, chegando até a defender seus paradigmas limitadores. "Sou assim e não consigo mudar".

"Vivemos de forma aparentemente tranquila dentro de nossa zona de conforto, o que não permite a liberação do nosso potencial. Até estarmos preparados para sair dela, obrigando-nos a frear nosso próprio desenvolvimento."

"O que você teria coragem de fazer, caso tivesse a certeza de que seja impossível falhar?"

"A triste verdade é que a maioria das pessoas vive até o final de suas vidas permitindo que crenças limitadoras e auto-impostas as dominem."

Quando se trata das relações entre os indivíduos esses paradigmas limitadores tendem a reproduzir o conflito, em um redundante círculo vicioso gerando as conhecidas conseqüências de intolerância, opressão ou anulação. Assim, independente do tipo de conflito entre duas ou mais partes, dada à sua individualidade, o homem geralmente necessita da intervenção de um terceiro para resolvê-lo, procurando sempre uma "autoridade" que possa trazer a pacificação e o fim da contenda, sendo certo que cada parte envolvida pretende que suas aspirações sejam totalmente atendidas.

Em tempos mais remotos, eram os líderes da comunidade, em geral com caráter de virilidade ou de caráter religioso, que tinham a tarefa da pacificação, mas com o passar do tempo, e o aumento da população, essa tarefa foi delegada a funcionários dos Estados, que atualmente são os Juízes Naturais.

Na busca constante da uma segurança, para manutenção da espécie, ou da sua individualidade, os entes de uma sociedade se articulam para dirimir, de forma mais rápida e eficaz os conflitos que o Estado, por seu tamanho e complexidade, não tem capacidade para resolver com a celeridade necessária, criando Estatutos, Normas Procedimentais e Códigos de Ética, os quais regulam as atividades de seus membros.

Esses mecanismos, complementares à atividade estatal, não têm o condão ou mesmo o interesse em afastar o Estado das relações sociais, visando apenas uma forma mais célebre de solucionar controvérsias e pacificar as micro sociedades que criaram dentro de um macro sistema regido pelo Estado.

Um meio alternativo eficaz para eliminação de um conflito visando a manutenção da sustentabilidade das relações de forma pacífica é a MEDIAÇÃO, posto

que seu resultado implica na eliminação definitiva da controvérsia pela atuação das próprias partes.

A MEDIAÇÃO não se encerra em um acordo a ser cumprido, mas sim em uma ação consciente das partes que se compõem para eliminar em definitivo o conflito surgido dentro de uma relação, retornando ao "*status quo ante*" do desentendimento, restabelecendo o vínculo que sustenta a relação.

Por sua vez, o conflito também não se encerra com um acordo no sentido de termo final, ele é dissolvido no fluxo natural da relação, pois é visto como uma oportunidade, um momento de tensão do fluxo relacional, emitindo um alerta para que as partes ACORDEM (no sentido de despertar) e restabeleçam o fluxo que sustenta os vínculos de suas relações. Este despertar promove o acordo, o estar de acordo conscientemente, gerando o cumprimento efetivo dos termos por eles estabelecidos na Mediação.

Convém ressaltar que a MEDIAÇÃO é mais bem aplicada em conflitos entre agentes que possuem múltiplos vínculos, ou mesmo relações continuadas, majoritariamente nas relações familiares e de vizinhança, quer de um condomínio, quer entre nações.

O problema básico de uma negociação não está nas posições conflitantes, mas sim no conflito entre as necessidades, desejos, interesses e temores de cada lado, que afetam um ou mais vínculos do relacionamento, causando a quebra de confiança e o rompimento da comunicação.

Sendo certo que os interesses motivam as pessoas, e que geralmente estão ocultos pelas posições que elas adotam, compete ao Mediador restabelecer a comunicação entre as partes, o qual faz uso de técnicas adequadas para flexibiliza-las em suas posições e conscientiza-las quanto os limites de

suas necessidades em relação às necessidades da outra parte, dissolvendo-se assim o conflito entre as necessidades, construindo a partir daí uma nova possibilidade de vínculo e de confiança mútua.

O principal objetivo da MEDIAÇÃO é demonstrar que as partes podem estar confiantes de que tudo que será tratado terá a finalidade de solucionar o problema apresentado de forma mais justa e satisfatória para todos e neste passo, as partes em conflito devem ser motivadas e mobilizadas para assumir a iniciativa de implementar posturas pautadas pelo binômio sustentabilidade e desenvolvimento num contexto de inclusão.

Adequadamente utilizada a MEDIAÇÃO, será pacificado o conflito entre as partes, em especial porque permitirá que estas assumam a Responsabilidade pela sua solução definitiva e exerceram seu Poder para o resultado, pacificando as relações interpessoais e sociais.

O maior benefício da utilização da MEDIAÇÃO na solução de conflitos é o entendimento de que a Paz é a melhor forma de manutenção da sustentabilidade e preservação da humanidade, pois, não somos vários indivíduos de uma sociedade, mas uma única sociedade formada por vários indivíduos.

A Justiça não deve se prestar a garantir a sensação individual de vitória, mas sim deve se estabelecer para emanar a sensação de paz, solidariedade e felicidade dos indivíduos nas suas relações sociais em um constante desenvolvimento sustentável.

Referências Bibliográficas

GOLEMAN, Daniel, Ph.D. "Inteligência Emocional – A Teoria Revolucionária do que é ser Inteligente", RJ, Objetiva, 2001.

MANZANO, Nivaldo T. "Que Pau é Esse? – Uma Introdução à Complexidade para Resolução de Problemas", SP, Textonovo, 2002.

MARTINS, José Celso. "Arbitragem, Mediação e Conflitos Coletivos do Trabalho". SP, Editora do Autor, 2005.

NAZARETH, Eliana Riberti e Dos Santos, Lia Justino. "Guia de Aulas do Curso de Iniciação de Mediação". SP, CEREMA, 2005.

NELSON, Tommi. "O Processo da Pérola – Identifique a Melhor Fase para a sua Transformação", SP, Saraiva, 2008.

SAMPAIO, Lia Regina Castaldi e BRAGA Neto, Adolfo. "O Que é Mediação de Conflitos" SP, Brasiliense, 2007.

SCHOPENHAUER, Arthur. "Como Vencer um Debate sem Precisar ter Razão". RJ, Editora Topbooks, 2003.

BÍBLIA DO EXECUTIVO, Nova Versão Internacional. Organizada por Sid Buzzell, Tradução Kroker, Valdemar. SP, Editora Vida, 2004. (Título original – The Leadship Bible).

MANUAL DO CONCILIADOR, Setor de Conciliação Cível, Foro Regional de Santo Amaro, SP, 2004.

BARTOLI, Nilton. "Transcrição do Primeiro Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Meios Alternativos de Solução de Conflitos Humanos – Módulos I, II e III", Escola Paulista da Magistratura, SP, 2008.

Aplicação da Mediação nas Relações Cotidianas Condominiais



Palavras-chave: Direito. Propriedade.
Condomínio. Privacidade. Conflitos.
Mediação.

Ana Luiza Pretel - Advogada. Bacharel em Administração de Empresas; Especialista em Direito Processual Civil e em Métodos de Soluções Alternativas de Conflitos Humanos; Professora Universitária, Palestrante e Conciliadora do Tribunal de Justiça.

Resumo

Este trabalho tem por finalidade demonstrar as vantagens da utilização da mediação nas relações condominiais, apresentando as principais motivações de conflitos na convivência em condomínio, em especial a confusão comum entre o que é propriedade privada e propriedade de uso coletivo. Demonstra também a necessidade da criação de setores públicos e privados especializados no trato de relações condominiais.

A utilização da mediação em condomínios edilícios, como meio de resolução dos conflitos existentes, uma vez que a função social da propriedade – garantia ao direito de moradia – encontra limites no direito à privacidade e à intimidade. Apresentamos conceitos de Mediação, Propriedade e Condomínio. Em breve análise de cada um dos três institutos, e o âmbito de aplicação deles ao Direito, construindo o raciocínio a partir da análise dos mesmos e de sua função dentro do Direito, podemos concluir, que agregando os três conceitos dentro do âmbito do direito à moradia e à liberdade, e do direito à privacidade, à intimidade e ao respeito, buscando trazer os limites de um e outro, a mediação mostra-se o melhor meio de solucionar os conflitos decorrentes da violação de um ou de outro direito.

Nesse início de século, a sociedade anseia por meios céleres e de baixo custo para a resolução de conflitos interpessoais e intersubjetivos, decorrentes da divergência de opiniões, do litígio entre partes, do uso abusivo de direitos como a liberdade, enfim, de todo comportamento humano que não se coaduna com a finalidade do Direito, qual seja, a paz.

Nessa esteira, o Judiciário se apresenta como a opção menos viável. Mas, até pouco tempo atrás, também se apresentava como a única alternativa de resolução de conflitos, tornando-se um paradigma que dificulta a utilização de meios alternativos para a solução pacífica de conflitos.

Acontece que, atualmente – e já há muito tempo – o Judiciário não atende às necessidades da população, que de noventa milhões na década de setenta – quando do advento do atual Código de Processo Civil – passou para quase duzentos milhões nessa primeira década do novo século. Conseqüentemente, nessas

últimas três décadas também houve um aumento considerável no número de conflitos sem resolução amigável, ou seja, que necessitam ser resolvidos no Judiciário.

Soma-se a isso o grande avanço tecnológico verificado no mundo todo nesses últimos quatro decênios; a globalização das relações interpessoais e intersubjetivas, que deixaram de ser bilaterais para ser multilaterais; o surgimento de novos ramos em que se fazem a necessidade da atuação do Direito para os regular, como a Bioética, as relações decorrentes da informática e da cibernética, o desporto profissional, os direitos autorais, as relações comerciais multilaterais, entre outros.

Assim, o Judiciário, que atendia com certa celeridade as lides decorrentes de falhas nas relações interpessoais e intersubjetivas, passa a não ter mais condições de atender a todas as demandas, vez que sua modernização, informatização e expansão não se deram na mesma proporção que o avanço das relações sociais.

O legislador, sentindo tal dificuldade, promulgou a lei nº 9.307/96, que estabelecia a arbitragem como meio alternativo legal de resolução de conflitos. Foi um passo em direção ao futuro, qual seja, a desnecessidade de se levar todo e qualquer tipo de demanda ao Judiciário, numa clara tentativa de desafogar este órgão já tão saturado.

Deve-se notar que o Instituto da Arbitragem segue procedimentos semelhantes aos utilizados pelo Estado-Juiz, em clara demonstração da dificuldade da mudança do paradigma da busca de uma solução eterocompositiva, ao invés de buscar a solução do conflito pela via negocial.

Mais a frente – quase dez anos depois – adveio a Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, responsável pela Reforma do Judiciário, trazendo, dentre outras novidades, a extinção dos Tribunais de Alçada, a criação do Conselho Superior da Magistratura, e a inserção, no artigo 5º da Constituição Federal, do inciso LXXVIII, que prevê como direito individual fundamental a observância da celeridade e da economia processual na resolução dos conflitos, tanto no âmbito administrativo como no âmbito judicial.

Atualmente se observam outras medidas para efetivação da resolução célere dos conflitos, como a obrigatoriedade da tentativa da conciliação em qualquer demanda judicial, inclusive nas demandas penais em que o apenamento não é tão grave, cabendo à chamada transação penal.

Assim, surgem as demandas cotidianas, como as consumeiristas, as familiares e as condominiais, em que a arbitragem e a conciliação não surtem o efeito desejado, vez que ou as partes devem se restringir às cláusulas estipuladas em contrato (arbitragem) ou mesmo aceitando os termos de um acordo pecuniário mantém entre si um estado de conflito remanescente que necessitará futuramente de nova intervenção. (conciliação)

É nesse vácuo que aparece a mediação, em que o acordo só é efetivado quando as partes estiverem plenamente satisfeitas com todos os termos sejam pelo consenso. E, para que isso ocorra, um terceiro totalmente imparcial deve atuar, auxiliando as partes em seu empoderamento, para que a melhor solução seja por elas construída.

A propriedade consiste no direito real de maior conteúdo e o mais amplo que existe, pois consiste no direito em que o titular tem a faculdade de usar, gozar, dispor, e também de reivindicar a coisa de quem injustamente a possua ou detenha, de acordo com o que dispõe o artigo 1.228 do Código Civil.

Em uma sociedade que, em tese, vem se preocupando com a redução das desigualdades e a construção de uma sociedade harmônica e igualitária, tanto a Constituição Federal como a lei civil atual preve que a propriedade deverá atender sua função social, qual seja, a de garantir a efetivação do direito à moradia.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXIII dispõe que “*a propriedade atenderá a sua função social*”, seguida da lei civil em vigência, que em seu artigo 1.228, §1º assim trata da função social da propriedade: “*o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas*”.

Conforme se vê, em que pese o indivíduo ter direito à propriedade e, conseqüentemente, à moradia, tais direitos sofrem limitações, como as expressamente mencionadas no parágrafo anterior, além de outras previstas na própria lei civil e na Constituição Federal também tutela e garante referidos direitos – privacidade e respeito, precipuamente – nos incisos X e XI do artigo 5º.

Ou seja, o proprietário de um bem imóvel pode exercer com plenitude os direitos inerentes à propriedade,

mas é certo que esses direitos possuem limitações, e tais limitações devem ser levadas em consideração quando da análise de conflitos condominiais cotidianos, tendo em vista que o exercício pleno do direito à propriedade – e os direitos inerentes a esse direito – levam ao cometimento de excessos e abusos por parte do detentor desse direito.

A noção de propriedade é conhecida por qualquer ser humano, a relação para com nossos próprios objetos não é uma ideia apenas histórica, mas distinguimos desde a infância aquilo que é nosso, de nossa propriedade.

Entretanto, embora qualquer pessoa entenda o que seja a propriedade, não temos uma conceituação clara e indiscutível de seu significado.

O Código de Napoleão definia a propriedade em seu artigo 544 como sendo “*o direito de gozar e de dispor dos bens da maneira mais absoluta, desde que deles não se faça uso proibido pelas leis e pelos regulamentos*”, contudo não podemos deixar de observar que este direito não pode ser absoluto se devem respeitar certas restrições.

Em nossa Constituição Federal, a propriedade é apenas garantida como direito, mas em nenhum de seus artigos encontramos sua definição.

Já o Código Civil Brasileiro, apesar de apontar os atributos do proprietário, não conceitua a propriedade, embora, por interpretação, possamos definir neste artigo o conteúdo da propriedade, como sendo o direito de alguém de usar, gozar, dispor e reivindicar a coisa, que nos remetem ao *jus utendi, fruendi e abutendi* e à *reivindicatio*, verificada no Direito Romano.

Nem mesmo a Lei 4.504/64 que dispõe sobre o Estatuto da Terra, e, que, portanto, está diretamente relacionada ao assunto, não descreve, em seu texto, o conceito de propriedade.

Podemos concluir, portanto, que a propriedade é um conceito histórico, com significados diferentes conforme o tempo e a sociedade em que se apresenta e que se transforma e evolui, em um contexto geral, juntamente com a história e a evolução do homem. É impossível conceber a propriedade sem antes localizá-la no tempo e espaço histórico em que será estudada.

Em primeiro lugar, devemos definir o que é uma limitação ao exercício do direito de propriedade.

Como é de se imaginar, uma limitação diante do exercício de um direito, suprime este direito de forma que, em determinadas circunstâncias ele será exercido dentro dos ditames da limitação e não em sua plenitude, ou seja, o limite é negativo.

Não podemos, contudo, concluir que as limitações estejam ligadas intrinsecamente ao conceito de propriedade, já que elas atingem tão somente o exercício do direito de propriedade e não a essência do direito, do conceito de propriedade em si, como já explicado, a ideia de limitação é de apenas suprimir, definir os limites, a forma em que determinado direito será exercido, não se refere ao seu conteúdo.

Os limites do exercício ao direito de propriedade são aqueles determinados na lei e, podemos classificá-los em dois grupos:

- a) Limitações de direito privado – referentes ao direito de vizinhança;
- b) Limitações de direito público – referentes às limitações urbanísticas e administrativas.

Estas limitações, como dizem respeito ao exercício do direito de propriedade, atingem o caráter absoluto, exclusivo e perpétuo da propriedade, pelo que temos:

- a) Restrições – atingem o caráter absoluto da propriedade, a saber, o direito de fruição, modificação e alienação da coisa;
- b) Servidões – atingem o caráter exclusivo da propriedade, como por exemplo, utilização de propriedade alheia;
- c) Desapropriação – atinge o caráter perpétuo da propriedade, ao transferir o seu domínio compulsoriamente.

Portanto, a maneira concreta de se operar a propriedade é tratá-la não apenas como um direito, não apenas como o direito que possui o proprietário individual de usá-la, de usufruir de seus frutos, de reivindicá-la de quem a detiver injustamente, mas ela deve ter vista também como ente social, uma vez que o exercício do direito do proprietário para com o seu bem interfere na relação com a coletividade, e a coletividade também deve ser respeitada e amparada pelo Estado, que consagra em seu ordenamento tal princípio.

Neste sentido, a propriedade passa também a ser um dever, o dever de se observar a sua função social.

Cabe ressaltar que, o direito à vizinhança consiste, para esse estudo, na principal limitação ao direito à propriedade. Sobre o assunto, assim ensina Santiago Dantas:

"Para que haja conflito de vizinhança é sempre necessário um ato praticado pelo possuidor de um prédio, ou o estado de coisas por ele mantido, vá exercer efeitos sobre o imóvel vizinho, causando prejuízo ao próprio imóvel ou incômodo ao seu morador".

Nessa esteira, assim preleciona a professora Maria Lígia Mathias Coelho:

"No mundo moderno, a convivência cada vez mais próxima das pessoas, em razão da contiguidade dos imóveis e do grande número de edifícios de apartamentos, principalmente, nos grandes centros urbanos, faz florescer uma série de conflitos de interesse privado, para os quais o Direito fornece as regras para a sua composição. Não raro, o ato que um vizinho pratica pode interferir diretamente no prédio vizinho, provocando incômodo, emergindo dessa situação uma colisão de direitos ou conflito de interesses. De um lado tem-se um vizinho que deseja ouvir música cujo som se propaga na vizinhança, e de outro, em imóvel contíguo, alguém que queira repousar, em silêncio".

O que se verifica é que nenhuma pessoa pode usar, dispor, fruir ou gozar como bem entender de sua propriedade, vez que a vida em sociedade importa em concessões e, mais do que isso, em respeito ao próximo, na medida em que também se deseja ser respeitado em sua privacidade e sua individualidade.

O condomínio, em linhas gerais, consiste na pluralidade de proprietários sobre um mesmo bem. Essa pluralidade de proprietários pode se dar sobre um mesmo bem móvel ou imóvel, divisível ou indivisível, sendo denominado de condomínio voluntário; e também pode ser dar sobre as áreas comuns de um bem imóvel denominado prédio, quando tal forma de comunhão denominar-se-á condomínio edilício.

Nos grandes centros urbanos como São Paulo, Rio de Janeiro, Recife, Belo Horizonte, Porto Alegre, somente para citar algumas Capitais, é cada vez maior o número

de condomínios edifícios, em que o que separa a propriedade – e o direito a essa – de um e outro são centímetros de tijolo. E, conseqüentemente, o que separa a possibilidade de se desrespeitar o direito à privacidade ou ao respeito do outro e de se abusar ou se exceder no uso do direito à propriedade ou à moradia também são centímetros de tijolo.

Conforme se verifica, na prática, no dia a dia, é extremamente tênue a linha que separa o respeito do excesso, a moderação do abuso, até porque o que pode ser considerado excesso para uns, pode ser normal para outros, já que a definição, no cotidiano, de normalidade e excessividade, moderação e abuso, é subjetiva.

Assim, quando surgem conflitos em que o que impera é subjetividade, inócuo – para não dizer custoso, ineficaz e transtornante – é recorrer ao Judiciário. Daí que se impõe a necessidade de se utilizar de meios alternativos para a resolução desses tipos de conflito, como o som alto, o cachorro que late de madrugada, a furadeira que faz barulho aos sábados, o vaso que está no *hall* de um andar sem que todos concordem.

Conflitos como esse, decorrentes da inobservância do direito de vizinhança, podem ser resolvidos com maior eficácia e celeridade pela mediação.

É da necessidade premente da utilização de valores maiores que a frieza das leis humanas que surgem os meios alternativos de resolução de conflitos. E, dentre esses, emerge a mediação, que se apresenta como o melhor método alternativo de resolução de conflitos para os casos de relações conflituosas cotidianas condominiais, vez que é o método que, antes de se preocupar com qualquer disposição ou norma de qualquer lei humana, preocupa-se

em auxiliar, de maneira imparcial, na composição amigável entre as partes, utilizando-se de valores básicos, como a ética, o respeito e a liberdade e suas limitações naturais, para mediar à tentativa de acordo que está havendo entre as partes.

Para demonstrar as vantagens do uso deste método de pacificação de conflitos em relação ao contencioso judicial traz-se a baila os resultados práticos das primeiras utilizações de mediação na resolução de conflitos condominiais por Câmaras de Mediação criadas para este fim em agosto de 2006.

Nos primeiros dois anos de atuação logrou-se um êxito de 94% nas tentativas de acordo amigável, que significa que somente 6% destes conflitos chegaram ao Poder Judiciário, na busca de uma solução que se mostra mais lenta, custosa e desgastante para todos os envolvidos.

Com o advento da Resolução 125/10 do Conselho Nacional de Justiça, que disciplinou a criação de Centros de Soluções de Conflitos e Cidadania-CEJUSC, bem como a capacitação de mediadores, fomentando a utilização de procedimentos pré-processuais e extrajudiciais, ampliou-se a capacidade de atendimento a demanda de conflitos condominiais entre outros, sem a necessidade do uso do processo judicial convencional, mesmo que nestes CENTROS os acordos recebam homologação e tornem-se títulos executivos judiciais.

Ressalte-se que dentre os conflitos mais comuns em um Condomínio destacam-se o barulho, com 30% dos casos e as vagas de garagem, que somam 29% dos litígios. Animais, crianças e vazamentos também costuma serem motivos de brigas entre vizinhos.

Por fim é importante frisar que além da capacitação,

o mediador deve ter sensibilidade para identificar e solucionar os anseios mais íntimos de cada um dos envolvidos.

Na mediação condominial deveremos observar características diferenciadas, pois apesar de não ser uma mediação familiar, estão todos debaixo do mesmo teto em uma relação de vizinhança que em determinados casos equipara-se as relações familiares.

Por outro lado, o conceito de propriedade está muito arraigado nesta era de civilização, e por este motivo muitas vezes há uma confusão entre aquilo que é unicamente particular e aquilo que é de uso coletivo.

Em virtude destas peculiaridades, para que as sessões de mediação condominial logrem êxito e, assim, se efetive a busca da paz social, é imprescindível a vontade livre das partes em realizar o acordo; a capacitação técnica do mediador; a sensibilidade e criatividade na condução do procedimento; e, a certeza do sigilo no procedimento, para que nada do que for discutido na sessão, salvo o acordo, seja divulgado.

Pode-se concluir que da mesma forma que já foram criadas as Câmaras especializadas de Arbitragem, Casas de Mediação criadas pela Prefeitura do Município de São Paulo, os Institutos de Mediação Familiar, e os Centros de Conciliação do Judiciário, se faz necessária à especialização de mediadores em conflitos condominiais, a criação de setores públicos e privados especializados em condomínios, uma vez que o tema tem características especiais, tanto é que o legislador tratou dele em Capítulo específico, dentro do Código Civil Brasileiro em vigor.

Referências bibliografias

BRASIL. Código Civil. 9.ed. São Paulo: RT, 2007.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 33.ed.São Paulo: Saraiva, 2004.

CEZAR-FERREIRA, Verônica A. da Motta. Família, Separação e Mediação. São Paulo: Método,2007.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas. 21ed. São Paulo: Saraiva, 2006,v.4.

FISHER, Roger;URY,Willian;PATTON,Bruce.Como chegar ao sim.Rio de Janeiro:Imago,2005.

GOMES, Orlando.Direitos Reais.19ed.Rio de Janeiro:Forense,2006.

GRIONVER, Ada Pellegrini; WATANABE,Kazuo; NETO, Caetano Lagrasta. Mediação e gerenciamento do processo. São Paulo:Atlas,2007.

NAZARETH, Eliana Riberti. Apostila – Módulo II – Curso de Especialização da Escola Paulista da Magistratura.

SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; NETO, Adolfo Braga. O que é mediação de conflitos. São Paulo:Brasiliense,2007.

Arbitragem e mediação em condomínios



Sumário

1. O que é mediação e o que é arbitragem
2. Cláusula de Inserção da Arbitragem na Convenção do Condomínio
3. Principais Vantagens da Utilização do Procedimento Arbitral

Referências Bibliográficas

Palavras-chave: Arbitragem, Mediação, Condomínio.

Marie Claire Libron Fidomanzo - Advogada; Conciliadora e Mediadora em 1ª e 2ª instâncias no Tribunal de Justiça de São Paulo; Especialista em Mediação e Arbitragem; Presidente da Comissão de Segurança Pública Defesa Civil e Trânsito da 38ª Subseção da OAB de Santo André; Diretora Cultural e Professora da AABC Associação dos Advogados do Grande ABC; Diretora e Coordenadora dos Cursos de Capacitação em Conciliação e Mediação do Jus Postulandi Instituto de Estudos e Pesquisas e Presidente do Instituto Ipso Iure - Soluções em Mediação, Arbitragem e Afins Ltda.

Normalmente, os litígios são resolvidos na Justiça Comum, que podem demorar muito causando frustração, desgaste e prejuízo às partes envolvidas. E, muitas vezes, questões que envolvem a justiça nas relações condominiais não são diferentes.

Há alternativas eficazes e céleres que podem ser utilizadas para resolver situações extrajudicialmente que, além de resultar em solução para as partes, não necessariamente uma ganha e a outra perdendo. Essas alternativas primam pelo fortalecimento da relação para a obtenção de um resultado mais rápido e positivo, pois representam um caminho mais curto para a resolução de seus conflitos dentro do condomínio.

1. O que é mediação e o que é arbitragem

A mediação é um procedimento extrajudicial através do qual as disputas são resolvidas pelo consenso das partes. Neste caso, uma terceira pessoa, independente e imparcial, é escolhida para ser o mediador, tendo como função facilitar a comunicação entre as partes para que possam construir um acordo ou chegar a uma solução que atenda ao interesse de ambos.

Importante esclarecer que o mediador não deve julgar nem decidir a questão em litígio, devendo se abster de dar opiniões sobre o mérito do conflito, podendo reunir-se com as partes tantas vezes quanto se fizer necessário, em conjunto ou separadamente.

Essas reuniões permitem ao mediador manter um clima saudável e propício para a negociação, pontuando o real interesse das partes e ajudando-as a encontrar um terreno fértil que lhes permita solucionar a controvérsia. Na mediação é importante que os envolvidos tenham um mínimo de interesse em resolver o conflito amigavelmente e a figura do mediador seria um auxiliar para trilhar esse caminho.

A **arbitragem** também é um dos métodos alternativos para solucionar conflitos fora da tutela estatal, em que uma terceira pessoa de confiança das partes é nomeada para solucionar o impasse entre elas. Esse árbitro substitui a figura do Juiz estatal e sua decisão, denominada de laudo arbitral, tem força de sentença judicial, tornando-se um título executivo extrajudicial.

Esse procedimento é administrado por um árbitro ou um colegiado de árbitros, sempre em número ímpar e escolhidos pelas partes espontaneamente e de comum acordo, com poder de decisão outorgado por elas. E, por ser uma opção voluntária dos interessados e um procedimento sigiloso, a eleição do procedimento arbitral afasta a Jurisdição Estatal, e não admite recursos.

Admite-se a eleição pelo procedimento arbitral quando o diálogo entre as partes não é mais possível. Daí a necessidade de um terceiro apontar o que deve ser feito ou não. Em se tratando de conflitos envolvendo o condomínio, o ideal é que esteja previsto na convenção o uso de arbitragem para a resolução de conflitos.

No condomínio

A mediação e a arbitragem podem ser utilizadas sempre que o objeto do conflito tratar-se de direito **patrimonial disponível**, isto é, só se pode transacionar questões cujas partes possam livremente dispor sem interferir em normas cogentes privativas da interferência estatal, como o direito tributário, penal, etc.

A arbitragem é largamente utilizada em questões condominiais como: conflitos entre condôminos, criação de animais, infiltração entre os apartamentos,

conflitos de garagens, barulho, inadimplência das taxas condominiais, uso de áreas comuns, desentendimento entre vizinhos, constituição de condomínio irregular, conflitos entre condomínio e incorporadora, dentre outros.

Para utilizar a mediação e arbitragem no condomínio, o primeiro passo é a eleição do procedimento e dos árbitros - que pode ser realizada por meio de um pacto contratual, antes do conflito ser instaurado, chamado Cláusula Compromissória, ou após o conflito instaurado, chamado de compromisso arbitral.

A Cláusula compromissória deve prever que eventuais dúvidas e controvérsias decorrentes das relações condominiais, do cumprimento do estatuto condominial e da legislação específica inerente à relação condômino x condomínio serão dirimidas pelo procedimento da Arbitragem, elegendo uma Instituição de Arbitragem privada para a solução do conflito.

2. Cláusula de Inserção da Arbitragem na Convenção do Condomínio

Para que a Arbitragem possa ser utilizada em condomínios é necessário incluir na convenção do condomínio uma cláusula que preveja o uso do método extrajudicial na resolução de conflitos, cuja formalidade é desnecessária em se tratando de mediação.

A cláusula pode ser inserida tanto na elaboração da convenção condominial quanto na vigência dela por meio de aditamento. É possível ainda inserir a cláusula posteriormente ao surgimento do conflito desde que seja sempre de comum acordo.

Como é sabido que uma alteração na Convenção Condominial é sempre muito polêmica e trabalhosa, tal inclusão deve ser feita mediante a convocação de uma Assembleia Geral com fim específico e maioria de 2/3 dos votos dos condôminos.

É muito importante se socorrer previamente de palestras para a utilização desse meio alternativo, através de profissionais capacitados nessa área, para dar conhecimento aos condôminos dos benefícios de

sua utilização.

Com esse tipo de interação, os moradores podem tirar suas dúvidas e observam mais de perto, como é possível solucionar conflitos de uma forma diferente, compreendem como o procedimento funciona, quanto tempo demora e quanto custa, tornando mais fácil a inclusão do procedimento arbitral na Convenção do Condomínio, como forma alternativa de resolução de conflitos.

Mesmo não existindo a previsão desse procedimento na Convenção Condominial, após o conflito instaurado, as partes, de comum acordo, optam podem optar pela Arbitragem, assinando mediante um Compromisso Arbitral, elegendo a instituição para administrar a solução daquele conflito específico.

3. Principais Vantagens da Utilização do Procedimento Arbitral

A utilização da Arbitragem pode tanto trazer vantagens ao condomínio quanto ao condômino, de vez que, além de ser mais rápido e eficaz do que a justiça, através deste meio o condômino não tem seu nome exposto publicamente, já que o procedimento e os resultados são de conhecimento restrito das partes, o que representa menos desgaste físico, psicológico e financeiro, tão comuns na esfera judicial.

O que dificulta essa disseminação?

O desinteresse dos próprios advogados é um dos principais entraves para a disseminação dessas formas alternativas de resolução de conflitos. Segundo os especialistas no assunto, mesmo nas universidades o tema ainda é pouco debatido.

Num futuro próximo, não se conceberá mais um advogado que desconheça a utilização dessas alternativas, que representam ferramentas a mais a serviço do advogado, para melhor atender seu cliente além da Justiça Comum, sem falar na vantagem de receber seus honorários com maior rapidez.

Para evitar surpresas, é interessante procurar institutos de conciliação e arbitragem de conceito, com larga experiência e profissionais cadastrados,

devidamente capacitados.

E, em se tratando de conhecimento, uma coisa deve ficar clara às partes: tanto a mediação, quando praticada fora da esfera do Judiciário, como a arbitragem, não são a Justiça Comum – é a chamada Justiça privada.

Remuneração

Em geral, paga quem se decidiu por entrar com o procedimento. Entretanto, em regra, os honorários e despesas relacionadas à arbitragem e à mediação são custeados em igual proporção pelas partes, já que a Lei da Arbitragem não estabelece como as partes devem arcar com os gastos. Sendo a arbitragem e a mediação procedimentos voluntários de livre escolha das partes de comum acordo, é importante que a remuneração seja decidida previamente entre os interessados de forma amigável.

Assessoria

Em ambos os casos, mediação e arbitragem, o recomendável é que os interessados estejam assistidos por um advogado. Dessa maneira, ambas as partes se sentirão mais seguras em saber que os seus direitos estão sendo preservados. Não é trabalho do mediador, ou do árbitro, solucionar dúvidas relacionadas ao processo.

Ainda que se evite o trâmite da justiça comum, a presença do advogado ainda se faz necessária, seja para tirar uma dúvida ou para apresentar os documentos corretos.

Em se utilizando essas alternativas, tanto a mediação quanto a arbitragem, o que ficou combinado deve ser cumprido pelas partes. Caso contrário, o título executivo extrajudicial que resultou do acordo entre as partes ou do laudo arbitral poderá ser executado perante a Justiça Comum.

Mediação Empresarial



Sumário

1. Mediação X Justiça Comum
2. Conflito
3. Métodos Alternativos De Resolução De Conflitos
4. Mediação na Sociedade Empresarial Entre Cônjuges
5. Mediação Empresarial
6. Processo De Mediação Empresarial
7. O Acordo Na Mediação
8. Perguntas Frequentes Sobre a Mediação Empresarial

Referências Bibliográficas

Palavras-chave: Mediação, Conflito, MASC's Sociedade Empresarial, Cônjuges.

Maria Célia Lima do Amaral - Advogada; Pós Graduada em Métodos Alternativos de Solução de Conflitos; Conciliadora; Vice presidente do IPROMESC e Professora palestrante.

1. Mediação X Justiça Comum

Por uma questão cultural, o povo brasileiro trata grande parte suas diferenças através de disputas judiciais em busca de uma decisão, gerando muitas vezes prejuízos a seus laços fundamentais e afetivos.

A pacificação social normalmente não é alcançada pela sentença judicial, geralmente não aceita pela parte vencida, o que não ocorre na solução autocompositiva.

Dessa forma, a justiça reparadora é a mais indicada para os casos em que as partes envolvidas continuarão a se relacionar após a resolução do conflito, pois colabora à plena aceitação do resultado e, quando envolve empresas, sua própria administração e economia.

A decisão negociada é autônoma, resulta de transigência mútua, discutida, e dialogada, tomada após convencimento das partes, sendo, portanto uma solução eticamente superior à judicial em muitos aspectos.

2. Conflito

O conflito é inerente ao ser humano. Significa embate ou divergência entre pessoas, coisas e fatos e se instala sempre que ocorre uma mudança, ou quando algo ou alguém intervém em um sistema.

No setor empresarial, as mudanças acabam gerando uma situação desconfortável e hostil. Por exemplo, o simples fato de prestar contas aos seus superiores passa a ser visto como um ato de desconfiança.

Mudanças definitivas podem ocorrer no campo empresarial, como a falência, em que todos os administradores, sócios e gerentes são afastados definitivamente de

seus cargos e são substituídos por um administrador judicial até a liquidação final da massa falida.

As mudanças gradativas no setor empresarial decorrem de alterações de mercado, do perfil do consumidor, diminuição na venda de produto em virtude de haver no mercado outro mais atrativo. Tais modificações parciais permitem reparação para a adequação de mercado, e podem acarretar também alteração da pessoa do sócio, do empregado, planejamento fiscal, cujo orçamento tributário será de alguma forma alterado, entre outros.

Por via de consequência, diante das modificações previsíveis ou imprevisíveis, surgem os conflitos que atualmente poderão ser resolvidos através dos meios alternativos de solução de controvérsias, no caso, a mediação.

3. Métodos Alternativos De Resolução De Conflitos

Os métodos são considerados alternativos por se constituírem em opções ao sistema tradicional de justiça. São o conjunto de diversos procedimentos que tem por fim a resolução de conflitos pelo qual as soluções se tornam possíveis.

O surgimento dos métodos alternativos deu-se fora da seara jurídica, devido à necessidade dos comerciantes de comporem os seus litígios.

Informa Antonio Álvares da Silva:

“Que as formas alternativas começaram no direito privado, especialmente nas relações comerciais e foram se estendendo para áreas maiores de interesses de índole patrimonial e transacional, atingindo finalmente grupos organizados, como os sindicatos.”¹

¹ ÁLVARES DA SILVA, Antonio. A desjuridicização dos conflitos trabalhistas e o futuro da justiça do trabalho no Brasil, p. 259.

Mediação é a única das formas de resolução de conflitos que coloca as partes e o mediador num mesmo patamar, restabelecendo a comunicação e deixando as partes encontrarem suas próprias soluções, sem a influência de terceiros.

A mediação é recomendável para situações de múltiplos vínculos, relações familiares, decorrentes de relações comerciais, trabalhistas, entre outras, cujo convívio é definido pelas relações cotidianas ou pelo exercício de funções.

Mediação é a arte de conseguir acordos entre pessoas em situação de litígio, transformando a dinâmica adversarial - na qual um ganha e o outro perde - numa dinâmica cooperativa, de ganhos mútuos, ou seja, onde a competitividade dá lugar ao diálogo e às alianças.

A mediação, todavia, não visa competir com o Poder Judiciário, até porque nenhuma lesão ou ameaça de direito pode ser subtraída da apreciação do Poder Judiciário.

No processo judicial, cabe ao juiz decidir a lide nos limites em que foi proposta, não podendo decidir a questão a favor do autor ou de natureza diversa ao pedido, nem condenar o réu em quantia superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

Em outras palavras, podemos dizer que somente a resolução integral do litígio conduz à pacificação social, pois não basta resolver a lide processual, ou seja, aquilo que foi trazido pelas partes no processo, se o verdadeiro interesse que motivou as partes a litigar não for identificado e resolvido.

Na área societária, em especial, a mediação permite que as partes resolvam o problema por inteiro, o que significa que depois de encontrada a solução, as partes

tenham condição de continuar a convivência, pois os desentendimentos foram resolvidos definitivamente.

Sob o aspecto econômico, a empresa significa geração de empregos, recolhimento de tributos, progresso em todos os sentidos. Nas empresas esse tipo de solução é muito procurado, porque a sociedade só perdura enquanto houver entendimento entre os sócios, por isso quando ocorre um desentendimento entre os sócios, o melhor é solucioná-lo porque, se não for possível a composição, não restará outra solução senão a dissolução parcial ou total da sociedade.

Na esfera trabalhista, por sua vez, a mediação vem dando outra configuração: a difícil relação entre patrão e empregado. É através do diálogo aberto, na presença do mediador, que as partes irão expor seus problemas de forma clara e sem rodeios, permitindo que o outro lado aja da mesma maneira, possibilitando assim solucionar o problema de forma satisfatória, restabelecendo o convívio entre patrões e empregados.

Na área societária, a mediação tem relevante função no restabelecimento da harmonia social, pois permite que as partes envolvidas resolvam seus conflitos por inteiro, a ponto de permitir a manutenção do quadro social.

Podemos concluir que a conduta adversarial, baseada na litigiosidade, tem o efeito de solapar irreversivelmente o relacionamento entre as partes, enquanto que a conduta cooperativa e não adversarial consegue manter o relacionamento, tratando o conflito como um acontecimento episódico.

4. Mediação na Sociedade Empresarial Entre Cônjuges

Os grandes grupos comerciais brasileiros são formados

por empresas familiares e, no caso de desentendimento entre sócios, ou do ingresso de um estranho devido à sucessão hereditária de um sócio em função da partilha, ou por dissolução da sociedade conjugal, o instituto da mediação é o meio mais indicado para resolver o conflito, pois ele permite a reconciliação duradoura entre as partes.

O mediador contratado para tal mister deverá levar em consideração três aspectos importantes: a família, o negócio e o mercado.

O exame da família é muito importante para a solução do conflito, porque é através desse estudo que se conclui se existe a possibilidade de abrir o diálogo entre eles. Como foi dito, o diálogo é a chave da conciliação, pois é através dele que as partes dissipam as mágoas, trazendo à tona fatos ocorridos há muito tempo que continuam a incomodar o relacionamento. O mediador habilidoso irá buscar esses problemas justamente para possibilitar a reconciliação.

O negócio e o mercado poderão ser tratados de outra forma, uma vez ultrapassado o obstáculo maior, ou seja, a família.

Para tratamento do negócio o mediador deverá despertar o interesse pelo resultado do negócio, fazendo crer que o litígio será altamente desastroso para alcançar o objetivo social. Popularmente considera-se que o "bolso" é o lugar mais vulnerável do homem, sobretudo do comerciante.

Quanto ao mercado, este é consequência dos dois primeiros, pois resolvidas as duas questões, o mediador os fará olhar para o mercado, no sentido de mostrar a importância da empresa no ranking comercial.

Perder posições significa prejuízo, e prejuízo ninguém quer ter, de forma que essa visão é um alento à

manutenção do clima de cordialidade que deve nortear qualquer tipo societário.

5. Mediação Empresarial

É preciso deixar claro que a mediação, principalmente a empresarial, tem lugar tanto na esfera judicial, como extrajudicial, bastando que as partes envolvidas se convençam que o litígio, o conflito e a discórdia, não são solucionados de forma satisfatória quando resolvidos por terceira pessoa unicamente, porque esta pessoa está limitada às provas apresentadas. Por isso, muitas vezes, a solução não agrada nem mesmo aquele que saiu vitorioso.

No campo empresarial, a mediação procura separar as pessoas do problema, enfatizando os interesses e não as posições, criando opções para benefícios mútuos. Isso é possível através da valorização pessoal e do reconhecimento da legitimidade do outro, quando o acordo é encarado como uma possibilidade e não como uma finalidade.

A mediação empresarial tem como objetivo melhorar a qualidade de vida dos sócios, fornecedores, funcionários e das pessoas que, de forma direta ou indireta, dependem e influenciam no bom funcionamento da empresa.

Em contrapartida, o processo judicial é demorado, oneroso e tem caráter público (exceto nos processos que correm em segredo de justiça). No setor empresarial, a falta de sigilo pode acarretar inúmeros prejuízos.

6. Processo De Mediação Empresarial

O processo de mediação empresarial tem como ponto de partida a apresentação das partes (há situações em que a identidade das partes centrais não está

clara, isso ocorre quando envolve falência e muitos credores desejam participar), seus respectivos advogados, se houver, e o mediador.

Cabe ao mediador expor as regras do processo de mediação e o modo pelo qual este se realizará, primeiramente ouvindo em tempo igual cada uma das partes e, após a oitiva desses relatos, formulando perguntas para conhecer toda a complexidade da relação entre as partes.

O mediador deve fazer com que as partes encontrem uma maneira de minimizar o conflito. O primeiro passo é focar no problema, deixando de lado a posição inicial através da mudança de comportamento, com o objetivo de encontrar formas de satisfazer os interesses de cada um.

7. O Acordo Na Mediação

A mediação visa alcançar um acordo duradouro baseado na disponibilidade e no compromisso das partes.

O acordo deve conter as hipóteses do não cumprimento do que foi acordado, com as devidas providências para o infrator.

O acordo feito na mediação pode ser formal, elaborado sob forma jurídica, ou judicializado, homologado por um Juiz.

No âmbito privado, o acordo pode ser feito na forma de um contrato particular, escrito e assinado pelas partes, mas nada impede que se restrinja a um simples compromisso.

Uma vez estabelecido o acordo, o mediador será o responsável por escrevê-lo, revisá-lo com as partes para que não haja dúvidas e levá-lo ao Judiciário para a homologação do acordo, que terá o valor de

uma sentença judicial (título executivo extrajudicial).

No setor empresarial, portanto, como “tempo é dinheiro”, quanto mais rápido for resolvido o impasse, maiores serão as chances de se restabelecer o equilíbrio, salvaguardando assim as relações e o futuro da empresa.

8. Perguntas Frequentes Sobre a Mediação Empresarial

A) Pode-se usar a mediação no conflito de interações humanas nas empresas?

“Sim. A mediação é uma prática que se caracteriza pela intervenção de um terceiro, que observa e respeita a vontade das partes. Esta terceira pessoa precisa ser aceita voluntariamente pelas partes envolvidas.”²

B) Em que situações a mediação pode auxiliar a empresa?

A mediação pode ajudar a empresa a compor vários seguimentos de suas atividades, permitindo o diálogo franco e aberto a respeito de todos os problemas que assolam a classe empresarial, na procura de soluções para os mesmos.

C) Como é possível conciliar os interesses da empresa com seus credores?

A mediação no relacionamento com os credores é na verdade a única maneira de compor as dívidas do empresário, sem o desgaste da disputa judicial, de forma a permitir que eles próprios encontrem uma solução comum, na qual ambos saiam satisfeitos. Nesse tipo de composição, não há vencidos, pois todos são vencedores.

² MIRANDA, Maria Bernadete e MALUF, Clovis Antonio. Curso Teórico e Prático de Mediação, Conciliação e Arbitragem. Editora GZ, Rio de Janeiro, pg. 218.

D) Como aplicar a Mediação no processo de recuperação judicial da empresa?

A mediação está sendo largamente utilizada na recuperação de empresas, porque permite o amplo diálogo que acaba aproximando todos em torno de um único ideal - "salvar a empresa" -, evitando sua quebra. Para tanto, cada um dos credores, depois de dialogar e compreender os motivos do não pagamento ou não cumprimento, acabam tornando-se parceiros, e muitas vezes até amigos, quando então eles se empenham ainda mais para encontrar um ponto de equilíbrio.

E) Quem pode usar a mediação empresarial?

Todos aqueles envolvidos direta ou indiretamente na empresa, quando houver uma situação que fuja da normalidade e que possa alterar o bom andamento necessário para a continuidade do vínculo empresarial.

F) Quem é o mediador?

Mediador é um terceiro neutro e imparcial que auxilia as partes em conflito, um agente transformador que capacita as partes a encontrarem suas próprias soluções nos mais diversos conflitos. Atua também como facilitador, alguém capaz de identificar os interesses em jogo, igualando os níveis de poder e promovendo o encontro entre as partes.

G) No que consiste o trabalho do mediador?

O trabalho do mediador consiste em estimular as partes na busca de soluções criativas que se adéquem aos interesses inicialmente opostos sem que haja atribuição de culpa, visando tão somente à situação atual e o que pode ser feito de agora em diante, para que no futuro se possa colher os frutos de uma união reestruturada e sólida. Cabe ao

mediador restabelecer a comunicação fazendo com que as partes deixem suas posições originais, para que possam encontrar formas de satisfazer seus interesses, onde um acordo possa ser realizado e passível de ser executado.

H) No processo de mediação as partes são adversárias?

No processo de mediação empresarial, as partes não atuam como adversários, e sim, como corresponsáveis pela solução dos conflitos.

I) É necessária a presença do advogado na mediação empresarial?

Na mediação empresarial, a presença dos advogados ou advogado único é de suma importância para que não haja dúvidas no futuro e para que opinem sobre a pertinência legal do que for acordado.

J) Quais as vantagens da mediação empresarial?

As vantagens da mediação no meio empresarial são inúmeras, pois evita a manutenção do conflito, é voluntária, consensual, sigilosa, rápida, informal, econômica e possibilita ganhos mútuos.

Referências Bibliográficas

ALVARES DA SILVA, Antonio. A desjuridicização dos conflitos trabalhistas e o futuro da justiça do trabalho no Brasil. pg. 259.

MIRANDA, Maria Bernadete e **MALUF**, Clovis Antonio. Curso Teórico e Prático de Mediação, Conciliação e Arbitragem. Editora GZ, 1ª ed. Rio de Janeiro. pg. 128.

A Arbitragem e o Acesso à Justiça



Sumário

1. Histórico
 2. Do acesso à justiça
 3. Instituto da arbitragem
 4. Arbitragem no Brasil - Lei 9307/96
 5. A arbitragem e os operadores do direito
- Conclusões

Referências Bibliográficas

Palavras-chave: Conflitos- Justiça – Estado de Direito - Arbitragem – Operador do direito

Marilene Ienne - Advogada; Assistente Social e Mestre em Prática Social e Política Social; Conciliadora e Mediadora; Especialista em Violência Doméstica; Especialista em Direito Penal e Especialista em Métodos Alternativos de Solução de Conflitos Humanos.

Resumo

Inicialmente discorreremos sobre os conflitos entre os interesses individuais, coletivos ou difusos e a forma como a sociedade vem se organizando para adequá-los de maneira pacífica a toda convivência social.

Num segundo momento tratamos do acesso à justiça através do poder judicial ou como valor de equidade político-social e individual e como a sociedade contemporânea tem se empenhado para a concretização da efetividade do acesso à justiça.

Finalmente, como a arbitragem está inserida nesse movimento universal para facilitar o acesso à justiça e como isso tem ocorrido no Brasil depois da Lei 9307/96 e como deve ser a atuação dos operadores do direito dentro dessa nova ordem.

1. Histórico

Conflitos entre os interesses sejam eles, individuais, coletivos ou difusos, e as necessidades de se proporcionar proteção às prerrogativas naturais, nascem com os seres humanos e sempre foram uma constante na vida social, fazendo com que a humanidade continuamente se preocupasse com a criação e o aperfeiçoamento dos meios de pacificação dos conflitos, até atingirmos a etapa referente ao processo judicial, com todas suas garantias constitucionais.

Com o surgimento do Estado Democrático de Direito, a sociedade passa a exigir um modelo de Estado com um caráter mais dinâmico e forte. Ressalta-se que este modelo adota a teoria da tripartição dos poderes, onde desempenhando um papel de interventor e exercendo a função jurisdicional o Estado passa a disciplinar a convivência humana, ordenando a vida em sociedade e, além de disciplinar condutas,

constrói instrumentos capazes de resolver disputas de interesses.

A maioria dos governos começa se preocupar com a eficiência da burocracia administrativa e com a organização do poder estatal. O Estado burocrático cresce consideravelmente, em razão até da necessidade de aumentar e consolidar o poder, e a consequência desse crescimento é o Estado não conseguir atender às finalidades para as quais foi concebido.

Surgem, então, tentativas de criação de um “Estado eficiente” ou de um “Estado mínimo e coordenador”. Concomitantemente a essa mudança na forma de encarar o Estado, surge, no mundo ocidental, o fenômeno da globalização.

Com essas transformações ocorre uma grande revolução tecnológica, cultural e de comportamento, com emergência na superação de novos conflitos, onde o modelo judicial antigo não é o suficiente e nem o mais eficaz.

O fato de termos de um lado às tentativas de se criar um Estado eficiente e de outro um sistema judicial deficiente estimula o surgimento, em todos os setores da atividade humana, de alternativas mais econômicas, ágeis e eficientes. Na esfera jurídica, o esforço positivo, dirigido nesse mesmo rumo, busca a solução extra-foro; não uma justiça alternativa à estatal, mas algo que a torne mais eficiente. Junto com essas alternativas para os juízos ordinários, abrindo caminhos para tratamento de conflitos fora do sistema formal e da jurisdição estatal, surgem novos procedimentos de solução de conflitos, e a um desses procedimentos dá-se o nome de arbitragem.

Vislumbra-se então, nesse novo cenário mundial, que as cortes estatais de justiça não são os únicos

foros para a resolução dos conflitos ou disputas e a busca da satisfação de pretensões resistidas ou insatisfeitas, ficando para a justiça pública o conflito incontornável, quando todas as possibilidades de solução pacífica foram esgotadas.

2. Do acesso à justiça

Refletindo sobre o movimento que o mundo sofreu e ainda sofre para a consolidação do acesso à justiça, constatamos que por muito tempo prevaleceu o enfoque formalístico, em que o direito e o sistema jurídico eram olhados exclusivamente em seu aspecto normativo, negligenciando os componentes reais quais sejam: os sujeitos, as instituições, os processos, enfim, todo o contexto social¹.

Podemos ver o termo “justiça” sobre duas acepções: primeiro como meio típico do poder judicial e segundo como valor de equidade político-social e individual. A diferença entre ambas as formas se aprecia facilmente, pois a primeira se define como objetivo de política pública com criação de mais tribunais para melhorar a eficiência, a segunda conduz a diversificação das formas de resolução de conflitos através de mecanismos alternativos, desjudicializando a administração da justiça.

Há boas razões para se optar pelo segundo enfoque em busca de uma política de justiça que deve ter como objetivo favorecer o cidadão com a possibilidade de proteção de seus próprios direitos, definindo um objetivo que visa o bem-estar social através da facilitação do acesso a um procedimento mais efetivo; proporcionando mais tutela a um menor custo; diversificando as formas de resolução dos conflitos; desjudicializando o sistema; instaurando a cultura do diálogo e abandonando a cultura do

litígio².

O acesso à justiça está amplamente ligado ao binômio possibilidade/viabilidade de acessar o sistema jurídico em igualdade de condições, e à busca de tutela específica para o direito e/ou interesse ameaçado e, por óbvio, com a produção de resultados justos e efetivos³.

Não basta apenas a previsão normativa constitucional e principiológica do acesso à justiça; faz-se mister a existência de mecanismos geradores da efetivação dos direitos subjetivos, cuja realização verifica-se por intermédio de instrumentos que possibilitem a consecução dos objetivos perseguidos pelo autor com rapidez, isto é, dentro de um período de tempo razoável e compatível com a complexidade do litígio, proporcionando ao beneficiário da medida a concreta satisfação do escopo perseguido⁴.

Sendo assim, o empenho para a concretização da efetividade do acesso à justiça se tornou o alvo da sociedade contemporânea.

O Brasil enfrenta problemas de difícil equação dentro da lógica e do respeito ao acesso a justiça. Há um pressuposto notório de que os modelos tradicionais encontram-se significativamente esgotados para uma resposta eficaz ao universo maior e cada vez mais complexo de conflitos sociais. Nesse cenário torna-se mister a criação de políticas públicas de acesso universal à justiça brasileira.

Há uma explícita e clara mudança de paradigma

¹ Sobre o tema ver CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

² Sobre o tema ver ÁLVAREZ, Gladys S. et al. *Mediación y justicia*. Buenos Aires: Delpalma, 1996.

³ MORAIS, José Luiz Bolzan. *Mediação e Arbitragem. Alternativas à Jurisdição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 80

⁴ Sobre o tema ver FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Arbitragem: Jurisdição e execução: análise crítica da lei 9.307 de 23.09.1996*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

no cenário jurídico, especialmente na nobre função de dizer o direito, objetivando sempre atingir-se um conceito de justiça em seu mais alto grau, independente do caminho a ser percorrido, pois sendo pública ou privada a forma utilizada para se chegar a ela, o importante é que seja devolvida ao cidadão, com competência, celeridade e de forma satisfatória, a virtude de se dar a cada um aquilo que é seu.

3. Instituto da arbitragem

Dentro deste contexto, a arbitragem está inserida nesse movimento universal para facilitar o acesso à justiça. Surge como um novo caminho a ser trilhado, facultativamente, pelos jurisdicionados que necessitam resolver seus litígios e passa a ser uma das soluções para a superação dos obstáculos apontados acima.

Ressalta-se que, a arbitragem não só leva em consideração o excesso de causas no sistema, que ocasiona demora na solução dos litígios, como também a insatisfação da sociedade que pode não enxergar a solução oferecida pelo Judiciário como justa.

A arbitragem, então, é vista como uma forma utilizada para promover a solução alternativa dos litígios, e da mesma forma que alguns outros institutos é um meio para estatal de solução de conflitos que são retirados da esfera judicial e entregue a um particular para serem resolvidos.

Nos últimos anos as legislações arbitrais de diversos países vêm sendo alteradas para facilitar o uso desse procedimento, procurando sempre, aperfeiçoar legislações que impossibilitavam ou obstruíam a utilização da arbitragem como uma das formas de se promover à justiça além do aparato Estatal.

No Brasil, tem demonstrado, na prática, serem dos métodos mais eficazes para a solução de conflitos fora do âmbito judicial, já que constitui um meio extrajudicial de dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis (artigo 1º, Lei nº 9.307/96 - Lei da Arbitragem), cujo resultado possui a mesma eficácia de uma decisão judicial.

A base desse instituto é a manifestação da vontade das partes em litígio que, ao conferir a um terceiro a solução da lide, estão, em primeiro lugar, dispondo sobre direitos que a lei considera disponíveis.

4. Arbitragem no Brasil - Lei 9307/96

Portanto, no Brasil, a arbitragem é uma forma de solução de conflitos prevista na Lei 9307/96 que não representa apenas um novo sistema processual, mas uma revolução na nossa cultura jurídica a medida que coloca lado a lado a jurisdição estatal e a privada, à escolha das partes envolvidas no conflito de interesses ou litígio.

Conforme a legislação brasileira vigente, a arbitragem caracteriza-se por ser um procedimento onde os litígios devem envolver necessariamente direitos patrimoniais disponíveis, as partes envolvidas no conflito de interesses, com base no princípio da autonomia da vontade, escolhem o árbitros, que decidem a controvérsia com base num contrato firmado entre elas para solucionar a controvérsia, têm o controle de todo o andamento do caso, cujo procedimento é rápido, o prazo máximo para obtenção da solução do caso, com a prolação da sentença final, é de 6 (seis) meses, contados a partir da sua instituição salvo se as partes e os árbitros prorrogarem o mesmo ou fixarem outro prazo e os atos relacionados são essencialmente sigilosos, não estando sujeitos a qualquer publicidade.

De forma genérica, o instituto da Arbitragem pode ser entendido como uma forma de resolução de conflitos de interesses onde, baseados na liberdade de contratar e no primado da solução pacífica dos conflitos de interesses privados, as partes de uma relação jurídica que envolva controvérsia sobre direitos patrimoniais disponíveis, poderão escolher um terceiro para resolver o conflito.

Trata-se, portanto, de um instituto constituído por um ato de vontade dos contratantes, os quais objetivam atribuir efeitos jurisdicionais ao pacto efetuado.

A Lei 9307/96 Instituiu uma nova estrutura para o juízo arbitral: fortaleceu a cláusula compromissória estabeleceu que o laudo arbitral (que a nova lei, denomina de sentença arbitral) passa a ter a mesma eficácia da sentença estatal e facilitou a homologação de laudos arbitrais estrangeiros.

Prevê a lei em questão que qualquer controvérsia, conflito ou desentendimento que diga respeito a direitos que as partes possam livremente dispor, pode ser resolvida por arbitragem. Está fora do âmbito de aplicação da arbitragem questões sobre as quais as partes não podem efetuar transações, isto é, não podem dispor como quiserem, enfim, todas as questões que estão fora da livre disposição das pessoas e que só podem ser resolvidas pelo Judiciário.

Podemos dizer que essa lei exclui como objeto do juízo arbitral as relações que não dizem respeito ao Direito Privado, não podendo o árbitro decidir sobre questões de ordem pública como os direitos da personalidade, os direitos de poder e de estado; as questões de família, falência, de incapazes e outras que, acima de tudo, ainda exigem a participação obrigatória do Ministério Público, e as questões que se submetem a procedimentos de jurisdição

voluntária, dada a natureza pública que existe em todos esses procedimentos.

De fato, apenas as matérias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis poderão ser objeto da arbitragem, razão pela qual tal instituto vem sendo muito utilizado em matéria contratual, principalmente no que tange aos contratos internacionais.

Importantes inovações preconizadas pela Lei 9.307/96. Trata-se de diploma legislativo moderno, que tende a favorecer a arbitragem no Brasil. É preciso, porém, paciência e boa vontade para que o instituto se desenvolva, sendo primordial que os operadores do direito entendam que a arbitragem pressupõe atitude diferente daquela adotada, de regra, no processo estatal.

5. A arbitragem e os operadores do direito

A ordem mundial está em franca ebulição e é imperioso acompanhar a tendência desse processo evolutivo, pois que tais transformações nos impõem também novas exigências e o novo mercado tende a ser cruel e seletivo, deixando de lado aqueles que, apesar dos reclames da modernidade, insistem em manter um espírito de indiferença, acomodação e indolência, sentimentos execráveis na concepção dos novos tempos. O certo é que os fatos e as relações sociais mudam e devem ser revistos, não como uma imposição maléfica, mas como novas e promissoras oportunidades, adaptando-nos a padrões até então desconhecidos e que podem nos surpreender se bem explorados.

Assim, os advogados, como possuem o primeiro contato com as partes, são de fundamental importância, pois no momento da orientação jurídica, deverão, ao nosso entender, fazê-la demonstrando a escolha do melhor meio, sempre em busca da

solução mais satisfatória oferecendo mais atenção aos efetivos interesses e necessidades dos seus clientes, enfim, utilizando como uma das alternativas os meios alternativos de solução de conflitos para o real acesso à justiça do jurisdicionado.

O que deve ser levado em consideração é o papel do operador do direito que se torna complexo, pois não pode mais se preocupar apenas com as formas e procedimentos, mas também com os custos a suportar, o tempo necessário, as dificuldades a superar e os benefícios a obter.

Cabe ao operador de direito incrementar a participação da comunidade nos processos de resolução de conflitos; facilitar o acesso à justiça; e fornecer a sociedade uma forma mais efetiva de resolução de conflitos.

Conclusões

Nestes anos de aplicação da lei de arbitragem conhecemos o seu valor e a sua funcionalidade prática em nosso país. Os estudos sobre o assunto continuam em franco desenvolvimento e, paralelamente, a experiência nos mostra que a arbitragem vem sendo inserida na cultura jurídica nacional, mesmo com o pouco conhecimento de grande parte da população sobre as práticas alternativas, havendo, também, melhora na sua eficácia na solução dos impasses.

A ideia é de disseminação da arbitragem, atingindo um maior universo de pessoas e proporcionando agilidade e economia na resolução dos conflitos, principalmente, comerciais, ocasionando assim, expansão dos negócios em face à segurança e os resultados positivos proporcionados para as partes, ganhando elas mesmas, a sociedade e o estado.

A arbitragem como um (MASC) Método Alternativo de Solução de Conflito passa, então, a representar

uma importante contribuição para as metas atuais da economia nacional, pois em tempos de busca constante de celeridade e baixo custo representa importante iniciativa de economia para os empresários brasileiros.

A verdade é que as exigências do mundo contemporâneo justificam a busca incessantemente de mecanismos diversificados e hábeis à solução dos conflitos fora do sistema judicial tradicional a fim de melhor adequar a ação de direito material e de direito processual.

A arbitragem, como alternativa para os juízos ordinários, passa, então, a abrir caminhos para tratamento de conflitos fora do sistema formal e da jurisdição estatal, cuja utilização deve ser incentivada e incrementada, permitindo que as próprias partes se componham, nesta forma privada de justiça.

Administrar, cada um a seu modo, o propósito do resgate da dignidade ao jurisdicionado, tanto o poder público como, o poder privado, legalmente constituído, através do juízo arbitral, devem priorizar o objetivo comum a que tem por proposta, mantendo-se conscientes sempre de que não há qualquer rivalidade ou concorrência no trabalho que cada um tem desenvolvido na busca da justiça, pois que esta não aceita adjetivos, ela é una, diferenciando-se apenas a maneira como será atingida, seja através do juiz ou do árbitro.

O que porem diferenciara os novos institutos é a total mudança de procedimento que as regerá, pois enquanto na via estatal o embate jurídico e o tão conhecido excesso de formalismo, na arbitragem priorizar-se-á a prática determinante de procedimentos que terão, além da fundamental celeridade, o aspecto da união de esforços, tanto pelas partes quanto por seus defensores, na busca de uma solução extremamente mais harmônica, conscientes de que a valorização do

diálogo deve ser a tônica que, ao seu final, certamente trarão benefícios mútuos, tanto na supressão de gastos desnecessários quando da submissão a um procedimento judicial mantendo assim, na maioria das vezes um mínimo desgaste possível na relação entre os litigantes ou ainda harmonizando uma relação interpessoal que já existia conflituosa.

É válido destacar que a arbitragem não objetiva substituir a jurisdição estatal ou concorrer com ela. Entendemos que a consagração da arbitragem não contraria a regra – essencial aos Estados Democráticos de Direito – de monopólio estatal da jurisdição. Este monopólio continua existindo, mesmo com a aprovação da lei de arbitragem. É de se afirmar, porém, que se o estado tem o monopólio da jurisdição, não tem o monopólio da realização da justiça. Esta pode ser alcançada por vários meios, sendo a jurisdição apenas um deles.

Referências Bibliográficas

ÁLVAREZ, Gladys S. et al. *Mediación y justicia*. Buenos Aires: Delpalma, 1996.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BARROS, Marco Antônio de. *Jurisdição e Juízo Arbitral*. RT 738/56.

BOBBIO, Norberto. *Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOSCH, J. M. *Los Principios Processales en el Arbitraje*, Barcelona, 2000.

BUZOID, Alfredo. Do juízo arbitral, RT 271/07.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei 9.307/96*, São Paulo: Atlas, 2006.

_____. *A Arbitragem no Processo Civil*, São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. e Pedro A. Batista Martins, Selma M. Ferreira Lemes. *Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem*, Forense, Rio de Janeiro, 1999,

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. *Arbitragem: Alguns aspectos do Processo e do Procedimento na Lei nº 9.307/96*. São Paulo: LED - Editora de Direito. 2000.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 4 ed., 2005.

CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. *Aspectos processuais da nova lei de arbitragem*. Revista Forense, 339/128

CASELLA, Paulo Borba (coordenador), et. al. *Arbitragem - a nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional*. São Paulo: LTr. 1997.

CANOTILHO, J.J. GOMES, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

_____. *Os métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Quadro do Movimento Universal de Acesso à Justiça*. Revista de Processo, RT-SP, nº 74, ano 19, abril-junho/94, p. 82/97.

_____. *Problemas de reforma do Processo Civil nas sociedades contemporâneas*. Revista de Processo, RT-SP, nº 65, ano 17, janeiro-março/92, p. 127/143.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Arbitragem: Jurisdição e execução: análise crítica da lei 9.307 de 23.09.1996*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Manual da Arbitragem*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

FIÚZA, Cezar. *Teoria Geral da Arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey. 1995.

FURTADO, Paulo. *Juízo Arbitral*, 2ª.ed. Salvador:

Nova Alvorada Edições Ltda. 1995.

FRÓES, Carlos Henrique de Carvalho. *A arbitragem no Brasil de acordo com a Lei nº 9.307/96*. IN: GARCEZ, José Maria Rossani (coordenador), et. al. *A Arbitragem na era da Globalização - Coletânea de artigos de autores brasileiros e estrangeiros*. Rio de Janeiro: Forense. 1997.

GARCEZ, José Maria Rossani. *Arbitragem Nacional e Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey. 2007

GOULENE, Alain, RACINE, Jean Baptiste. *As flutuações processuais da arbitragem*. IN: CASELLA, Paulo Borba (coordenador), et. al. *Arbitragem - a nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional*. São Paulo: LTr. 1997.

KROETZ, Tarcísio Araújo. *Arbitragem: Conceito e pressupostos de validade, de acordo com a Lei 9.307/96*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LEMES, Selma Ferreira M. *Arbitragem. Princípios jurídicos fundamentais. Direito brasileiro e comparado*. RT 686/73.

_____. *Oito Anos da Lei de Arbitragem*. IN: AZEVEDO, André Gomma (org.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação vol.3*. Brasília : Ed. Grupos de Pesquisa, 2004.

_____. *Primeiro Encontro Brasileiro De Mediação E Arbitragem - Pontifícia Universidade Católica De São Paulo - Faculdade De Direito-Arbitragem – Realidades no Brasil* - São Paulo, 26 de março de 2001

LEONARD L. Riskin e James E. Westbrook. *Dispute Resolution and lawyers*, Abridged edition, Second edition, Westgroup, St Paul, Minn; 1998.

LIMA, Cláudio Vianna de. *A Arbitragem no tempo. O tempo na Arbitragem*. IN: GARCEZ, José Maria Rossani (coordenador), et. al. *A Arbitragem na era da Globalização - Coletânea de artigos de autores brasileiros e estrangeiros*. Rio de Janeiro: Forense. 1997.

MARTINS, Pedro A. Batista. *Arbitragem através dos tempos. Obstáculos e preconceitos à sua*

implementação no Brasil. IN: GARCEZ, José Maria Rossani (coordenador), et. al. *A Arbitragem na era da Globalização - Coletânea de artigos de autores brasileiros e estrangeiros*. Rio de Janeiro: Forense. 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme. *O acesso a justiça e os institutos fundamentais do direito processual*, São Paulo: Revista dos Tribunais. 1993.

MEDINA, Eduardo Borges de Mattos. *Meios Alternativos de Solução de Conflitos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2000. Tomo II e IV.

MORAIS, José Luiz Bolzan. *Mediação e Arbitragem. Alternativas à Jurisdição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

MUNIZ, Tânia Lobo. *Arbitragem no Brasil e a Lei 9.307/96*, Curitiba: Jurua, 2000.

NETO, Francisco dos Santos Amaral. *A autonomia privada como Princípio Fundamental da Ordem Jurídica – Perspectivas Estrutural e Funcional*, REV. Inf. Legisl. (1989)

PARIZATTO, João Roberto. *Arbitragem, Comentários à Lei 9.307/96, de 23-9-96*. São Paulo: LED - Editora de Direito. 1997.

REINALDO FILHO, Demócrito Ramos. *Aspectos do Instituto da Arbitragem*. RT 743/64.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2003.

SANT'ANNA, Valéria Maria. *Arbitragem: Comentários à Lei nº 9.307/96 de 23-9-96* São Paulo: Edipro. 1997.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Manual de Arbitragem*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1998.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2003.

TEIXERA, Sálvio de Figueiredo. *A Arbitragem no Sistema Jurídico Brasileiro*. RT 735/39.

O Advogado na Conciliação e na Mediação

Sumário

Introdução



1. Momento Atual Brasileiro – Conciliação - Mediação
 2. Eslarecimentos do Advogado ao Cliente Quanto...
 - 2.1. Ao procedimento da Mediação
 - 2.2. Ao papel do advogado
 - 2.3. Ao papel do conciliador e do mediador
 - 2.4. Ao papel e à postura do cliente
 3. O Advogado na Conciliação e na Mediação
 4. O Advogado na Finalização
 5. Como o Advogado Pode Ajudar a Definir os Limites do Acordo
- Conclusão

Referências Bibliográficas

Palavras-chave: Mediação, Advogado, Acordo, Linguagem, Postura, Conflito.

Regina A.S.F. Ribeiro - Advogada; Mediadora/Conciliadora em Primeira e Segunda Instâncias do Tribunal de Justiça de São Paulo; Pós Graduada em Métodos Alternativos de Solução de Conflitos; Membro do FONAME; Professora em Cursos de Graduação e Pós Graduação em Comunicação, Conciliação, Mediação e Arbitragem; Monitora de Cursos de Capacitação de Conciliadores e Mediadores: ESA SP, IASP SP.

Resumo

Em dezembro de 2010 entrou em vigor a Resolução 125 do CNJ – Conselho Nacional de Justiça, assinada pelo Ministro Cezar Peluso.

Tal inovação política de importante envergadura para a Pacificação Social, instaurou a Política Nacional de Conciliação e Mediação. Trata-se de uma alternativa mais célere e eficiente ao modelo vigente de ações que privilegiam a solução adjudicada dos conflitos.

Sendo assim, o momento atual é de se valorizar o advogado que tiver a capacidade de criar mecanismos que levem à solução de conflitos de forma mais econômica, rápida, prática, atendendo principalmente aos reais interesses de seu cliente, sempre com o objetivo da tão almejada pacificação social.

Tendo em vista que a conciliação e a mediação no Brasil tem alcançado bons e efetivos resultados e que há carência de material que auxilie o advogado, na prática das mesmas, a representar seu cliente com conhecimento da matéria, competência e eficiência, com menor custo, risco e melhores resultados, resolvemos dedicar este trabalho a esse profissional, tentando sugerir elementos da maneira como atuar em uma conciliação e em uma mediação, de forma mais eficaz.

Introdução

É muito importante que os advogados, em especial, tenham habilidades necessárias para atuar neste novo sistema.

É mister a importância da atuação do advogado nessa nova seara. Não se trata de adequação de postura mas sim de uma nova postura adequada à atuação .

Isso não quer dizer que o advogado deixará de Ser advogado na sua essência, muito pelo contrário, ele se capacitará em técnicas de comunicação e negociação – conciliatórias e mediatórias voltadas para um exercício da cooperação objetivando a pacificação. Poderá atuar nos casos admissíveis e cabíveis aos procedimentos específicos desses MASC'S (Meios Alternativos de Solução de Conflitos), auxiliando seus clientes na obtenção de resultados muito mais céleres, eficazes e reconhecidos pelo nosso sistema judicial .

Esperamos que o advogado perceba que existem conduta e postura próprias, que devem ser demandadas com os objetivos da conciliação e da mediação, de forma a otimizar os resultados no processo autocompositivo e conseqüente satisfação de seu cliente e dos outros envolvidos nestes modos de resolução de conflitos.

Em síntese, esperamos que este trabalho possa ser, de alguma forma útil aos cidadãos, em especial aos advogados e aos profissionais que atuam ou pretendem atuar na conciliação e na mediação.

1. Momento Atual Brasileiro – Conciliação - Mediação

A sociedade brasileira está acostumada a litigar. Basta ocorrer um conflito maior que as pessoas já correm

ao judiciário para procurar seus direitos. O cidadão não está acostumado a dialogar, não tem a cultura do diálogo, da cooperação. Isso precisa mudar! Essa mudança deve iniciar nos bancos escolares, desde a tenra idade até as cadeiras universitárias e, em especial, nas cadeiras das universidades de direito que ensinarão essa nova cultura de pacificação, diálogo e compreensão mútuas.

Ainda para piorar a situação, a lógica do nosso sistema judiciário admite uma infinidade de recursos, o que onera as despesas do Estado. Existe um amplo terreno de responsabilidades, como as do Estado como parte, dos Poderes Legislativo (ex: lei processual civil e penal com sua quantidade enorme de recursos) e Executivo (ex: liberação de verbas), dos advogados (ex: maior uso da advocacia preventiva), etc. Para que tudo isso melhore, é necessário um esforço conjunto de todos — uma conscientização maciça da sociedade! Uma revolução cultural!

Na conciliação aborda-se uma forma de resolução de conflitos na qual os interessados, de comum acordo, procuram um terceiro neutro, capacitado para intermediar seu diálogo através de uma comunicação cooperativa, com o objetivo final de se chegar a uma solução que atenda aos interesses mútuos.

A mediação procura valorizar os laços fundamentais de relacionamento, o incentivo e o respeito à vontade dos interessados, ressaltando os pontos positivos de cada um dos envolvidos na solução do conflito, para ao final extrair, como consequência natural do processo, os verdadeiros interesses em jogo. Tudo isso é alcançado com o auxílio de um terceiro — mediador — que, se utilizando desses conhecimentos cientificamente desenvolvidos, conduz as pessoas, por meio de indagações criativas, a achar a solução ou as soluções ideais para o conflito (modelo consensual). Na mediação, busca-se o conhecimento global da

causa, a resolução integral do conflito, preservando o relacionamento entre os litigantes.

As técnicas de comunicação e de negociação (em especial o Modelo de Harvard) adotadas na conciliação e na mediação, buscam a solução pacífica para as controvérsias e podem ser aplicadas dentro ou fora do Poder Judiciário.

O modelo tradicional, em uma parcela dos casos, não resolve a lide sociológica, mas apenas a lide processual. Não basta resolver a lide processual — aquilo que foi trazido pelas partes no processo —, se o verdadeiro interesse que motivou as partes a litigar não for identificado e resolvido.

Só as técnicas de um modelo consensual como as da mediação possibilitam a investigação dos verdadeiros interesses e conduzem à identificação diferenciada do “conflito processado” e do “conflito real”.

2. Esclarecimentos do Advogado ao Cliente Quanto...

2.1. Ao procedimento da Mediação

Ao conversar com o cliente, o advogado deve descrever o procedimento da conciliação ou da mediação e os papéis de todos minuciosamente (conciliandos ou mediandos, conciliador ou mediador e advogados), de forma que incentive a levantar questões se ele não entender algo. Isso também se aplica a quaisquer pessoas que venham a acompanhá-lo.

O cliente deve saber que a conciliação (ou a mediação) não é um julgamento e que seu objetivo é permitir que as partes cheguem a um acordo voluntário — uma decisão conjunta — sobre como o conflito possa ser resolvido, que se trata de um procedimento sigiloso, confidencial e que a qualquer momento uma das partes pode solicitar sua interrupção, pois o mesmo

não é obrigatório.

Importa também explicar que na conciliação e na mediação o ambiente é informal, que o conciliador/mediador não é juiz e que será incentivado o diálogo respeitoso entre as partes.

É aconselhável que o advogado deixe bem claro ao seu cliente que sua atitude empática com os demais será adotada em prol de uma solução para ambos.

O advogado deve ainda esclarecer que nessa atmosfera todos estão “no mesmo barco” e que possuem uma ou várias dificuldades em comum.

Ainda deve esclarecer que poderão ocorrer momentos de suspensão da conciliação ou da mediação para que os advogados conversem em particular com seus clientes, ou a pedido do conciliador ou do mediador se este achar necessário e que poderá surgir a necessidade de conversarem sem a presença do conciliador ou do mediador ou de que este venha a se reunir com os advogados sem a presença das partes.

Enfim, deve o advogado esclarecer e tirar as dúvidas do cliente e seus acompanhantes (se houver).

2.2. Ao papel do advogado

O advogado deve informar ao cliente que seu papel na conciliação ou na mediação é diferente daquele já conhecido quando o conflito se encontra em um contexto judicial-adversarial. Que seu objetivo é o mesmo daquele contexto, ou seja, obter o melhor resultado possível para seu cliente, pois estará defendendo seus direitos, anseios, em busca de sua eficácia e concretização. A forma e os meios de que se servirá para chegar a eles é que serão diferentes.

Partindo do pressuposto de que o advogado esteja

inserido numa mediação facilitadora, deve explicar sobre a atmosfera cooperativa que deve permanecer, procurando-se uma solução conjunta dos problemas, na qual se espera que se revelem pontos fracos e fortes do caso. Que falará e ouvirá muito, inclusive sugerindo opções criativas para a resolução do problema. Que será cordial.

Deve também explicar que a lei aplicável ao caso não será discutida em pormenores e que auxiliará e aconselhará o cliente, mas que a este cabe a decisão final, devendo ele sempre se lembrar da flexibilidade enquanto estiver no procedimento .

2.3. Ao papel do conciliador e do mediador

O advogado deve descrever o conciliador ou mediador como pessoa, explicando suas qualificações, experiência prática e estilo. Esclarecendo ainda que faz parte de suas atribuições agir com imparcialidade, sendo um facilitador do processo para a comunicação e tomada conjunta de decisões dos interessados na conciliação ou na mediação.

Deve também explicar que o conciliador ou o mediador ajuda os interessados a definirem suas questões, seus interesses e necessidades, a explorar alternativas criativas para alcançar soluções satisfatórias a todos.

Em suma, é papel do conciliador / mediador facilitar o diálogo, criar canais de comunicação, traduzir e transmitir informações, reformular, diferenciar as posições dos interesses, criar opções e agenciar a realidade.

Portanto, deve o advogado ainda esclarecer que o conciliador / mediador colocará ordem no ambiente, caso seja necessário e imporá comportamentos respeitosos. Entretanto, coordenando os diálogos, esclarecendo o que for preciso, aumentando os

recursos disponíveis, orientando a comunicação verbal e não-verbal dos participantes do procedimento, servindo até mesmo de “bode expiatório” para eventuais frustrações das partes e protegendo a integridade do processo da mediação (vide John W. Cooley – A Advocacia na Mediação – Editora UNB) .

É importante sistematizar o caráter de sigilo a que ele está obrigado.

Quando fizer tais esclarecimentos, o advogado deixará bem claro que o cliente deve colocar para o conciliador / mediador a situação real e os seus interesses, de forma que possam conjuntamente colocar na mesa um “toró de ideias” para que com a criatividade de todos possa-se chegar a alternativas para a resolução do conflito.

2.4 Ao papel e à postura do cliente

O advogado deve esclarecer a seu cliente qual seu papel na conciliação / mediação, tendo em vista seu perfil. Em outras palavras, deve o advogado limitar ou não sua atuação.

Se o cliente for confuso, autoritário, impaciente, inseguro, carente de informações e tiver pouca credibilidade, ou se for tímido e manso; se o caso for complexo e ele não puder entender satisfatoriamente, deverá ter uma participação verbal pequena. Se falar muito, poderá dar a impressão de ser incompetente ou desmerecedor de confiança, podendo até mesmo prejudicar-se ao fazer uma afirmação contrária em virtude da sua incompreensão.

Caso o cliente seja instável emocionalmente, o advogado deve colocar suas intenções e interesses de uma maneira cooperativa, encarregando-se da maior parte da fala verbal, tendo o cuidado de ser

fiel ao máximo ao explanado anteriormente a ele por seu cliente.

Deve também esclarecer ao cliente sobre sua linguagem verbal e não-verbal

Se o cliente tiver atuação verbal ativa, o advogado deve discutir com ele a extensão da sua participação na conciliação / mediação.

O advogado deve ainda informar ao cliente a importância de seu posicionamento na sala em que for ocorrer a reunião de conciliação / mediação, isto é, no momento em que o cliente for falar, que ele fique sentado à frente do conciliador / mediador. Por quê? O contato visual com o conciliador / mediador ajudará a tornar sua mensagem mais persuasiva.

Embora os conciliadores e mediadores tenham o dever de permanecer neutros e imparciais com relação às partes, eles são seres humanos cujas percepções e ações podem ter um grande impacto sobre a solução final da controvérsia. Ao manter contato visual com o conciliador / mediador, o cliente pode começar a construir confiança e a estabelecer uma relação com o conciliador / mediador, transmitindo desejo e motivação no sentido de alcançar um objetivo comum. Isso cria uma atmosfera de trabalho em equipe, e tem também o efeito de reforçar positivamente os esforços de ambas as partes no sentido de resolver os problemas. Se o cliente sentar-se à frente do conciliador / mediador, existirá a oportunidade de seu advogado poder examinar a linguagem corporal da outra parte e respectivo advogado enquanto seu cliente estiver falando.

Também deve esclarecer que o cliente deve adotar uma linguagem simples, sem palavras técnicas ou vocabulário específico, de difícil entendimento para os demais participantes da conciliação / mediação.

Isso pode trazer uma idéia de presunção, arrogância e atitude antipática, como também pode distrair a atenção e levar a interpretações incorretas, o que fatalmente acarretará resultados não-desejáveis.

Discutir, bater boca, ser sarcástico ou gozador, irônico ou indiferente, desrespeitoso, alienado são atitudes que o advogado deve deixar bem claro que são inadmissíveis na conciliação / mediação.

É importante que também fique claro para o cliente que ele deve ouvir atentamente e não interromper o outro que esteja falando. No início da conciliação / mediação, os conciliadores / mediadores anunciam essa regra básica que exige que todos os participantes se abstenham de se interromper uns aos outros. Em geral, é pedido que não haja interrupção e que os demais aguardem o término da fala do orador para se posicionarem.

3. O Advogado na Conciliação e na Mediação

Na abertura do procedimento da conciliação ou da mediação, o advogado pode se apresentar, apresentar seu cliente, e fazer algumas breves observações introdutórias para assegurar ao conciliador ou ao mediador e à outra parte da conciliação ou mediação, seu objetivo de boa-fé.

Nesta introdução, o advogado também pode querer fornecer ao conciliador / mediador quaisquer informações históricas pertinentes que acredita serem necessárias para colocar a história de seu cliente dentro de um contexto.

Pode também permitir que seu cliente conte a história. Enquanto o cliente estiver contando a história, o advogado deve ouvir atentamente e tomar nota (sem exagero) de fatos importantes que ele tenha inadvertidamente omitido. Após, poderá querer

acrescentar quaisquer observações de conclusão, devendo perguntar ao conciliador / mediador se ele tem perguntas a fazer.

As chances de obter um bom resultado para o cliente aumentarão se o advogado for proativo, negociar em nome do mesmo, se for o caso, mas de maneira colaborativa e afirmativa. Usará, para tanto, técnicas de negociação, sabendo identificá-las quando usadas pelos outros participantes do procedimento em prol de uma solução justa que atenda aos interesses inclusive de seu cliente.

Ao falar na sessão de conciliação / mediação, o advogado e seu cliente devem ter em mente algumas técnicas de apresentação:

— **Conhecimento:** o advogado e seu cliente devem pautar suas falas de modo que reflitam seus conhecimentos das necessidades e interesses da outra parte e das suas prioridades. É muito ruim desconhecer as prioridades da outra parte nesse procedimento.

— **Linguagem:** a mensagem deve ser declarada em linguagem simples. Ocorrendo o contrário, se estará forçando o mediador e a outra parte a interpretar e deduzirem o que foi dito em suas próprias visões, o que pode prejudicar o diálogo e quiçá a relação. O advogado deve evitar a linguagem jurídica pelas mesmas razões.

— **Postura:** deve ser afável, proativa, com bons modos, demonstrando boa intenção, com movimentação do corpo que demonstre tranquilidade e segurança.

— **Voz:** o tom, a velocidade e o volume da voz ajudam a criar um ambiente no qual as pessoas se sintam mais à vontade e conseqüentemente fiquem mais abertas à mensagem. O desejo de criar uma

atmosfera na qual as pessoas se sintam mais à vontade naturalmente aumentará a credibilidade.

— **Otimismo:** se o advogado falar com otimismo, sua mensagem será mais simpática aos ouvintes e será recebida com maior entusiasmo, muitas vezes. Ele tem a tendência de levar as partes à uma busca conjunta para a solução do problema.

O advogado ainda pode identificar o estilo de ouvir de uma pessoa e construir sua mensagem verbal de modo que esta seja compatível com aquele.

Como já foi dito anteriormente, o conteúdo da mensagem não-verbal pode aumentar, distorcer ou destruir o conteúdo de uma mensagem que se pretende transmitir. Portanto, é importante alguns lembretes:

— **Expressões faciais:** o rosto tem o potencial para comunicar grandes quantidades de informações não-verbais, e é importante que se tenha em mente esse fato durante a mediação, porque foi provado que, quando estão se comunicando verbalmente, as pessoas tendem a prestar mais atenção ao rosto do que a qualquer outro canal de comunicação. O rosto demonstra os estados emocionais das pessoas.

— **Expressões corporais:** o corpo fala. O advogado deve se policiar e conversar com seu cliente sobre que tipos de comportamentos deve evitar, como por exemplo bocejar, olhar para o teto enquanto o outro fala, cruzar os braços o tempo todo, cobrir a boca enquanto fala, ficar torcendo as mãos ou se remexendo o tempo todo na cadeira, comer unhas, bater com os punhos na mesa, etc.

O advogado deve ser criativo e abordar o problema de inúmeras maneiras, porque só assim surgirão novas alternativas para eventuais soluções.

Depois de definir o problema e o processo para

solucioná-lo, o próximo passo é conceber a solução.

O objetivo agora é que o advogado use essas e outras informações conhecidas sobre as partes para desenvolver uma solução ideal e mutuamente aceitável.

4. O Advogado na Finalização

Se a conciliação / mediação for bem-sucedida, é necessário redigir um acordo. Se a conciliação / mediação não chega a bom termo, as discussões sobre a disputa podem continuar, as partes podem chegar a uma solução e podem reduzir os termos dessa solução a um texto escrito. Se por alguma razão o acordo para o acerto final for rompido em algum momento posterior, as partes provavelmente recorrerão à negociação para solucionar os problemas.

Depois de uma conciliação / mediação bem sucedida, os advogados tendem a colaborar com mais facilidade na tentativa de assegurar que sejam satisfeitos os interesses de todas as partes.

Se a conciliação / mediação não resolver a disputa, o advogado terá outras alternativas.

O advogado ainda pode concentrar-se no processo para reconhecer a legitimidade dos sentimentos, melhorar o entendimento e, se possível, despersonalizar a situação; criar o ambiente para um novo começo e trabalhar em conjunto na criação de novas propostas que atendam aos interessados.

Uma vez que as partes cheguem a uma ação, o próximo passo é colocá-la por escrito.

Na hora de se elaborar o texto do acordo, não se pode esquecer que nele devem constar basicamente a qualificação das partes, a descrição do caso, um resumo e a finalidade do acordo, os direitos, condições

e formas de pagamentos, leis que regerão os contratos e eventuais penalidades pelo seu descumprimento.

Assim, como qualquer outro contrato, o acordo não será cumprido se estiver faltando qualquer elemento básico.

5. Como o Advogado Pode Ajudar a Definir os Limites do Acordo

A necessidade da presença de pessoas com poderes para resolver problemas e decidir questões nos procedimentos da conciliação e da mediação deve ser muito bem esclarecida pelo advogado ao seu cliente, que deve ser conscientizado sobre a possibilidade de não se alcançar um acordo, tendo em vista o não-comparecimento ou o comparecimento de pessoas que não detêm o poder de decisão.

É preciso ter muito cuidado quando se tratar de conflito empresarial, pois na maioria das conciliações e/ou mediações o que ocorre é a presença de prepostos ou representantes que só comparecem à reunião para ouvir e captar informações. São pessoas que não têm poder de decisão e costumam adotar esse tipo de comportamento somente para protelar a conciliação e/ou mediação, levando as informações para aqueles que efetivamente detêm o poder de decisão.

Geralmente a atitude de protelação do procedimento gera insatisfação nos demais participantes, chegando muitas vezes a deixá-los desconfiados, pois se sentem afetados e desconsiderados com este tipo de comportamento.

Invariavelmente nesses casos, fica um sentimento de indignação, o que não é nada bom e pode afetar a continuação do procedimento e, mais, o alcance de uma resolução satisfatória a todos os interessados.

O advogado também pode ficar numa situação

embaraçosa se chegar a uma solução e só então descobrir que não tinha poderes para decisão, daí a importância da conversa prévia com o cliente.

Muitos advogados preferem delinear por escrito os limites de seus poderes para negociar, pois podem ocorrer situações em que estejam prestes a fazer um acordo e só então ter conhecimento de que não possuíam poderes para firmá-lo. Isso é muito constrangedor!

Em muitos casos, em se tratando de conciliações em que uma das partes são agentes financeiros ou Bancos, Planos de Saúde, Condomínios, etc., a presença de quem realmente tem o poder de decidir é rara. Advogados de escritórios terceirizados comparecem à reunião sem ter como decidir ou com uma margem de decisão padronizada e inadequada ao caso.

O que o advogado deve fazer (se o conciliador não tomar essa providência)?

Na prática, o que geralmente funciona é ter anteriormente entrado em contato com esses escritórios, tentando conversar com quem está mais próximo do poder de decisão. Caso isso não seja possível, na hora da reunião da conciliação e/ou mediação, o advogado pode pedir para que o colega telefone para quem tem o poder de decisão, para tentar resolver o caso naquele momento. Se ainda assim não for possível, deve pedir a suspensão do procedimento e remarcar a reunião para outro dia, dando continuidade ao procedimento.

Conclusão

Como visto, o processo ou procedimento da conciliação e da mediação tem características próprias e, por isso, exige postura profissional diferenciada perante o caso.

Assim, esperamos que este trabalho tenha instigado a necessidade de uma postura direcionada a criar as melhores soluções para a composição da contenda, usando, para isso, a criatividade e a experiência profissional, em especial, do advogado.

É importante frisar que, apesar do procedimento da conciliação/mediação proporcionar maior cooperatividade entre os participantes, não significa que se deva adotar uma postura passiva perante a outra parte. O que tem que ser levado em conta são as circunstâncias que caracterizam o conflito, no sentido de que sejam propostas soluções plausíveis.

Aqui cabe avaliar a atuação do advogado ao verificar, após a conciliação ou a mediação, se explorou as possibilidades de ganho mútuo, conseguiu identificar os reais (subjacentes) interesses do seu cliente e da parte contrária e os traduziu em propostas e opções de eventuais soluções. Se ele utilizou critérios objetivos na análise do problema e se foi abandonada a postura belicosa e adversarial.

Sendo tudo isso atendido, conclui-se que o advogado conseguiu adicionar à sua atuação na conciliação ou na mediação maior eficácia e qualidade na construção da solução do litígio, de maneira que provavelmente conseguiu proporcionar maior satisfação ao seu cliente, o que atendeu ao objetivo proposto neste trabalho.

Entendemos que bons advogados são importantes ao procedimento da conciliação e no procedimento da mediação, na medida em que apresentam propostas criativas e muitas vezes não percebidas pelos seus clientes e, para tanto, precisam estar preparados, como tentou se demonstrar nesta síntese.

Continuarão atuando junto ao Poder Judiciário, que é a base da democracia e a garantia da independência

do cidadão, e também atuarão em situações que possibilitem o uso de soluções mais rápidas para as controvérsias, sejam elas vindas do poder judiciário ou não. O Poder Judiciário continuará sendo provocado sempre que houver a necessidade de sua importante e imprescindível atuação.

Finalizo com as sábias palavras:

“ É melhor arriscar coisas grandiosas, alcançar triunfos e glórias, mesmo expondo-se à derrota, do que formar fila com os pobres de espírito, que nem amam muito nem sofrem muito, porque vivem nessa penumbra cinzenta que não conhece vitória nem derrota” - Roosevelt

Referências Bibliográficas

CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CARAM, María Elena; **EILBAUM**, Diana Teresa; **ROSOLÍA**, Matilde. *Mediación: diseño de una práctica*. Buenos Aires: Histórica, 2006.

CNJ – *Conciliação e Mediação : Estruturação da Política Judiciária Nacional – Forense – 2011*.

COOLEY – John W. A Advocacia na Mediação – Editora UNB .

FIGLIOLI, José Osmeir; **MALHADAS JR.**, Carlos Julio Olivé; **MORAES**, Daniel Lopes de. *Psicologia na mediação: inovando a gestão de conflitos interpessoais e organizacionais*. São Paulo: LTr, 2004.

FISHER, Roger; **URY**, William; **PATTON**, Bruce. *Como chegar ao sim: a negociação de acordos sem concessões*. 2. ed. Tradução por Vera Ribeiro; Ana Luiza Borges. Rio de Janeiro: Imago, 1994.

GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e arbitragem*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MINISTRO PELUSO, Antonio Cezar; **RICHA**, Morgana de Almeida. *Conciliação e Mediação: Estruturação da Política Judiciária Nacional*. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2011.

MOORE, Christopher W. *O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos*. 2. ed. Tradução por Magda França Lopes. Porto Alegre: Artmed, 1998.

ROMANO, Michel Betenjane; **POZZEBON**, Gustavo R. Chaim. *O papel do Ministério Público na pacificação de conflitos*. In: **GRINOVER**, Ada Pellegrini; **WATANABE**, Kazuo; **LAGRASTA**, Caetano (coord.). *Mediação e erenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação*. São Paulo: Atlas, 2007.

SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; **NETO**, Adolfo Braga. *O que é mediação de conflitos*. São Paulo: Brasiliense, 2007. **VEZZULLA**, Juan Carlos. *Teoria e prática da mediação*. Curitiba: Instituto de Mediação, 1995.

WEIL, Pierre e **TOMPAKOW**, Roland. *O corpo fala a linguagem silenciosa da comunicação*. Petrópolis: Vozes, 2005.

Proposta

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

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

Escopo

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

Público Alvo

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

Trata-se de um público abrangente, mas que compartilha a busca constante por aprofundamento e atualização.

Normas de Submissão

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

Avaliação

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

Direito autorais

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

Meio e periodicidade

A Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil seção de São Paulo será publicada com a periodicidade trimestral, exclusivamente em meio eletrônico - pelo sítio virtual www.esaoabsp.edu.br, com acesso público e gratuito.

Responsabilidade Editorial

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

Responsabilidade Científica

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

Fale Conosco

Para encaminhar dúvidas, comentários e sugestões, por favor envie um e-mail para o endereço eletrônico da Revista: revista@esa.oabsp.org.br

Revista



**Largo da Pólvora, 141 , Sobreloja - Liberdade
Telefone: (11) 3346 6800 - Site: www.esaoabsp.edu.br
E-mail: revista@esa.oabsp.org.br**

