

LL.M em Direito: Litigation –
Novos Desafios dos Contenciosos

Métodos Alternativos de Resolução de
Conflitos e Arbitragem

Todos os direitos reservados à Fundação Getulio Vargas.

Organizadores

Assistentes de pesquisa: CARNEIRO, Cristiane;
GOMES, Anna Carolina Brochini Nascimento;
LANGONE, Diego Vianna; LOBATO, Cristina;
MELLO, Tiago; MOSZKOWICZ, Monique
Geller.

Professores: ALMEIDA, Tânia; FRAGATA,
Octavio; FÜRST, Olívia; MAIA, Andrea;
PANTOJA, Fernanda Medina; VERÇOSA,
Fabiane.

Métodos Alternativos de Resolução de Conflitos e
Arbitragem
Volume I

Atualizada em: agosto de 2015.

Verificação de plágio pelo sistema EPHORUS ✓
Bibliografia, Editora FGV, Rio de Janeiro.

A presente apostila tem por intuito orientar o estudo individual acerca do tema de que trata, antecipando-se à aula que lhe é correspondente, com a estrita finalidade de oferecer diretrizes doutrinárias e indicações bibliográficas relacionadas aos temas em análise. Nesse sentido, este trabalho não corresponde necessariamente à abordagem conferida pelo professor em sala de aula, tampouco tenciona esgotar a temática sobre a qual versa, prestando-se exclusivamente à função de base para estudo preliminar e referência de consulta.

SUMÁRIO

Sessão I – Mediação de Conflitos.....	8
ROTEIRO DE ESTUDO.....	8
1 Princípio fundamental.....	8
2 Procedimentos	9
3 Bases teóricas.....	11
4 As diferentes escolas em mediação	13
5 Código de ética e regulamento modelo	16
6 A mediação no Novo Código de Processo Civil.....	19
7 Marco legal da mediação: Lei 13.140/15.....	22
8 Resolução nº 125 do CNJ.....	22
9 Mediação e o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.....	25
10 Os advogados.....	30
11 Práticas colaborativas (<i>Collaborative Law</i>).....	31
12 Desenho de sistemas de resolução de disputas	34
13 Da mediação internacional.....	37
13.1 Mediação em casos de sequestro internacional de crianças – A Convenção da Haia de 1980	40
QUESTÕES DE AUTOMONITORAMENTO.....	44
SUGESTÃO DE CASOS GERADORES	45
REFERÊNCIAS.....	55
Bibliográficas.....	55
1 Utilizadas	55
2 Complementares	57
Eletrônicas	60
Jurisprudenciais.....	60
Legislativas	61
Sessão II – Processo de Mediação.....	62
ROTEIRO DE ESTUDO.....	62
1 Introdução	62
2 Fases e atos da mediação judicial	66
2.1 Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos.....	66
2.2 Mediação pré-processual.....	68

2.2.1 Suspensão da prescrição.....	68
2.3 Mediação incidental.....	68
2.3.1 Triagem dos casos	69
2.3.2 Sistema “semicompulsório”, sanções e incentivos.	71
2.3.3 Escolha do mediador	72
2.3.4 Suspensão do processo judicial ou arbitral em curso.....	72
2.3.5 Participação necessária de advogado, salvo nos Juizados Especiais.....	73
2.3.6 Possibilidade de constituição de representante com poderes para transigir.....	73
2.3.7 Tempo para cada sessão de mediação e tempo para conclusão do procedimento	73
2.3.8 Título executivo	74
3 Fases e atos da mediação extrajudicial	75
3.1 Convite	75
3.2 Cláusula de mediação	75
3.3 Participação de advogado	77
4 Dinâmica das sessões de mediação	77
4.1 Princípio da informalidade ou da flexibilidade procedimental.....	77
4.2 Pré-mediação e declaração de abertura.....	78
4.3 Reunião de informações	79
4.4 Identificação de questões, interesses e sentimentos	80
4.5 Esclarecimento das controvérsias e interesses	81
4.6 Resolução de questões e endereçamento de interesses	82
4.7 Construção de acordo.....	83
QUESTÕES DE AUTOMONITORAMENTO.....	84
SUGESTÃO DE CASO GERADOR.....	84
REFERÊNCIAS.....	86
Bibliográficas.....	86
1 Utilizadas	86
2 Complementares	87
Eletrônicas	88
Legislativas	88
Sessão III – Mediação Empresarial.....	90

ROTEIRO DE ESTUDO.....	90
1 Conceito	90
2 Panorama Geral Nacional e Internacional	90
2.1 Leis no Brasil.....	91
2.2 Pesquisas Internacionais	95
3 Benefícios da mediação empresarial	97
4 Escolha do Mediador	100
5 Processo de Mediação	101
5.1 Pré-Mediação	101
5.1.1 Pré-Mediação Judicial.....	101
5.1.2 Pré-Mediação Extrajudicial.....	102
5.2 Discursos de Abertura	103
5.3 Discussão de Interesses	104
5.4 Caucus.....	104
5.5 Geração de Opções.....	104
5.6 Avaliação de Opções e Criação de Propostas	105
5.7 Possível Acordo e Encerramento.....	105
6 Áreas de aplicação	106
6.1 Empresa-Empresa (disputas internas).....	106
6.2 Empresa-Consumidor	106
6.3 Empresa-Empresa (disputas externas)	107
QUESTÕES DE AUTOMONITORAMENTO.....	107
SUGESTÃO DE CASO GERADOR.....	107
REFERÊNCIAS.....	109
Bibliográficas.....	109
1 Utilizadas	109
Complementares	109
Eletrônicas	109
Legislativas	110
Sessão IV – Arbitragem - características, arbitragem institucional, arbitralidade, árbitros e intervenção de terceiros	111
ROTEIRO DE ESTUDO.....	111
1 Arbitragem	111

1.1 Definição	111
1.2 Importância da Lei nº 9.307/1996.....	112
1.2.1 Força obrigatória e vinculante para cláusula arbitral	112
1.2.2 Equiparação da sentença arbitral à sentença judicial.....	113
1.2.3 Supressão da necessidade de dupla homologação e citação por carta rogatória da parte domiciliada no Brasil.....	113
1.3 Vantagens da Arbitragem	114
1.3.1 Celeridade.....	114
1.3.2 Customização do processo.....	114
1.3.3 Confidencialidade	115
1.3.4 Escolha do árbitro.....	115
2 Efeitos da Cláusula Compromissória.....	116
2.1 Contrato de Adesão	117
3 Arbitrabilidade.....	118
3.1 Arbitrabilidade Objetiva.....	119
3.1.1 Direito trabalhista.....	120
3.1.2 Concessão de Serviço Público	122
4 Dos Árbitros	123
4.1 Responsabilidade dos Árbitros	125
QUESTÕES DE AUTOMONITORAMENTO.....	126
SUGESTÃO DE CASO GERADOR.....	126
REFERÊNCIAS.....	128
Bibliográficas.....	128
1 Utilizadas	128
2 Complementares	130
Jurisprudenciais.....	130
Legislativas	131
Sessão V – Cláusula Compromissória – Redação e Aspectos Práticos	132
ROTEIRO DE ESTUDO.....	132
1 Convenção de Arbitragem	132
1.1 Situação da arbitragem no Brasil antes e após a Lei nº 9.307/1996.....	133
2 Tipos de Cláusula Compromissória	135
3 Requisitos da Cláusula Compromissória.....	137

3.1 Regras da arbitragem.....	137
3.2 Arbitrabilidade.....	137
3.3 Sede da Arbitragem.....	138
3.4 Número de árbitros.....	138
3.5 Idioma da Arbitragem.....	138
3.6 Direito Aplicável ou Equidade.....	139
3.6.1 Medidas cautelares.....	139
3.6.2 Produção de provas.....	139
3.6.3 Custos.....	139
QUESTÕES DE AUTOMONITORAMENTO.....	139
SUGESTÃO DE CASO GERADOR.....	140
REFERÊNCIAS.....	141
Bibliográficas.....	141
1 Utilizadas.....	141
2 Complementares.....	142
Jurisprudenciais.....	142
Legislativas.....	143

Sessão I – Mediação de Conflitos

ROTEIRO DE ESTUDO

1 Princípio fundamental

Pautada no princípio da autonomia da vontade, a Mediação inclui em seu ritual operacional uma fase preliminar – a pré-mediação –, quando uma entrevista de caráter informativo, em mão dupla, tem lugar. O mediador oferece informações sobre o instituto e as partes aportam uma pauta de temas que integrarão a negociação, com vistas a identificar se a matéria pode se beneficiar, ou não, do instituto. Esta é também a ocasião em que o mediador avalia sua independência – ausência de conflito de interesses com relação ao tema e às pessoas envolvidas – assim como avalia a necessidade ou conveniência de atuar em comediação.

A comediação – condução do processo por uma dupla interdisciplinar de mediadores – é prática usual e visa a potencializar a qualidade do trabalho a ser desenvolvido, em função da atuação complementar de conhecimentos, de estilos de condução do diálogo, e de gênero. Mesmo sendo usual a prática da comediação, não há veto ao trabalho ‘solo’.

A autoria das soluções devolve aos mediandos o controle do processo decisório sobre suas próprias vidas e possibilita que a solução eleita atenda a seus reais interesses, necessidades e valores. A autoria das soluções torna o cumprimento do acordado na Mediação uma consequência natural e fortalece o compromisso entre os envolvidos.

Vivenciar um diálogo em que se é autor das soluções viabiliza, também, (re)aprender a negociar diferenças diretamente com o outro e (re)assumir uma postura protagônica na construção e na desconstrução das controvérsias das quais se participa.

Pautada na autonomia da vontade, os mediandos elegem o instituto; decidem, a cada momento, sobre a sua permanência no processo; negociam sua operacionalização – entrevistas conjuntas ou privadas, intervalo e duração das reuniões, extensão do sigilo para os mediandos, forma e percentual do pagamento devido a cada um; escolhem as alternativas de soluções e as avaliam em relação a custos e benefícios para os envolvidos direta e indiretamente; definem a solução para cada proposição; optam pela maior ou menor formalidade do

encaminhamento a ser dado ao acordo, quando o tema não exigir homologação judicial.

Os 40 anos de prática do instituto têm demonstrado que os benefícios da Mediação superam os inicialmente pensados – autoria, celeridade e sigilo. A autoria transcende, em muito, a escolha do instrumento e a eleição das soluções. A celeridade não abrevia unicamente o tempo, mas também a intensidade do desgaste emocional. O sigilo não favorece somente as relações interpessoais e corporativas futuras, mas possibilita aos mediandos rever e flexibilizar suas posições sem a cobrança social que a publicidade favorece.

2 Procedimentos

A Mediação de Conflitos é, em termos de propósitos, o instrumento mais próximo da negociação direta colaborativa – por objetivar reproduzi-la na presença de um terceiro – o mediador –, que coordena o diálogo entre os mediandos de forma a mantê-los como autores não somente da(s) solução(ões) proposta(s), mas também de todos os aspectos regidos pela autonomia da vontade.

Inicialmente inspirada no processo negocial preconizado pela Escola de Direito de Harvard, construiu seu rito em torno dos quatro princípios dos ensinamentos do *Harvard Negotiation Project*:¹

(i) Discriminação entre as questões a serem negociadas e a relação existente entre os envolvidos no desacordo – no dissenso não se negocia apenas a matéria, a substância, mas também, a forma de tratamento interpessoal. Pautados nessa premissa, mediadores constroem, com a anuência dos mediandos, uma pauta objetiva (relativa à matéria) e uma pauta subjetiva de negociação (relativa à relação) e as trabalham em paralelo. Essa discriminação é feita durante a oitiva das partes. Na pauta objetiva, a matéria ganha evidência; na subjetiva, destacam-se, especialmente, os sentimentos traduzidos em preocupações futuras² ou em necessidade de reconhecimento, assim como valores feridos na convivência.

¹ William Ury e Roger Fisher perpetuam esses princípios no segundo capítulo – “Método” - do livro *Getting to yes*. Essa obra, que teve sua primeira publicação em 1981, tornou-se um clássico do mundo das negociações.

² As críticas feitas a propósito deste primeiro princípio – separar a questão da relação – inspiraram Roger Fisher e Daniel Shapiro a escreverem *Beyond reason: using emotions as you negotiate* – uma obra dedicada a cuidar, especialmente, das relações entre as pessoas em desacordo, traduzindo em preocupações os sentimentos trazidos à mesa de negociação.

(ii) Negociação de posições e não de interesses – mediadores reconhecem que as posições são escudos rígidos o suficiente para defender interesses e importantes necessidades, ocultos em um primeiro momento. A Mediação integra o pacote das negociações baseadas em interesses – um recente norteador de construção de consenso. A imagem que tem traduzido a preciosa diferença entre posições e interesses é a do *iceberg*, que mostra emersa a menor parte de sua estrutura – posição – e tem submersa sua maior massa de gelo – interesses, necessidades e valores. É preciso submergir nas posições, por meio de perguntas, para alcançar os interesses e valores salvaguardados. Em uma negociação baseada em interesses e valores, como a Mediação, são estes que irão compor a pauta de negociação, e não as posições.

(iii) Criação de soluções de benefício mútuo – ao auxiliar os mediandos a pensarem, a formatarem e a oferecerem soluções que contemplem a todos os envolvidos, mediadores os estimulam, indiretamente, a exercitar a cooperação e a cuidar do restauro da relação social entre todos. Criar soluções de benefício mútuo é um convite difícil de ser aceito. Não é prática em nossa cultura sentarmos à mesa de negociações nos colocando no lugar do outro para identificar suas necessidades e interesses, visando a incluí-los na solução a ser proposta. Estamos habituados a buscar e a oferecer soluções que nos atendam, sem considerar, por vezes, o custo para o outro ou as possibilidades objetivas ou subjetivas desse outro para atendê-las. Essa é uma mudança paradigmática proposta por esse instituto, que demanda, por vezes, tempo de assimilação e concretização.

(iv) Estabelecimento de critérios objetivos para obter consenso – ao incentivar os mediandos a adotarem tais critérios, os mediadores propiciam que a eleição de norteadores para operacionalizar uma decisão não se constitua em obstáculo para colocá-la em prática. Se a venda de parte da sociedade comercial é consenso, critérios objetivos podem ajudar a operacionalizá-la; se a convivência com o(s) filho(s) será definida por comum acordo, critérios objetivos podem auxiliar a efetivá-la; se um grupo decide, após longas negociações, comemorar um evento com um jantar, critérios objetivos (uso de cartão, existência de estacionamento, comida contemporânea com pratos vegetarianos, inclusive) podem facilitar a escolha do restaurante.

Em torno dessa dinâmica, o processo de Mediação se instala: ouvindo e legitimando os pontos de vista dos mediandos, auxiliando-os a negociar as pautas objetiva e subjetiva, incentivando-os à autoria e à busca de soluções de benefício mútuo, responsáveis diretos pelo comprometimento na execução do acordado.

3 Bases teóricas

Além do quadrante de negociação da Escola de Harvard, a Mediação recebe contribuições de outros saberes e se caracteriza pela interdisciplinaridade. Teorias de comunicação contribuem com numerosos aportes e sustentam algumas das técnicas utilizadas na Mediação. A comunicação humana é uma das vigas mestras de sustentação da dinâmica da Mediação e precisa ser decifrada pelo mediador, a cada momento, de forma a servir de referencial para a identificação do *timing* e da intervenção a ser utilizada. Mais voltadas para o pragmatismo da comunicação humana³ ou para as narrativas e a análise dos discursos⁴ e de sua subjetividade, as contribuições são inúmeras. Em comum, tais contribuições consideram a linguagem um cenário no qual se constroem os sujeitos, sua forma de expressão e de ação, sempre relacionais, ou seja, referidas ao outro.

O olhar sistêmico,⁵ outro pilar, contribui para que a Mediação reconheça os componentes multifatoriais dos desacordos – legais, psicológicos, sociológicos, financeiros, dentre outros – e os maneje segundo sua prevalência, de forma a atender aos interesses e às necessidades dos mediandos. Também como resultado do olhar sistêmico, mediadores entendem que o fato trazido à Mediação integra uma cadeia de acontecimentos passados e futuros e que sua intervenção provocará alterações na lógica de desenvolvimento dessa cadeia, com repercussões sobre um conjunto de pessoas. Mediadores comprometem-se com o curso e com o resultado da Mediação, agindo cuidadosamente na condução de sua dinâmica, avaliando, continuamente, a adequação de sua atuação, pois a consideram parte do sistema de

³ WATZLAWICK, Paul; BEAVIN, Janet H.; JACKSON, Don D. *Pragmática da comunicação humana: um estudo dos padrões, patologias e paradoxos da interação*. São Paulo: Cultrix, 1967.

⁴ MAINGUENEU, Dominique. *Novas tendências em análise do discurso*. Campinas: Editora da Unicamp, 1997.

⁵ O livro clássico sobre o tema foi escrito por um pioneiro nesse pensamento que revolucionou a ciência em geral, ver: BERTALANFFY, Ludwig von. *Teoria geral dos sistemas*. Petrópolis: Vozes, 1977. Autores mais recentes discorrem brilhantemente sobre o tema, entre eles destacam-se: CAPRA, Fridjof. *O ponto de mutação*. São Paulo: Cultrix, 1982; e VASCONCELLOS, Maria José E. *Pensamento sistêmico: o novo paradigma da ciência*. São Paulo: Papyrus, 2002.

resolução. Eles sabem que sua intervenção poderá contribuir para a construção ou para a desconstrução de impasses futuros.

A contribuição da sociologia foi decisiva para se entender o valor das redes sociais nos processos negociais. Mediadores estão atentos à negociação, em paralelo, que os mediandos precisam fazer com os seus interlocutores – advogados, amigos, parentes, colegas de trabalho ou de crença religiosa, dentre outros. Com essas pessoas são estabelecidas alianças e construídas leituras sobre o desacordo e sobre o oponente, assim como as soluções e posições a serem adotadas e defendidas. Os mediandos não conseguem, em determinados momentos, progredir em uma negociação, em função do compromisso de fidelidade estabelecido com suas redes de pertinência. Por vezes, é preciso auxiliá-los a negociar com essas redes, dentro ou fora do processo de Mediação, para que a desavença possa resultar em autocomposição. A Mediação estimula o diálogo dos mediandos com suas redes de pertinência e permite que essas ganhem a sala de negociação quando são identificadas como geradoras de impasses à fluidez do processo, ou ainda, quando se constituem suporte para o cumprimento do acordado.

A Mediação inspira-se no Direito ao abraçar o propósito de auxiliar pessoas a resolverem seus conflitos, norteadas pelo parâmetro da solução justa, atentas a não ferirem as margens legais oferecidas por sua cultura – a solicitação de revisão legal do acordado, antes de sua assinatura pelos mediandos, sempre que a matéria assim o exigir, cumpre uma norma ética na Mediação. O instituto atende plenamente ao que o desembargador Kazuo Watanabe (1988) denomina acesso à ordem jurídica justa, quando este se dá de forma adequada, tempestiva e efetiva. Nessa concepção, a Mediação potencializa o acesso à justiça na medida em que é: (i) adequada – quando eleita entre outros métodos, por ter especial propriedade de abordagem e de resolução em relação ao tema do conflito; (ii) tempestiva – porque ocorre no tempo dos mediandos, uma vez que ditam o período de duração do processo, em muito influenciado por suas habilidades e capacidade negocial; (iii) efetiva – porque a solução é construída pelas próprias pessoas envolvidas no desacordo, tendo como parâmetros a satisfação e o benefício mútuos, a partir do atendimento de suas necessidades.

Da psicologia, a Mediação importa leituras teóricas, e consequente abordagem técnica, sobre o funcionamento emocional humano e valoriza, como componente constitutivo dos desentendimentos, as emoções.⁶ Das emoções, a Mediação cuida, indiretamente, ao se dispor a trabalhar a pauta subjetiva, anteriormente mencionada, e ao se propor a incluir o restauro da relação social dos envolvidos, como objeto de cuidado. As abordagens que incluem o relacionamento humano como foco não podem deixar de considerar a presença invariável da emoção. À semelhança do que pensava Foucault sobre a existência de um jogo de poder nas relações – tomava-o como certo e dedicava-se, exclusivamente, a pensar em como o poder era manejado –, a presença da emoção nos jogos relacionais é inequívoca, restando identificar, somente, como está sendo manejada.

Da filosofia, além de Foucault, preciosas inspirações alimentam o processo de Mediação. Entre elas, encontra-se o principal instrumento de trabalho do mediador, as perguntas, que devem ser oferecidas como na maiêutica socrática.⁷ Filho de uma parteira, Sócrates desejava, pela maiêutica, que as pessoas ‘parissem’ as próprias ideias, após refletirem, em lugar de repetirem, indiscriminadamente e sem análise crítica, pensamentos e ideias do senso comum. Esse é o principal objetivo das perguntas na Mediação: gerar informação para os mediandos – aqueles que têm poder decisório e serão os autores das soluções, de forma a provocar reflexão. Desta maneira, pode-se auxiliar os mediandos a flexibilizarem as ideias trazidas na fase inicial do processo, momento em que as reais necessidades e interesses do outro não estão sendo ainda levadas em consideração.

4 As diferentes escolas em mediação

O movimento inicial de estruturação da dinâmica da Mediação em torno do quadrante de Negociação da Escola de Direito de Harvard logo ganhou adesões teóricas, que contribuíram para uma maior abrangência de propósitos, para o

⁶ José O. Fiorelli, professor de psicologia; Marco Júlio O. Malhadas Junior, advogado; e Daniel L. Moraes, engenheiro civil com especialização em psicologia do trabalho, publicaram em 2004 importante obra dedicada aos efeitos da emoção sobre os comportamentos das pessoas envolvidas em conflitos de qualquer natureza.

⁷ A dialética socrática ocorre em fases sequenciais, possibilitando que o sujeito pense, inicialmente, que domina um saber; logo percebe, imerso no diálogo, que pouco ou nada sabe; e descubra, ao fim do diálogo, após processo reflexivo, que, em realidade, tem um saber interno.

enriquecimento dos aportes técnicos e para o surgimento de diferentes modelos de prática.

O formato inicial de prática, fortemente apoiado em princípios de negociação, poderia parecer hoje, comparando-o com os modelos subsequentes, mais voltado para os acordos e menos para o restauro das relações sociais. Essa interpretação, entretanto, carece de reflexão, uma vez que participar de um processo de diálogo regido pelos princípios da Mediação possibilita que as relações entre as pessoas em desacordo estejam sendo cuidadas.

Robert Bush, professor de ADRS da Hofstra University, em Nova York, e Joseph Folger, professor de comunicação da Escola de Comunicação da Temple University, no Texas, são exemplos de estudiosos que agregaram, ao formato inicial, outros aportes teóricos. Os autores escreveram o livro *The promise of mediation* [A promessa da mediação] em 2004, cuja proposta ganhou o mundo, fundou escola e reuniu seguidores. Tal proposta distancia-se da construção de acordos como objetivo e privilegia a transformação do conflito – de postura adversarial à colaborativa.

Esse tipo de trabalho – Mediação Transformativa – tem por objetivo enfrentar o conflito por meio do fortalecimento próprio (*empowerment*) e do reconhecimento (*recognition*) das necessidades e valores dos outros envolvidos na controvérsia. O fortalecimento próprio – *empowerment* – está baseado na identificação dos reais interesses e necessidades de cada um dos mediandos, isoladamente; ao passo que o reconhecimento do(s) outro(s) – *recognition* – está voltado para a identificação dos reais interesses, necessidades e valores do(s) outro(s). Para Bush e Folger, esses são os ganhos sociais mais significativos, propiciados pelo diálogo via Mediação. Para os autores, o diálogo entre *ser atendido* e *atender*, desde que possível para ambos, é transformador e se traduz em acordo como uma consequência natural para aqueles que genuinamente vivenciaram *empowerment* e *recognition*. A autocomposição traduzida em acordo, portanto, é consequência e não objeto na Mediação Transformativa.

Sara Cobb, mediadora americana, propõe um formato de trabalho que inclui as duas vertentes anteriores – cuidar da construção do acordo e, em paralelo, da relação social entre os envolvidos. Cobb trabalha com as técnicas de comunicação (voltadas para as narrativas) e de negociação em um cenário

sistêmico – visão sistêmica do conflito e da interação entre mediandos e entre estes e sua rede social – e adiciona especial atenção à construção social dos envolvidos e às suas redes sociais de pertinência. Seu trabalho é conhecido como Modelo Circular-Narrativo.⁸

São mais recentes a Mediação Estratégica, proposta por Rubén Calcaterra (2002), e a Mediação Narrativa, incentivada por Gerald Monk e John Winslade (2008). Calcaterra, advogado argentino entusiasmado pelo que acredita e escreve, propõe um modelo de trabalho e de ensino em Mediação com viés interdisciplinar e pautado na desconstrução do conflito. Winslade e Monk trabalham, também, com a narrativa na área da terapia – pautada na linguagem e, em especial, nas versões dos fatos como construções particulares de cada sujeito – e levam esse referencial para a prática da Mediação.

Muitos mediadores preferem mesclar diversos modelos teóricos em sua atuação. Reúnem as técnicas, os procedimentos e as atitudes utilizados pelos diferentes modelos, colocando-os em uma “caixa de ferramentas” (*tool box*), de forma a utilizarem-nos de acordo com a situação, a ocasião, o estilo do mediador e o perfil dos mediandos. Esta é uma tendência universal, relativa não somente à prática da Mediação, mas também a outras práticas, em que o melhor de cada pensamento é reunido em prol da eficácia da intervenção, sem privilegiar um único modelo teórico em particular.

Todos os modelos citados reúnem-se sob o guarda-chuva da Mediação Facilitativa – que tem por primazia facilitar o diálogo entre as pessoas, sem interferir diretamente nas ideias dos mediandos.

A Mediação Avaliativa tem sido empregada quando, por demanda dos participantes do processo de Mediação, o mediador, após exaurir as tentativas de conduzir o processo sem opinar, oferece seu olhar técnico sobre a questão, de forma a contribuir para agilizá-lo. Esse aporte técnico funcional, à semelhança do instrumento denominado Avaliação Neutra de Terceiro,⁹ pode servir de base para acelerar o fechamento da negociação. Em situações nas quais o tempo de processo

⁸ Marinés Suares, mediadora argentina e admiradora do trabalho de Sara Cobb, descreveu esse modelo em uma publicação dedicada à comunicação e à técnica em Mediação (Suares, 1996).

⁹ O método Avaliação Neutra de Terceiro (*Fact Finding*) consiste em um terceiro imparcial eleito pelas partes para investigar uma disputa, examinando questões e fatos para oferecer um parecer não vinculante ou para recomendar um acordo. Pode ainda se articular a outros métodos – negociação, mediação ou resolução judicial – indicando a tendência de resultados ou ampliando o espectro de alternativas possíveis.

e o tempo das pessoas são determinantes, como nas questões corporativas, este formato tem especial aplicabilidade e valor.

Nos contextos em que a Mediação é conhecida há mais tempo e teve sua prática renovada por aportes teóricos, outros recursos como a *Binding Mediation* e os processos Med-Arb e Arb-Med foram desenvolvidos. Na *Binding Mediation*, há um acordo prévio entre as partes para a aceitação do parecer vinculante do mediador, após esgotadas as possibilidades de composição via Mediação Facilitativa. No recurso Med-Arb, fica previamente convencionado, antes de iniciada a Mediação, que um terceiro imparcial conduzirá a Arbitragem e deliberará sobre a questão, caso a Mediação não tenha sucesso. Na modalidade Arb-Med, o terceiro imparcial coloca o resultado de sua decisão em envelope lacrado, que somente será aberto e validado se a Mediação não der resultado. Esses modelos híbridos são vistos como ágeis e econômicos, produzem benefícios para além da celeridade e da economia e têm especial aceitação no mundo corporativo e dos contratos.¹⁰

5 Código de ética e regulamento modelo

O Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem (CONIMA) é uma entidade fundada em 1997 durante seminário realizado no Superior Tribunal de Justiça sobre a Lei de Arbitragem; seu objetivo é congregar e representar as entidades de mediação e arbitragem.

Para resguardar a credibilidade e a qualidade do exercício da mediação, o CONIMA elaborou um Código de Ética para Mediadores.¹¹ A função precípua do Código de Ética é nortear a prática da mediação. Contempla a descrição acerca do mediador, terceiro que facilitará o diálogo entre as partes e que para tanto deverá observar os princípios da: (i) imparcialidade, (ii) credibilidade, (iii) competência, (iv) confidencialidade, e (v) diligência.

A credibilidade e a competência técnica do mediador são decisivas para a condução do diálogo e a estruturação do contexto necessário para estimular o desempenho colaborativo das partes. A confidencialidade e a diligência permitem

¹⁰ Os tópicos de 1 a 4 integram o artigo *Mediação de Conflitos: Um meio de prevenção e resolução de controvérsias em sintonia com a atualidade*. Disponível em: http://www.mediare.com.br/08artigos_13mediacaodeconflitos.html. Acesso em: 01 agosto 2012.

¹¹ CONIMA. *Código de ética para mediadores*. Disponível em: <http://www.conima.org.br>. Acesso em: 01 agosto 2012.

o adequado transcorrer da comunicação e a imparcialidade, entendida como habilidade de interagir com total ausência de atitudes ou decisões que possam vir a ser interpretadas como tendenciosas,¹² reforça a posição do mediador no vértice da relação triangular estabelecida entre ele e as partes, permitindo neutralidade ao assistir as partes na formulação do acordo final.

A atuação do mediador deverá estimular a busca do consenso entre as partes para a solução do conflito e ser desinteressada em relação a qualquer dos resultados obtidos. A possibilidade de dialogar separadamente com uma parte é assegurada, desde que igual oportunidade seja oferecida à outra; é vedada ao mediador a atuação como orientador técnico de tema específico, relativo à sua profissão de origem, visto que assume exclusivamente o papel de facilitador, não cumulativo com o de consultor técnico.

O Regulamento Modelo da Mediação também elaborado pelo CONIMA, por sua vez, apresenta roteiro dos procedimentos da mediação, os quais são orientados pelos princípios da: (i) voluntariedade, (ii) autonomia da vontade, (iii) ordem pública, (iv) complementaridade do conhecimento, (v) boa-fé e lealdade, (vi) flexibilidade e simplicidade, (vii) segurança jurídica e (viii) confidencialidade.

A autonomia privada, compreendida segundo as preleções de Daniel Sarmiento, é o poder do sujeito de autorregulamentar seus próprios interesses e é composta de duas dimensões: existencial e negocial. A liberdade existencial transluz a discricionariedade nas escolhas pessoais, enquanto na esfera negocial a autonomia é orientada pela livre iniciativa e deve ser instrumentalizada com o desígnio de proteger a dignidade humana e a justiça social. Assim,

a proteção à autonomia privada decorrente da Constituição de 88 é heterogênea: mais forte, quando estão em jogo as dimensões existenciais da vida humana; menos intensa quando se trata de relações de caráter exclusivamente patrimonial.¹³

¹² ARÉCHAGA, Patricia Valeria; BRANDONI, María Florencia. FINKELSTEIN, Andrea. *Acerca de la clínica de mediación: relatos de casos*. Buenos Aires: Librería Histórica, 2004. p. 94.

¹³ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2.ed, 3.tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 177. Nesta obra o autor aborda a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, em razão da influência nas relações privadas da aplicação dos direitos fundamentais.

Orlando Gomes define a autonomia da vontade como particularização da liberdade de contratar que é o “poder dos indivíduos de suscitar, mediante declaração de vontade, efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica”.¹⁴ Assim, a autonomia da vontade resguarda posição de autodeterminação no campo contratual, refletindo nas relações patrimoniais a voluntariedade das manifestações volitivas.

O início do processo de mediação é marcado pela voluntariedade na escolha deste método consensual, sendo recomendada a formulação do convite por escrito. As partes concordantes deverão participar pessoalmente, excepcionada hipótese de representação por pessoa com procuração que outorgue poderes de decisão. Caberá, ainda, às partes deliberarem sobre eventuais lacunas do regulamento, podendo ser delegada essa tarefa à instituição ou entidade especializada a que estiver vinculada a Mediação.

Apesar de a mediação se concretizar a cada dia como uma realidade brasileira, existia um obstáculo político-legislativo, caracterizado pela inexistência de uma lei disciplinadora da prática da mediação como método de prevenção e resolução de conflitos.

Era uma necessidade brasileira construir e sedimentar canais que confirmam suporte aos novos desafios de uma economia globalizada e de uma sociedade cada vez mais consciente de seus direitos e que precisam de meios para viabilizar a resolução célere e pacífica de seus conflitos de interesses.

As esperanças de superação do obstáculo político-legislativo foram representadas principalmente por seis diplomas, a saber, o Projeto de Lei do Senado 94/2002, originário da Câmara dos Deputados sob o nº 4827/98; o Projeto de Lei do Senado nº 517, de 2011 (autoria do Senador Ricardo Ferraço); o Projeto de Lei do Senado nº 405, de 2013 (autoria do Senador Renan Calheiros); o Projeto de Lei do Senado nº 434, de 2013 (autoria do Senador José Pimentel); a Resolução nº 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça e os Projetos de Lei nº 166/2010 e nº 8046/2010, que trouxeram a redação do futuro Código de Processo Civil, revogando o anterior.

Os debates se intensificaram e, finalmente, o ano de 2015 conseguiu abrigar duas conquistas no campo da mediação de conflitos: a aprovação do Novo

¹⁴ GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 25.

Código de Processo Civil, que entrará em vigor em março de 2016, e a publicação do chamado Marco Legal da Mediação no Brasil, representado pela Lei 13.140, de 26/06/2015.

6 A mediação no Novo Código de Processo Civil

O Novo Código de Processo Civil que entra em vigor a partir de março de 2016 adota novos paradigmas para a resolução de conflitos, apresentando alguns dispositivos que buscam incentivar a cultura da pacificação por um processo mais colaborativo e conciliatório por meio da mediação e da conciliação.

Destaque-se de início o art. 3,¹⁵ em que de plano é possível verificar a preocupação do legislador em inserir os meios alternativos ao cotidiano forense, sem, contudo, contrariar o princípio da inafastabilidade do judiciário.

Entretanto, a simples menção desses institutos não garante a sua efetivação prática, de modo que é essencial esclarecer a maneira pela qual essas técnicas são realizadas. Por essa razão, a regulamentação legislativa fundamental vem adiante com o marco legal da mediação – Lei 13.140/15.

O Novo Código de Processo Civil incluiu no rol dos auxiliares da justiça os mediadores e conciliadores (art. 149), o que demonstra a essencialidade de suas funções ao bom desenvolvimento do judiciário.

Os institutos propriamente ditos estão mais bem definidos com base na Seção V (art. 165¹⁶), que não estabelece uma diferença expressa entre mediação e conciliação, sendo ambas as técnicas tratadas em conjunto no decorrer da seção,

¹⁵ Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

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

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

¹⁶ Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

§ 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

porém diferencia os mediadores dos conciliadores no que se refere à matéria tratada e às condutas adotadas nas sessões de conciliação ou mediação.

Esses parágrafos definem a conciliação como aquela na qual o conciliador participa mais ativamente do procedimento e oferece sugestões e opções às partes, mostrando-lhes mais de uma forma de resolução daquele conflito. Já o mediador tem uma participação passiva, pois escuta e compreende os pontos de vista dos envolvidos, mas sem oferecer uma solução. Ele faz questionamentos que guiam as partes a uma resposta desenvolvida por ambas.

No artigo 166 estão determinados os princípios que norteiam a mediação e a conciliação, quais sejam independência da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

O §1º do mesmo artigo trata da confidencialidade e objetiva deixar as partes confortáveis para que possam dialogar sobre seus sentimentos e interesses sem o receio de que isso possa ser usado contra elas ou em algum processo posterior, já que existe o dever de sigilo expresso pelo §2º do mesmo artigo.

É possível observar que o legislador do Novo Código de Processo Civil refere-se à mediação instaurada dentro do judiciário, em seus órgãos e sob apreciação e regulamentação do Conselho Nacional de Justiça, que também definirá os parâmetros necessários para capacitar os mediadores.

Nesse sentido, o artigo 167, §1º estabelece que todos os profissionais deverão ser habilitados e capacitados por meio de cursos realizados por entidades devidamente credenciadas que reúnam todas as características exigidas pelo CNJ e pelo Ministério da Justiça.

Essa sistematização visa organizar a distribuição de mediadores e conciliadores, contudo não inviabiliza a criação de quadro próprio de profissionais em cada tribunal, desde que o cargo seja preenchido mediante concurso público com observação das disposições do CPC, segundo o artigo 167, §6º.

O Código ainda estabelece um impedimento importante no art. 167, §5º ao determinar que os mediadores cadastrados que forem advogados não poderão exercer a advocacia no juízo em que desempenharem sua função. Caso essa ressalva seja descumprida, o indivíduo será excluído do cadastro conforme o art. 173, II.

Também será excluído aquele que agir com dolo ou culpa na condução da mediação ou da conciliação ou violar os deveres do art. 166, §§1º e 2º (independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada).

Quanto aos procedimentos a serem adotados na audiência de conciliação e mediação, o Capítulo V, artigo 334, determina que, quando a petição inicial estiver cumprindo os requisitos essenciais e não for hipótese de improcedência liminar do pedido, o juiz deverá designar a audiência com antecedência mínima de 30 (trinta) dias e o réu deverá ser citado em até 20 (vinte) dias antes da data designada.

Essa audiência somente não ocorrerá nas hipóteses do parágrafo 4º do mesmo artigo, quando ambas as partes se manifestarem pelo desinteresse na composição consensual ou quando a natureza do litígio não admitir a autocomposição. A falta de interesse deverá ser indicada pelo autor na inicial e o réu poderá fazê-lo por petição com dez dias de antecedência, contados da data da audiência, conforme do §5º do mesmo artigo 334.

Além disso, o artigo 334, §§9º e 10 dispõe que, nessa audiência, as partes deverão estar acompanhadas por seus advogados e/ou defensores ou ainda, representantes com procuração e poderes para negociar e transigir. Tal exigência é medida inovadora que até o presente momento não havia sido determinada nas mediações privadas e nem nas conciliações judiciais.

Se as partes faltarem à audiência de mediação e não justificarem a ausência, estarão cometendo ato atentatório à dignidade da justiça e haverá sanção com multa de até 2% da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, que será convertida em favor da União ou do Estado, conforme consta no art. 334, §8º.

Por fim, o acordo obtido será reduzido a termo e homologado por sentença do juiz, bem como a decisão final da mediação extrajudicial, sendo ambos considerados como títulos executivos judiciais (art. 515).

Em resumo, o sucesso dos novos dispositivos legais, brevemente apresentados, dependerá não só da criação de espaços físicos estruturais para atender a essas novidades, mas também de uma preparação adequada dos

operadores do direito a partir de um esclarecimento satisfatório sobre as mudanças, já que isso inaugura uma nova perspectiva do sistema jurídico.

7 Marco legal da mediação: Lei 13.140/15

A Lei 13.140, de 26 de junho de 2015, que entrará em vigor cento e oitenta dias após a data de sua publicação, que se deu em 29 de junho de 2015, dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, alterando a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, revogando ainda o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997.

O § único do artigo 1º marca finalmente a primeira definição legal do instituto, sendo considerada mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

Praticamente, a lei reproduziu e compilou todas as ideias, parâmetros e princípios que já norteavam o instituto, mas se encontravam em projetos de leis esparsos, tendo especial relevância por inaugurar o novo sistema jurídico que abriga a mediação como uma das técnicas de resolução adequada de conflitos.

8 Resolução nº 125 do CNJ

O Conselho Nacional de Justiça instituiu a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado de Conflitos no âmbito do Poder Judiciário pela Resolução nº 125 de novembro de 2010, sob os pilares estratégicos da eficiência operacional, do acesso ao sistema de Justiça e da responsabilidade social.

Este ato normativo tem como objetivo traçar política pública permanente de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses em âmbito nacional, não adstrita apenas aos serviços jurisdicionais prestados, mas igualmente a outros mecanismos autocompositivos.

Compreendendo ser basilar o incentivo e o aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios, o CNJ tem como meta conduzir a sistematização e o aprimoramento das práticas já adotadas pelos tribunais

brasileiros para uniformizar os serviços de conciliação, de mediação e outros métodos consensuais.

A adoção de política pública permanentemente orientada por este órgão administrativo evita disparidades de orientação e de práticas diante das especificidades regionais, permitindo controle de qualidade na especialização de órgãos judiciais acerca desta temática.

Essa sistematização, além do foco na solução dos conflitos por meio alternativo à jurisdição tradicional, tem como alvo a estruturação de técnicas consistentes para serem adequadas às peculiaridades de cada caso concreto.

Para tanto, compete ao CNJ definir conteúdo programático mínimo e ações para a capacitação de servidores, mediadores, conciliadores e demais facilitadores da solução consensual de controvérsias. Com este objetivo, é promissora a cooperação das instituições públicas e privadas da área de ensino.

O modelo de curso de capacitação proposto é composto por três módulos sucessivos e complementares, que correspondem a diferentes níveis de habilitação para servidores, magistrados, conciliadores e mediadores que atuarão nos Centros de Resolução de Disputas. Todos esses participantes, contudo, deverão ser capacitados necessariamente no primeiro módulo com mínimo de 12 horas/aula, que versará sobre os diferentes meios não adversariais de solução de conflitos, com noções básicas sobre o conflito e a comunicação, disciplina normativa sobre o tema, experiências nacionais e internacionais, assegurando a compreensão dos objetivos da política pública de tratamento adequado de conflitos.

No que tange à concretização desses procedimentos, é essencial a interdisciplinaridade com a Ordem dos Advogados do Brasil, Defensorias Públicas, Procuradorias e Ministério Público, pois estes métodos devem ser implantados em conjunto com o atendimento e orientação ao cidadão acerca da cultura de pacificação social.

A aplicação prática destes institutos deve ser incentivada nas empresas e nas agências reguladoras de serviços públicos, bem como nas demandas de matérias sedimentadas pela jurisprudência envolvendo entes públicos.

Foi criado o Portal da Conciliação, a ser disponibilizado gradativamente na página eletrônica do CNJ com função de (a) publicar as diretrizes da capacitação de conciliadores e mediadores e de seu código de ética; (b) oferecer relatório

gerencial do programa; (c) promover o compartilhamento de boas práticas, projetos, ações, artigos, pesquisas e outros estudos; (d) estabelecer fórum permanente de discussão, facultada a participação da sociedade civil; (e) possibilitar a divulgação de notícias relacionadas ao tema; (f) oferecer relatórios de atividades da “Semana da Conciliação”.

Os próprios magistrados já reconhecem a necessidade de incorporarem práticas alternativas ao seu trabalho quando aprovaram os seguintes enunciados no XXI Fórum Nacional dos Juizados Especiais em junho de 2007 na cidade de Vitória – ES:

Recomenda-se aos Tribunais de Justiça dos Estados que intensifiquem a realização de cursos de capacitação/formação em conciliação e mediação aos conciliadores, servidores, equipes multidisciplinares, juízes leigos e juízes de direito.

Recomenda-se às Coordenadorias Estaduais dos Juizados Especiais que adotem providências visando à efetiva implementação dos Setores e Postos de Conciliação, nos moldes propostos pelo Conselho Nacional de Justiça.

Recomenda-se a celebração de parcerias com entidades empresariais e suas afiliadas, visando à adoção de medidas destinadas a implementar meios alternativos de resolução de conflitos e incentivar a realização de acordos nas demandas ajuizadas.

A Resolução 125 do CNJ instituiu, ainda, o Código de Ética, norteado por princípios que formam a consciência dos terceiros facilitadores, como profissionais, e representam imperativos de sua conduta. Refere-se à autonomia da vontade como regra que rege o procedimento da conciliação/mediação, sendo utilizado no § 2º, do art. 2º o conceito de

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.

Por meio de análise comparativa com o Código de Ética proposto pelo COMINA, vê-se que este funciona como um manual prático, enquanto o apresentado pelo CNJ com foco específico na mediação e conciliação judiciais apresenta peculiaridades, como exemplo, a necessidade de cadastro do mediador/conciliador junto ao Tribunal, a submissão às orientações do juiz

coordenador da unidade a que estiver vinculado e a aplicação aos conciliadores/mediadores dos mesmos motivos de impedimento e suspeição dos juízes.

9 Mediação e o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

Considerando o crescente volume de processos em tramitação no Poder Judiciário e tendo como finalidade o empenho para a modernização da Justiça, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro firmou convênio com o Ministério da Justiça em 2008, por intermédio da Secretaria de Reforma do Judiciário, para a realização de cursos de capacitação e aperfeiçoamento em técnicas de mediação e composição de conflitos para magistrados e servidores.

Como desdobramento deste ato, foi inaugurado em dezembro de 2009 o Centro de Mediação do Fórum Central da Capital destinado a atender as 14 Varas de Família. Em abril de 2010 foram instalados mais 16 Centros de Mediação em Fóruns Regionais da Capital, Comarcas da Baixada Fluminense, Região Serrana e Litorânea, que atendem às Varas de Família e aos Juizados Especiais Criminais. Atualmente há 20 Centros de Mediação do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro, sendo os mais recentes instalados em março de 2012: Bangu e Leopoldina.

Resultado de uma parceria entre o Tribunal de Justiça e o Governo do Estado do Rio, as comunidades do Batan, em Realengo, Zona Oeste da cidade, e do Morro da Formiga, na Tijuca, Zona Norte do Rio, foram as primeiras a receber Centro de Mediação Comunitária de Unidade de Polícia Pacificadora (UPP), cujos mediadores são os próprios policiais militares que participaram do curso promovido pelo Judiciário fluminense.

Em atenção ao disposto na Resolução CNJ nº. 125 de 2010, foi criado pela Resolução nº 23/2011 do Órgão Especial da Corte de Justiça do TJRJ o Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC).

O NUPEMEC é órgão colegiado não jurisdicional permanente de assessoria à Presidência do Tribunal de Justiça, tendo sua sede na Comarca da Capital e como atribuições:

- (i) desenvolver a Política Judiciária de tratamento adequado dos conflitos de interesses, estabelecida na Resolução nº. 125, de 2010, do Conselho Nacional de Justiça;
- (ii) planejar, implementar, manter e aperfeiçoar as ações voltadas ao cumprimento da política e suas metas;
- (iii) atuar na interlocução com outros Tribunais e com os órgãos integrantes da rede mencionada nos arts. 5º e 6º¹⁷ da Resolução nº. 125, de 2010, do Conselho Nacional de Justiça;
- (iv) propor ao Presidente do Tribunal de Justiça a instalação e a normatização dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, que concentrarão a realização das sessões de conciliação e mediação que estejam a cargo de juízes leigos, conciliadores e mediadores, dos órgãos por eles abrangidos;
- (v) propor à Escola da Magistratura e à Escola de Administração Judiciária o modelo padrão de capacitação, treinamento e atualização permanente de magistrados, juízes leigos, servidores, conciliadores e mediadores nos métodos consensuais de solução de conflitos;
- (vi) manter junto à DGPES/DEDEP o cadastro atualizado de conciliadores e mediadores, de forma a regulamentar os processos de inscrição, supervisão e desligamento;¹⁸
- (vii) propor ao Presidente do Tribunal de Justiça a forma de regulamentação, se for o caso, da remuneração de conciliadores e mediadores, nos termos da legislação específica, bem como a criação de um banco de cadastro de trabalho voluntariado nas áreas de conciliação e mediação;
- (viii) incentivar a realização de cursos e seminários sobre mediação e conciliação e outros métodos consensuais de solução de conflitos;
- (ix) auxiliar na realização de convênios e parcerias com entes públicos e privados, para atender aos fins da Resolução nº. 125, de 2010, do Conselho Nacional de Justiça;

¹⁷ Rede constituída por todos os órgãos do Poder Judiciário e por entidades públicas e privadas parceiras, inclusive universidades e instituições de ensino.

¹⁸ De acordo com a Resolução NUPEMEC/TJ/RJ Nº 01/2012, o certificado de mediador, expedido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, tem validade de um ano e os mediadores deverão renovar, anualmente, mediante a comprovação do cumprimento dos requisitos intrínsecos ao tema e de submissão a reciclagem periodicamente imposta.

(x) auxiliar na criação, colheita e manutenção dos dados estatísticos que versem sobre conciliação e mediação;

(xi) auxiliar na elaboração do(s) link(s) da conciliação e mediação no Portal do Tribunal de Justiça, concentrando todas as práticas, informações e dados estatísticos relativos ao tema.

A Resolução nº 19 /2009 do TJRJ que dispõe sobre a regulamentação da atividade de Mediação no âmbito do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro é fundamentada na concepção de que a mediação tem por escopo a otimização da solução dos conflitos, a prevenção de litígios, a inclusão social pela valorização do ser humano e pelo respeito aos direitos fundamentais. O conceito de mediação adotado no art. 1º desta norma é de

[...] processo por meio do qual uma terceira pessoa neutra, denominada mediador, atua encorajando ou facilitando a resolução de uma disputa entre duas ou mais pessoas, físicas e/ou jurídicas, de modo informal e não adversarial, com o objetivo de auxiliar as partes disputantes a alcançarem um acordo mutuamente aceitável e voluntário. Em mediação, a autoridade decisória é das próprias partes e a tarefa do mediador inclui, mas não se limita a isso, a de ajudar as partes a identificarem questões e interesses subjacentes à lide a serem resolvidos em comum, bem como alternativas de acordos.¹⁹

A opção pela mediação pode ocorrer previamente à demanda judicial ou na pendência de recursos interpostos pelas partes, envolvendo matéria civil e penal.

Há acordos de Cooperação Técnica firmados pelo TJRJ para implantação do Programa de Mediação Pré-processual. A Mediação Pré-processual possibilita a resolução de conflitos ainda pouco estruturados, valoriza a autonomia dos indivíduos e estimula o exercício da cidadania, contribuindo para difundir métodos pacíficos para a resolução de conflitos, ação estratégica de democratização e facilitação do acesso à Justiça.

No âmbito civil são favoráveis as temáticas consumeristas, familiares, envolvendo relações de vizinhança e demais relações de trato continuado, pois a mediação é preferencialmente utilizada diante de controvérsias que envolvam partes que mantêm um vínculo a ser preservado. Por intermédio da mediação

¹⁹ BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Resolução TJ/OE nº 19, de 17 de dezembro de 2009.

permite-se que sejam acolhidas demandas concernentes a relações familiares que extrapolam o conceito de família disposto no art. 226 da Constituição de 1988.

Na esfera penal, abarca tanto as ações penais privadas, quanto as públicas condicionadas à representação. Em ações públicas incondicionadas de infrações de menor potencial ofensivo quando houver vítima direta será necessária, entretanto, a apreciação do acordo pelo Ministério Público e do Juiz como forma de encerramento do processo por falta de justa causa. Nas demais ações penais públicas, a anuência do acordo pelo MP e Judiciário configura cláusula ou condição de eventual suspensão do cumprimento da pena ou do processo. Admite-se a mediação, ainda, em sede de *habeas corpus*.

O mediador é profissional habilitado para estabelecer uma relação de confiança e postura ética com as partes, com vistas a remover possíveis obstáculos que dificultem ou impeçam o acordo. Porém, não dispõe de poder decisório e tampouco deve indicar ou sugerir solução a ser adotada. As partes têm o direito de impugnar o mediador designado, estando este sujeito às causas de suspeição e impedimento previstas no Código de Processo Civil. Apesar da restrição quanto à formação em nível superior de ensino para candidatar-se à certificação como mediador no TJRJ, segundo a doutrina, essencialmente faz-se necessária a habilidade de lidar com as relações humanas e sociais, bem como a ampliação de conhecimentos de caráter multidisciplinar.²⁰

É facultada às partes a assistência técnica mediante advogado, sendo assegurado aos hipossuficientes o direito de ser assistido pela Defensoria Pública. O advogado, por desempenhar papel fundamental na orientação e defesa dos direitos, com vistas a cumprir sua função social, deve verificar no caso concreto a viabilidade da forma não litigiosa na resolução do conflito, oferecer assessoria legal e auxiliar seu cliente a atuar de maneira colaborativa. É vedado ao mediador prestar orientação jurídica.

O mediador está sujeito à observância do respectivo código de ética, mas não pode – em princípio – ser responsabilizado civil ou criminalmente na condução do procedimento, ressalvada hipótese de má-fé, de desrespeito aos

²⁰ DURÇO, Karol Araújo; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A mediação e a solução dos conflitos no Estado democrático de direito*. O “juiz Hermes” e a nova dimensão da função Jurisdicional. p. 17. Disponível em: http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/a_mediacao_e_a_soluciao_de_conflitos_no_estado_de_mocratico.pdf. Acesso em: 01 de agosto de 2012.

direitos fundamentais, à segurança ou à propriedade das partes ou de terceiros. Pode, ademais, ser considerado agente passivo no delito de violação de segredo profissional, artigo 154 do Código Penal, no caso de desobediência à confidencialidade do conteúdo mediado.

A confidencialidade na mediação, em termos gerais, significa o compromisso de manter entre as partes, de forma reservada, toda comunicação existente no procedimento, incluindo o teor das conversas e dos documentos tratados. Enquanto no processo judicial o que está escrito nos autos adquire valor por sua possibilidade de influência nas decisões futuras, na mediação propõe-se uma reflexão sobre a necessidade e possibilidade das partes, sendo dispensável esse registro.²¹ Apenas na estruturação do acordo é imprescindível a redação dos pormenores decididos.

A Resolução nº 19 do TJRJ prevê hipótese de mediação não voluntária, durante a qual ficará suspenso o processo por até 45 dias, prorrogáveis a critério do Juízo. Apesar da aparente incongruência com a sistemática da voluntariedade exigida na mediação, esta hipótese refere-se ao poder-dever do magistrado na célere solução da lide e na conciliação das partes nos termos do artigo 125, incisos II e IV do Código de Processo Civil.²²

Para além da mediação de conflitos, compete aos Centros de Mediação igualmente papel educativo na promoção de eventos em benefício da educação comunitária, da formação e multiplicação de mediadores. Além disso, devem desenvolver ações de reinserção social de menores e de condenados pela prática de infrações de menor potencial ofensivo; de condenados que se encontrem em cumprimento de pena sob o regime aberto ou em livramento condicional, ou mesmo em período de suspensão de execução de pena, e de réu de processo suspenso em decorrência de transação penal. Essa posição de vanguarda do Tribunal do Rio de Janeiro observa a demanda da lide sociológica para além da lide processual.

²¹ CARAM, María Helena; ELIBAUM, Diana Teresa; RISOLIA, Matilde. *Mediación: diseño de una práctica*. Buenos Aires: Librería Histórica, 2006. p.39

²² Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: I - assegurar às partes igualdade de tratamento; II - velar pela rápida solução do litígio; III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça; IV - tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes.

10 Os advogados

No senso coletivo a imagem do advogado está mais atrelada à existência de disputa do que a de resolução de conflitos. Mas, nos últimos trinta anos, a profissão vem sofrendo importantes modificações com vistas a acompanhar as necessidades dos clientes que cada vez mais demandam do *new lawyer*²³ soluções práticas com custo razoável.

As recentes modificações políticas atreladas à legislação e ao Judiciário no que tange à adoção de procedimentos mais céleres, informais e de menor custo no âmbito civil e criminal, a exemplo dos Juizados Especiais, exigem novas habilidades dos advogados. Isto porque a prática desses profissionais é continuamente interferida pelos pleitos sociais e econômicos, e é o adequado manejo das técnicas vigentes no ordenamento jurídico que permite a defesa dos interesses das partes.

O advogado presta serviço público e extrai-se da combinação do disposto no Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) com o Código de Ética profissional do Advogado, que no exercício de sua função social tem dever de (i) estimular a conciliação, (ii) prevenir, sempre que possível, a instauração de litígios, (iii) aconselhar o cliente a não ingressar em aventura judicial, (iv) estimular pela solução dos problemas da cidadania e (v) pela efetivação dos seus direitos individuais, coletivos e difusos.²⁴ Conclui-se, portanto, que o papel do advogado não está adstrito à postulação em juízo, sendo incentivada pela própria legislação brasileira uma atuação instrumentalizada por meio de práticas colaborativas.

Os próprios clientes interferem na dinâmica de trabalho dos advogados. Em razão da publicidade dada aos métodos alternativos de solução de conflitos, aqueles buscam novos meios para discussão de divergência de interesses, exigem formas menos tradicionais e não litigiosas que permitam a contabilização dos custos das eventuais concessões mútuas nas disputas e prevenção de futuros conflitos.

²³ Expressão utilizada por Julie Macfarlane no trabalho publicado sobre sua pesquisa de 10 anos envolvendo as mudanças nas práticas dos advogados provocadas por uma nova onda no Direito, impactado pelos meios alternativos de resolução de conflitos.

²⁴ CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Código de Ética e Disciplina da OAB. Disponível em: <http://www.oab.org.br>.

Há limitações estruturais que precisam ser enfrentadas pelo novo advogado, seja na ruptura da tradição hierarquizada e legalista, seja na adequação da formação dos profissionais para práticas negociais em detrimento das adversariais. Nesse contexto insere-se a discussão sobre identidade profissional e ética,²⁵ pois as formas consensuais de resolução não dispõem de procedimentos regulados por códigos ou normas em sentido estrito, cabendo aos envolvidos a escolha na maneira de condução. A própria posição do advogado é redirecionada, exigindo capacidade técnica para alcançar o comprometimento com a cooperação.

Na mediação, o apego à legislação não é o cerne da questão, a qual perpassa pela flexibilidade recíproca dos clientes na construção conjunta de soluções de benefício mútuo. O advogado deve ajudar seu cliente a identificar as necessidades e os interesses da outra parte, assim como assessorá-lo na construção de soluções de benefício mútuo.

Assim, o encerramento exitoso da mediação é reflexo da contribuição efetiva das partes no processo criativo de construção do documento final, cabendo ao advogado assegurar a presença de todos os elementos mutuamente acordados para a aplicabilidade efetiva do acordo. Os advogados assumem maior protagonismo no momento de reduzir a termo os compromissos para que as questões pactuadas estejam adequadas aos aspectos jurídicos pertinentes. Outros auxiliares técnicos podem ser necessários para atender a todos os contornos específicos do caso e evitar futuras dificuldades no cumprimento do que foi pactuado.

11 Práticas colaborativas (*Collaborative Law*)

Nessa esteira, na década de 1990, surge nos Estados Unidos um movimento capitaneado por advogados de família insatisfeitos com os resultados de seu trabalho: mesmo “ganhando” as causas de seus clientes, percebiam que estes não ficavam satisfeitos. Com efeito, nas causas de família, não existem propriamente ganhadores – todos, de certa forma, perdem! Por estarem no *front* e perceberem de perto os efeitos devastadores de um processo judicial para as

²⁵ MACFARLANE, Julie. *The new lawyer: how settlement is transforming the practice of law*. Toronto: UBS Press, 2008. p.193. “The relationship between a notion of professionalism and ethical behaviours is often unclear because a notion of professionalism seems to transcend the rule-bound sense of ethical conduct widely taught in courses on professional responsibility”.

relações interpessoais, familiares e afetivas, os advogados de família deram início a um movimento denominado *Collaborative Law*.

A advocacia colaborativa consiste em uma prática voltada exclusivamente para a construção de consenso. Os advogados colaborativos assumem um compromisso de não litigância, tanto perante seus clientes quanto perante seus ex-adversos, ou seja, comprometem-se, em um termo assinado (*disqualification clause*), a não litigar naquele caso específico, ainda que as tentativas de acordo fracassem. Tal compromisso é que permite a criação de um ambiente protegido e efetivamente colaborativo, em que todos os envolvidos (partes e advogados) envidarão seus melhores esforços no sentido de se alcançar uma composição consensuada e, para isso, sempre que necessário, poderão exibir documentos, expor seus motivos e exercitar a criatividade de forma livre e destemida, uma vez que não haverá o receio de que tais informações venham a ser utilizadas em eventual processo judicial, por qualquer das partes.

A prática colaborativa parte da premissa de que situações de conflito são inerentes à nossa condição humana e, ainda, não são episódios intrinsecamente negativos. Com efeito, os conflitos, em sua maioria, representam a necessidade ou a premência de uma transição para outro estado de coisas, quase sempre mais funcional e melhor adaptado à realidade do que o anterior. O manejo inadequado, a forma de lidar com as situações conflituosas é que podem detonar o seu potencial destrutivo.²⁶ Ao contrário de outros significativos episódios de transição da vida adulta (formaturas, casamentos, óbitos etc.), nos quais se encontram com facilidade fartas opções de assessoramento em alto nível, às famílias que vivenciavam o divórcio os advogados de família se apresentavam como os únicos profissionais aptos a viabilizar e a concretizar este doloroso rito de passagem.²⁷ Além disso, aquele grupo de advogados compreendeu que os conflitos, em especial os familiares e de natureza afetiva, são fenômenos complexos, contendo inúmeras outras facetas além daquelas mais comumente abordadas, com seus aspectos psicológicos, emocionais, sociais, e financeiros, dentre outros, o que faz

²⁶ DEUTSCH, Morton. *The Resolution of Conflict Constructive and Destructive Processes*. New Heaven CT: Yale University Press, 1993.

O autor introduz o tema dos conflitos e da resolução; define as variáveis que afetam o curso dos conflitos e apresenta uma tipologia; discute a função dos conflitos e faz uma distinção entre conflitos destrutivos e construtivos.

²⁷ TESLER, Pauline H. *Collaborative Law – achieving effective resolution in divorce without litigation*. Chicago: American Bar Association, 2008.

com que a ótica exclusivamente jurídica da situação vivenciada se mostre insuficiente para dar conta, de maneira adequada, dos conflitos desta natureza. Não por acaso, constata-se que um número cada vez maior de pessoas em processo de divórcio tem desenvolvido verdadeira aversão à ideia de recorrer aos escritórios de advocacia de família, fazendo-o somente em último caso e quando a comunicação já está inviabilizada pelo agravamento do conflito. Diante desta circunstância, esse grupo de advogados americanos já não via mais sentido em conduzir seus clientes para um processo litigioso pré-estruturado – que, por sua própria dinâmica, polariza e antagoniza as pessoas, acirrando o conflito – que não atendia às peculiaridades e às reais necessidades dos seus clientes e respectivas famílias. Entenderam que, ao fazer isso, estavam na verdade prestando um desserviço e que, mais tarde, seus clientes perceberiam os efeitos danosos do processo judicial para si e para sua família.

O conflito é um fenômeno complexo e deve ser abordado de maneira ampla, o que só é possível se esta abordagem ocorre por uma ótica multidisciplinar. Assim, a prática colaborativa abrange, sempre que necessário, a possibilidade de atuação conjunta por profissionais de diferentes áreas tais como psicólogos, terapeutas, especialistas em crianças, mediadores, financistas, contadores, peritos etc. A ideia contida nesta prática, portanto, é a de convergir os diversos saberes **a serviço** do sistema familiar, e não **contra ele**. Para tanto, alguns profissionais funcionam como **neutros** e emitem parecer avaliativo sobre uma situação específica; outros podem atuar como *coaches*, por exemplo, fazendo o acompanhamento paralelo de qualquer das partes ou da(s) criança(s), e caminhando em conjunto com os demais profissionais envolvidos no redesenho da família.

A prática colaborativa substitui o conceito de **representação** pelo conceito fundamental de **parceria**: num primeiro momento, como seus efetivos parceiros, os advogados atravessam por este período de transição lado a lado com seus clientes, respeitando seus interesses e necessidades, e conferindo, sempre que preciso, a roupagem jurídica adequada à situação; e, em um segundo momento, atuam em parceria com os outros advogados, com o objetivo comum de encontrar o **ponto ótimo** para aquele específico arranjo familiar, o que fará dos dois advogados – antes ex-adversos – profissionais bem-sucedidos em sua empreitada,

também aqui não havendo as figuras do vencedor e do vencido: todos com certeza ganham!

12 Desenho de sistemas de resolução de disputas

A advocacia colaborativa, como visto, teve sua origem na prática do direito de família, mais especificamente nas questões que envolvem o divórcio. No entanto, tal prática não está, de forma nenhuma, restrita a esta seara. Outro importante caminho para a disseminação desta prática é a possibilidade de atuação dentro de um sistema de resolução de disputas, em que os advogados são convidados a atuar colaborativamente.

O “DSD”, ou *Design de Sistemas de Disputas*, é um campo relativamente novo no rol das ADRs (*Alternative Dispute Resolutions*) e pode ser definido como “um conjunto de procedimentos criados sob medida para lidar com um conflito determinado, ou uma série destes”.²⁸ Assim, em situações específicas, como eventos danosos de grandes proporções, a possibilidade de criação de um sistema customizado para gerenciar e resolver os múltiplos conflitos já instaurados ou em potencial, conforme as peculiaridades do caso concreto, se mostra ferramenta dinâmica e eficaz, capaz de atender com mais eficácia àqueles que identificam na proposta a via adequada para ter seus direitos e necessidades atendidos.

Como sintetiza Diego Faleck,

o processo de design de um sistema de disputas pode ser dividido em cinco etapas: (i) análise dos conflitos e das partes interessadas e afetadas; (ii) definição dos objetivos e prioridades do sistema; (iii) criação de consenso e desenvolvimento do sistema; (iv) implementação do sistema, disseminação e treinamento; e (v) avaliação constante do sistema, adaptando-o de forma a permitir o aprendizado com a experiência.²⁹

Com inspiração em bem-sucedidas experiências internacionais de DSD (dentre as quais se destaca o plano de reparação às vítimas dos ataques às Torres Gêmeas em 11/09/2001),³⁰ o Brasil protagonizou a instalação da Câmara de Indenização da TAM (CI 3054) em 2007 e, mais recentemente, o Programa de Indenização do Voo 447, pelo desastre ocorrido no dia 30 de maio de 2009, com o

²⁸ FALECK, Diego. Introdução ao Design de Sistemas de Disputas: Câmara de Indenização 3054. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*. São Paulo: IOB, n.23, 2010. p. 8.

²⁹ *Idem*, p. 10.

³⁰ *September 11th Victim Compensation Found in 2001*. Disponível em: <http://www.justice.gov/archive/victimcompensation/>. Acesso em: 01 de agosto de 2012.

voo 447 (Rio-Paris) da empresa aérea Air France. Tais programas foram concebidos como opção para os familiares das vítimas à via judicial e à negociação individual. Com efeito, constituíram uma alternativa – não vinculante, não obrigatória e não excludente das outras vias – de atuação em um sistema extrajudicial de mensuração de reparação de danos, tanto morais quanto materiais. Em casos como os citados acima, para ser atraente e considerada uma “boa opção” aos beneficiários das vítimas, a concepção do sistema deve ser norteadada pela presença de dois elementos-chave: **confiança** e **valores dignos**. A confiança pode ser alcançada pela clareza e pela fácil compreensão do procedimento, que tem como princípios norteadores a transparência, a isonomia, o apoio em critérios objetivos, a eficiência, o tratamento digno das partes e a presença de autoridades públicas, que conferem legitimidade e credibilidade ao programa. O desafio de identificar a zona de acordo possível, por meio de critérios objetivos, como a jurisprudência dos Tribunais Superiores em situações análogas, é que vai conferir legitimidade aos valores referenciais de um programa desta natureza.³¹

A transparência – um dos pilares que sustentam um sistema de resolução de disputas – traz necessariamente a reboque a segurança, pois permite o conhecimento prévio, claro e abrangente do programa (regimento, normas, procedimento). Há ainda a garantia do tratamento isonômico dos beneficiários, a partir do estabelecimento de parâmetros predeterminados, além da utilização de critérios objetivos para a composição de soluções práticas – por exemplo, de indenizações a serem pagas.

Ressalta-se que a presença de autoridades públicas, na composição de um sistema de resolução de disputas em eventos de maior magnitude, é de fundamental importância, pois garante o equilíbrio das negociações e a razoabilidade dos parâmetros indenizatórios preestabelecidos, conferindo maior legitimidade ao sistema e viabilizando um ambiente controlado e não adversarial, em que as partes possam compor os próprios acordos com absoluta autonomia, eficiência e sigilo.³² O mesmo já não ocorre na negociação individual, que acontece fora do âmbito do sistema e, normalmente, apenas entre os advogados.

³¹ FALECK, Diego. Introdução ao Design de Sistemas de Disputas: Câmara de Indenização 3054. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*. São Paulo: IOB, n.23, 2010. pp.7-32.

³² FURST, Olivia; TARTUCE, Fernanda. *Programa de Indenização: uma iniciativa pioneira*. Rio de Janeiro: Tribuna do Advogado, 2010. p. 13.

Além das sérias dificuldades inerentes a questões desta natureza, a negociação direta normalmente é pautada pela desconfiança, pelo desequilíbrio e pela barganha, somado ao fato de o advogado ter o receio permanente de que qualquer informação indevidamente exposta ao “outro lado” seja usada contra o seu cliente, o que acaba por inibir as boas ideias e o alcance dos melhores acordos possíveis dentro do contexto.

No âmbito dos sistemas, os advogados são convidados a atuar colaborativamente, ou seja: para desempenhar a relevantíssima função de assessoramento aos seus clientes na construção e na celebração de eventual acordo, no PI 447, por exemplo, os advogados e as partes – dos dois lados, por óbvio – assinavam um termo de confidencialidade, comprometendo-se a não utilizar em eventual processo litigioso, existente ou futuro, quaisquer informações ou documentos trazidos no âmbito do programa. Assim, viabilizou-se um espaço de conversa blindado, totalmente protegido para possibilitar a exposição da intimidade familiar/financeira, a exibição de documentos e o exercício da criatividade voltada para a solução de questões com maior complexidade, sem o receio de que tais informações pudessem constar dos autos de um processo judicial.

A contribuição dos instrumentos alternativos de resolução de controvérsias aponta para a difusão de uma cultura de responsabilidade, altamente identificada com os novos tempos, e cujo valor intrínseco é abrangente e indiscriminado, atendendo e alcançando tanto indivíduos como empresas. Com efeito, se largamente disseminadas, iniciativas como esta, que colocam frente a frente as partes envolvidas em determinada condição com forte potencial conflituoso, com cada uma destas partes assumindo suas verdadeiras responsabilidades e mantendo-se no controle das próprias decisões, com o objetivo de encontrar uma solução equilibrada para a situação vivenciada, sem vencedores e vencidos, colocam nossa sociedade, indubitavelmente, num patamar mais elevado. E com o estabelecimento de sistemas de resolução de disputas criados sob medida para situações específicas, os advogados, ao contrário do que muitos pensam, ganham uma nova vertente de atuação, pois tem um papel fundamental na condução deste processo de negociação, ao representar os interesses de seus clientes de forma

multidimensional, abrangendo todos os aspectos do conflito de forma ágil e eficaz.

13 Da mediação internacional

Há algumas definições possíveis para processos de Mediação Internacional. Pode-se citar, por exemplo, o artigo XI do Pacto de Bogotá (*Tratado Americano de Soluciones Pacíficas*), exarado na IX Conferência Internacional Americana, em vigor desde 06.05.1949, sendo o Brasil signatário desde 30 de abril de 1948 (ratificação em 06.11.1965), que diz:

ARTICULO XI. El procedimiento de mediación consiste en someter la controversia a uno o más gobiernos americanos, o a uno o más ciudadanos eminentes de cualquier Estado Americano extraños a la controversia. En uno y otro caso el mediador o los mediadores serán escogidos de común acuerdo por las partes.

Assim como na mediação nacional, nos processos de Mediação Internacional mostra-se necessária a assunção de consenso entre os disputantes para que o processo seja realizado. A mediação Internacional consubstancia, nestes termos, ato amistoso, individual ou coletivo, pelo qual um Estado ou grupo de Estados atuam na qualidade de intermediários (Mediadores), na busca de uma solução pacífica para contendas envolvendo outros Estados, registrando-se ainda que os Mediadores poderão ainda ser organizações internacionais reconhecidas ou eleitas (*ad hoc*) pelas partes, ou um cidadão com prestígio internacional suficiente para negociar com os Estados envolvidos.

A Mediação representa, no limite, importante ferramenta diplomática na busca de acordos e pontos de convergência para solução dos conflitos contemporâneos, mostrando-se notoriamente relevante a existência ratificadora de normas internacionais neste sentido, uma vez que não existe um controle supranacional com o necessário poder coercitivo e heterônomo para regular as relações entre Estados.

Esta espécie de procedimento encontra-se igualmente prevista na Carta da OEA – Organização dos Estados Americanos, assinada pelo Brasil ainda em 30.04.1948 (ratificada em 11.02.1950), em seus arts. 24 e 25, conforme abaixo:

Artigo 24

As controvérsias internacionais entre os Estados membros devem ser submetidas aos processos de solução pacífica indicados nesta Carta. Esta disposição não será interpretada no sentido de prejudicar os direitos e obrigações dos Estados membros, de acordo com os artigos 34 e 35 da Carta das Nações Unidas.

Artigo 25

São processos pacíficos: a negociação direta, os bons ofícios, a mediação, a investigação e conciliação, o processo judicial, a arbitragem e os que sejam especialmente combinados, em qualquer momento, pelas partes.

Quanto ao papel da OEA na solução de conflitos entre as partes contratantes, merece ressalva o ocorrido durante a guerra das Malvinas, evento em que os Estados Unidos posicionaram-se em favor de país estrangeiro ao Tratado e não inserido no continente, desrespeitando, dentre outras normas internacionais, o TIAR – Tratado Interamericano de Assistência Recíproca, gerando, em consequência, substancial enfraquecimento da Organização no relacionamento entre seus membros, ante a quebra de confiança decorrente da inoperância desta face às contingências continentais.

Além das previsões interamericanas para a Mediação Internacional, há que se falar no art. 2, item 3 e art. 33, ambos da Carta das Nações Unidas (assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Internalizada pelo Decreto nº 19.841, de 22.10.1945), em que se lê:

Artigo 2 [...] 3. Todos os Membros deverão resolver suas controvérsias internacionais por meios pacíficos, de modo que não sejam ameaçadas a paz, a segurança e a justiça internacionais.

Artigo 33. 1. As partes em uma controvérsia, que possa vir a constituir uma ameaça à paz e à segurança internacionais, procurarão, antes de tudo, chegar a uma solução por negociação, inquérito, mediação, conciliação, arbitragem, solução judicial, recurso a entidades ou acordos regionais, ou a qualquer outro meio pacífico à sua escolha.

Como se vê, inúmeros são os Tratados Internacionais que tratam e incentivam o tema, sendo a paz entre as nações o fim último deste tipo de proposição, sugerindo aos Estados, de maneira reiterada, a busca de solução pacífica para qualquer tipo de controvérsia eventualmente enfrentada e, dentre os

meios pacíficos e não judiciais de solução dos litígios, surge como opção válida, óbvia e bastante utilizada, a Mediação.

Muitos também são os casos de aplicação de processos de Mediação Internacional no decorrer da história, tais como os acordos de Camp David, de 1978, que resultaram de longo processo de negociação entre o presidente do Egito, à época, Anuar Sadat, e o primeiro-ministro israelense, Menachem Begin, com a participação do presidente norte-americano Jimmy Carter.

O processo de Camp David redundou nos processos de mediação norte-americana dos anos 90 e, posteriormente, no processo de Oslo, quando a Noruega se ofereceu para conduzir as negociações entre Israel e Palestina, estendendo-se, em consequências e repercussões, até a presente data, eis que lida com questão de muitos meandros.

Há ainda a recente tentativa de mediação internacional na crise do Egito, durante a Primavera Árabe, atestando as autoridades egípcias que a mediação, em que pese tentada, restou infrutífera naquela situação, e, afora as questões inerentes ao Oriente Médio e norte da África, pode-se citar o caso Contadora, quando um grupo de países americanos deu importante passo no sentido de manutenção da paz na América Central.

Seguindo esta linha de raciocínio, no mundo contemporâneo, no qual convivemos com armas cada vez mais sofisticadas e potentes, levando ainda em consideração os altos custos envolvidos em qualquer embate físico entre nações, estando o poder e suas manifestações rateados entre atores internacionais dos mais diversos calibres, a Mediação surge como um meio efetivo e econômico para sanar controvérsias entre Estados e alcançar conclusões justas e razoáveis na solução de litígios internacionais, sendo certo que a consciência global e das nações individualmente consideradas quanto à ideia de responsabilidade moral da comunidade internacional – conceito relativamente novo – aumentou sobremaneira ante a maior relevância conferida a assuntos como os direitos humanos e seus defensores.

13.1 Mediação em casos de sequestro internacional de crianças – A Convenção da Haia de 1980

Ainda sobre aspectos da Mediação Internacional, cabe tecer comentários sobre a Convenção da Haia de 1980, da qual o Brasil é signatário, tendo sido esta aprovada em 25.10.1980, na Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, vindo a, no Brasil, entrar em vigor quase 20 anos depois, pelo Decreto nº 3.413/2000, com designação de Autoridade Central para atender aos comandos da Convenção em 04.10.2001 (Decreto nº 3.951/2001).

Quando da aprovação da Convenção, apesar do incentivo convencional à busca por soluções consensuais sobre a guarda de crianças, as primeiras utilizações desta ao redor do globo tiveram natureza judicial e não mediatória, ante a carência internacional de normas processuais específicas para instrumentalizar os procedimentos nos casos de abdução transnacional de crianças.

A mediação tem, recentemente, crescido em utilização para situações desta natureza, seguindo na esteira da chamada “advocacia colaborativa”, conceito que abarca a ideia de que, em processos envolvendo Direito de Família (não somente nestes casos, todavia, principalmente neles), reforce-se a ideia da mediação, com vistas a reduzir o impacto psicológico desse tipo de demandas, forçando o diálogo entre os envolvidos e evitando uma decisão judicial, ao final, que diga sobre vencedores e vencidos, isso sem mencionar que, quando a parte interessada atua, diretamente, na assunção de solução consensual à controvérsia, alcança-se sensação de satisfação que o processo litigioso não pode oferecer.

O processo de globalização facilitou, em muito, a movimentação de coisas e pessoas através de países, por vezes com viés turístico e por outra profissional, sendo este último, no mais das vezes, vetor para a formação de famílias com genitores provenientes de diferentes nacionalidades, o que acaba por gerar delicadas situações em caso de posterior separação do casal, seja de natureza patrimonial ou parental.

Neste esteio, a Convenção da Haia de 1980 representa forte instrumento para defesa de interesses em caso de sequestro internacional de crianças, uma vez que estabelece, entre os Estados parte, em síntese, o foro competente para apreciação de questões sobre a guarda de menores (local de residência habitual do

infante), a ilicitude da retirada da criança de seu país de residência habitual sem autorização do codetentor do direito de guarda, além de conferir poder suficiente ao Estado requerente para exigir o restabelecimento ao *status quo ante*, determinando o retorno da criança ao seu país de residência habitual.

Além dos pontos suscitados no parágrafo acima, cumpre destacar que a Convenção também tem o condão de tornar irrelevantes eventual decisão judicial proferida no Estado requerido (não habitual à criança), ainda que esta confira a guarda ao abductor do menor, evitando assim o *shopping* de jurisdição e o injusto benefício do raptor.

No Brasil, os procedimentos inerentes à Convenção iniciam-se com a solicitação, pelo Estado de residência habitual do infante, para restituição da criança envolvida, embasada no texto convencional.

Recebida esta solicitação, estando esta de acordo, a Autoridade Central Brasileira (Secretaria Especial dos Direitos Humanos – SEDH, do Ministério da Justiça – Art. 1º, Decreto nº 3.951/2001) deve, em primeiro momento, buscar solução amigável à situação, conforme teor do Art. 7º, alínea “c” e Art. 10, ambos da Convenção:

Artigo 7

As autoridades centrais devem cooperar entre si e promover a colaboração entre as autoridades competentes dos seus respectivos Estados, de forma a assegurar o retorno imediato das crianças e a realizar os demais objetivos da presente Convenção.

Em particular, deverão tomar, quer diretamente, quer através de um intermediário, todas as medidas apropriadas para:

[...]

c) assegurar a entrega voluntária da criança ou facilitar uma solução amigável;

Art. 10 – A Autoridade Central do Estado onde a criança se encontrar deverá tomar ou fazer com que se tomem todas as medidas apropriadas para assegurar a entrega voluntária da mesma.

Neste ponto, cabe registrar que o maior problema que emerge de eventuais soluções consensuais baseadas na Convenção são as limitações do próprio texto convencional, eis que, se, por um lado, incentiva-se a mediação e a solução consentida das discussões quanto à residência habitual e o ulterior destino da criança, ao garantir jurisdição sobre o caso ao Estado de residência habitual do

menor, em detrimento daquela inerente ao Estado em que a criança se encontra, dificulta-se a assunção de acordos que envolvam questões mais profundas relacionadas à prole, como custódia, pensão, regulação de visitação, entre outras.

Nestes termos, eventual acordo não poderia, em princípio, ir além do retorno da criança em si, eis que a autoridade que atende aos interessados, neste momento, é a Central do país para onde a criança foi indevidamente levada, não tendo esta qualquer competência para apreciar qualquer outro mérito em discussão, devendo as demais questões serem apreciadas pelo Tribunal competente no Estado de Residência Habitual do menor, conforme teor do art. 16 da Convenção:

Depois de terem sido informadas da transferência ou retenção ilícitas de uma criança, nos termos do Artigo 3, as autoridades judiciais ou administrativas do Estado Contratante para onde a criança tenha sido levada ou onde esteja retida não poderão tomar decisões sobre o fundo do direito de guarda sem que fique determinado não estarem reunidas as condições previstas na presente Convenção para o retorno da criança ou sem que haja transcorrido um período razoável de tempo sem que seja apresentado pedido de aplicação da presente Convenção.

Nestes termos, a Autoridade do Estado para onde a criança foi indevidamente levada ou está indevidamente mantida, no caso de acordo entre os detentores de direito de guarda sobre o menor que envolva, além da ulterior destinação da criança, questões outras como custódia, pensão e afins, não poderão albergar qualquer decisão quanto a estes temas, eis que carecerá de competência, ante os termos da Convenção de 1980, devendo a Autoridade do país de residência habitual do infante apreciar o acordo nestes pontos, se for o caso.

Em outro turno, não havendo acordo, mas sim resistência na restituição da criança, a SEDH (Autoridade Central Brasileira) encaminhará o caso à Advocacia-Geral da União – AGU para a tomada das devidas providências legais e, com o julgamento da citada medida legal, sendo a decisão favorável ao pedido do Estado de residência habitual (país de origem) da criança, caberá à SEDH e à própria AGU tomar as medidas cabíveis para o traslado do menor.

Assim, temos a seguinte ordem cronológica de passos a seguir caso enfrentemos algum pedido de restituição de criança:

- (1) SOLICITAÇÃO DO ESTADO DE RESIDÊNCIA HABITUAL DA CRIANÇA;
- (2) RECEPÇÃO E ANÁLISE PELA AUTORIDADE CENTRAL BRASILEIRA (SEDH);
- (3) BUSCA DE SOLUÇÃO AMIGÁVEL;
- (4) NÃO SENDO ESTA POSSÍVEL, ENCAMINHA-SE O CASO À AGU;
- (5) PROPOSTA A MEDIDA JUDICIAL CABÍVEL, COM SUA DECISÃO, SENDO ESTA FAVORÁVEL À RESTITUIÇÃO DA CRIANÇA, EFETUA-SE O TRASLADO DO MENOR.

Existem ainda, no caso brasileiro, peculiaridades que acabam por tomar tempo excessivo na solução dos casos envolvendo os temas aqui abordados, como pelo fato de a Convenção não trazer em seu corpo normas processuais próprias, relegando ao judiciário interno de cada Estado parte o processamento prático de seus ditames, o que, por si só, torna a aplicação do texto convencional desuniforme, no Brasil, havendo o judiciário comum estadual e o federal, existem casos de proposituras de demandas perante as Varas de Família e, sobre o mesmo tema, nas Varas Federais, gerando um claro conflito de competência.

Pela reiterada jurisprudência nacional, fundada no art. 109, in. III, da Constituição, que prevê serem os Juízes Federais competentes para processar e julgar “as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional”, tem-se decidido ser da competência da Justiça Federal a apreciação de questões afetas à Convenção de Haia, conforme aresto abaixo colacionado:

STJ – CONFLITO DE COMPETÊNCIA – CC100345 RJ 2008/0248384-5 – Relator: Ministro Luis Felipe Salomão – Julgamento: 18.03.2009 – Segunda Seção – Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA ESTADUAL E JUSTIÇA FEDERAL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE SOCIO-AFETIVA CUMULADA COM POSSE E GUARDA. AÇÃO DE BUSCA, APREENSÃO E RESTITUIÇÃO DE MENOR AJUIZADA PELA UNIÃO FEDERAL COM FUNDAMENTO NA **CONVENÇÃO DE HAIA** SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO **SEQÜESTRO** INTERNACIONAL DE **CRIANÇAS**. 1. A conexão afigura-se entre duas ou mais ações quando há entre elas identidade de objeto ou de causa de pedir, impondo a reunião das demandas para julgamento conjunto, evitando-se, assim, decisões contraditórias, o que acarretaria grave desprestígio para o Poder Judiciário. 2. Demonstrada a conexão entre a ação de

busca, apreensão e restituição e a ação de reconhecimento de paternidade sócio-afetiva cumulada com posse e guarda, ambas com o mesmo objeto comum, qual seja, a guarda do menor, impõe-se a reunião dos processos para julgamento conjunto (arts. 115 -III, e 103 , CPC), a fim de se evitar decisões conflitantes e incompatíveis entre si. 3. A presença da União Federal nas duas causas, em uma delas na condição de autora e na outra como assistente, torna imprescindível a reunião dos feitos perante a Justiça Federal, a teor do que dispõe o art. 109 , I , da Constituição Federal . 4. Ademais, o objeto de uma das demandas é o cumprimento de obrigação fundada em tratado internacional (art. 109 , III , da Constituição Federal). 5. Conflito conhecido, declarando-se competente o Juízo Federal da 16ª Vara Cível da Seção Judiciária do Estado Rio de Janeiro, determinando-lhe a remessa pelo Juízo de Direito da 2ª Vara de Família do Foro Central do Rio de Janeiro/RJ dos autos da ação de reconhecimento de paternidade sócio-afetiva.

Controvérsias desta natureza, de ordem processual interna, tendem a atrasar, sobremaneira, a solução para os casos de sequestro internacional de crianças, colocando em cheque a repercussão positiva prática intentada pela Convenção, qual seja seu mote principal, o retorno do infante ao seu país de residência habitual, eis que injustamente subtraído.

A mediação, nestes casos, além de constituir importante ferramenta psicológica na assunção de solução consensual e construtiva ao imbróglio, acelera substancialmente a resolução sobre o retorno do menor ao seu país de origem, garantindo aos interessados, uma vez o menor devolvido, sob a jurisdição competente, a possibilidade de solução amigável de questões mais profundas afetas à situação, tais como custódia, regulação de visitas, alimentos, entre outras.

Este capítulo não esgota o tema, recomendando-se, fortemente, dentre outros materiais pertinentes, a leitura das Convenções da Haia de 1996 (relativa à responsabilidade parental e medidas de protecção das crianças) e de 2007 (sobre a Cobrança Internacional de Alimentos em benefício dos Filhos e de outros Membros da Família).

QUESTÕES DE AUTOMONITORAMENTO

1. Após ler a apostila, você é capaz de resumir os casos geradores, identificando as partes envolvidas, os problemas atinentes e as possíveis soluções cabíveis?
2. Resuma em poucas palavras a expressão que melhor define o conceito de mediação de conflitos.
3. Analise os princípios que orientam a atuação do mediador.

4. Reflita sobre o papel do advogado na mediação e elenque situações hipotéticas em que sua atuação seja recomendada.
5. Do seu ponto de vista, enumere alguns exemplos em que a prática colaborativa teria pertinência. Tente, também, reunir alguns exemplos nos quais, a seu ver, não caberia sua implementação.
6. Identifique eventos recentes que poderiam ter gerado um ‘desenho de sistema de resolução de disputa’ e, nesses casos, em linhas gerais, como teria sido o **seu** desenho. Pense também de que forma um sistema pode ser desenhado para atuar de maneira preventiva.
7. Pense e descreva, mentalmente, alternativas para a solução dos casos geradores.

SUGESTÃO DE CASOS GERADORES

Caso 1 - Os Almeidas: um caso de empresa familiar

O caso

Com esforço, Manuel (falecido) e Francisca puderam garantir aos quatro filhos uma educação de qualidade. Antônio (60 anos) e Augusto (falecido aos 51 anos) concluíram seus estudos em administração de empresas com o firme propósito de trabalhar ao lado do pai; Joaquim (48 anos) graduou-se também em engenharia e fez pós-graduação no exterior. Margarida (58 anos) cursou o magistério, mas acabou se resignando com uma função de cunho gerencial nos negócios da família – uma rede de supermercados.

Dona Francisca e a(s) família(s) de três de seus quatro filhos são integralmente providas pela receita oriunda da rede de supermercados. Joaquim galgou a posição de presidente de uma multinacional, com sede em Curitiba, e pouco se interessa pelos rumos da empresa de seu pai.

O momento de deflagração do conflito

Quando a terceira geração (netos de Manuel e Francisca) chegou à fase adulta, sua influência sobre a direção dos negócios passou a ser bastante intensa e contundente, especialmente em virtude (i) do fato de três dos quinze netos terem voltado sua orientação profissional às áreas consonantes com os interesses da empresa e (ii) da convicção de que os conhecimentos técnicos de ponta adquiridos

em seus cursos universitários terão o condão de superar a estagnação das práticas gerenciais, já obsoletas, e trazer resultados muito mais lucrativos.

A partir da constatação de que a rede de supermercados não tem mais fôlego para continuar provendo a viúva e mais três famílias, e de que está seriamente endividada, inclusive por passivos fiscais e trabalhistas, o conflito ganha um tom ainda mais confrontativo e passa a envolver as três gerações.

Perguntas dinamizadoras:

1. Caberia Mediação nesse caso? Benefícios e custos.
2. Em caso positivo, quem seriam os atores do processo de diálogo?
3. Que outros instrumentos poderiam conduzir a uma solução que atendesse a todos?

Bibliografia Comentada

DAVIS, John A.; GERSICK, Kelin E.; McCOLLUM Marion H.; LANSBERG, Ivan. *De Geração para Geração – ciclos de vida das empresas familiares*. São Paulo: Negócio Editora, 1998.

Essa obra é emblemática no campo das empresas familiares. São esses autores que lançam a ideia dos três círculos entrecruzados – família, empresa e propriedade – que caracterizam essas empresas. Discriminar as três instâncias no cotidiano e manter fluida a comunicação são fatores indispensáveis ao sucesso dessas organizações.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como Chegar ao Sim. A negociação de acordos sem concessões*. Tradução de Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. 2. ed. revisada e ampliada. Rio de Janeiro: Imago, 2005.

Os autores descrevem, inicialmente, os problemas decorrentes do uso de estratégias padronizadas pelo modelo negocial baseado na barganha. Apresentam, a seguir, os quatro princípios da negociação baseada em interesses – Harvard Negotiation Project –, cerne do processo de Mediação.

Caso 2 - Os Campelo: um caso de sucessão hereditária

O caso e o momento de deflagração

A família Campelo é composta por uma viúva (Lourdes) e seus quatro filhos adultos, que não mantiveram proximidade de vínculos afetivos ou convivência: uma mulher casada, com 45 anos e quatro filhos (Marina); uma solteira, com 32 anos (Norma); um homem casado, com 42 anos e sem filhos (Afonso) e outro solteiro, com 34 anos (Conrado).

A morte prematura do patriarca (Rubens) – grande produtor de soja, proprietário de extensa área de terras e provedor afetivo e financeiro de todos – vem ocasionando, ao longo dos últimos cinco anos, a necessidade de redefinição de papéis e de conjugação de esforços para a administração das fazendas, de seus negócios e do espólio.

Nem a meeira, tampouco os herdeiros detêm especial conhecimento sobre as atividades que eram tão bem desempenhadas por Rubens. Norma assumiu, de forma quase que instantânea e intuitiva, a função de administradora da fazenda e dos negócios que lhe são correspondentes.

Todos manifestam interesse na ultimação imediata da partilha do acervo hereditário. Os três irmãos com maior premência financeira – Marina, Afonso e Conrado – questionam se de fato Norma é sincera nessa intenção. Norma tem feito da administração dos negócios do pai um de seus objetivos de vida. Lourdes – inventariante do espólio – demonstra claramente sua insegurança quanto à administração futura da parte que lhe caberá na fazenda e nos negócios.

Marina, Afonso e Conrado resolvem romper com a mãe e a irmã e contratar um advogado para questionar as contas do espólio.

Perguntas dinamizadoras:

1. Cabe ainda a Mediação?
2. Se positivo, qual a motivação?
3. Custos e benefícios da Mediação e de outras formas de resolução desse conflito.

Bibliografia Comentada

CARAM, María Helena; EILBAUM, Diana Teresa; RISOLÍA, Matilde. *Mediación* – diseño de una práctica. Buenos Aires: Librería Histórica, 2006.

As autoras são advogadas argentinas dedicadas à prática privada e à docência em Mediação e compartilham nessa obra sua experiência de mais de dez anos. O livro

volta-se, com minúcia, ao passo a passo do processo de Mediação, do encaminhamento aos aportes técnicos.

MOORE, Christopher W. *O Processo de Mediação – estratégias práticas para a resolução de conflitos*. Porto Alegre: Artmed, 1998.

Moore é um consultor internacional no campo da administração de conflitos, graduado em história e pós-graduado em sociologia, política, especialmente dedicado às questões ambientais e de políticas públicas. Essa obra se sobressai pela abrangência e clareza e dedica-se ao passo a passo da Mediação, antes mesmo do seu início.

Caso 3 - Os Castro: um ex-casal que chega ao Juizado Especial Criminal

O caso e o momento de deflagração do conflito

Ernesto e Wilma são militares com patentes hierarquicamente distintas. Ambos foram casados e tiveram filhos nas uniões anteriores – ela, duas meninas de 12 e 15 anos e ele um menino de 8 anos. As particularidades dos recasamentos, incluindo a dificuldade de diálogo com os ex-parceiros e a delicadeza do convívio com os filhos do primeiro casamento, foram administradas com momentos de tensão. Habitados a ações diplomáticas no âmbito familiar e profissional, conseguiram construir um bom relacionamento durante dez anos de convivência, até se divorciarem pela segunda vez.

A convivência entre ambos precisou ser mantida em função de Carlos, um menino de 4 anos que passou a mostrar, após a separação, um comportamento muito agressivo. Os processos de separação e de fixação de pensão alimentícia e o estabelecimento da nova rotina de convivência com Carlos foram marcados por muitas discussões. Cada encontro para levar ou trazer o filho, assim como as conversas agendadas para falar a respeito dele, resultavam em agressões verbais e, eventualmente, físicas.

Um processo de responsabilidade por dano moral em função de Ernesto ter agredido Wilma no ambiente de trabalho resultou no pagamento de quinze mil reais e nos prejuízos funcionais que um fato como esse trás para a vida militar. O conflito continuou escalando, motivando a aplicação da Lei Maria da Penha e uma queixa crime contra Wilma, por calúnia, foi encaminhada ao JECrim.

Perguntas dinamizadoras:

1. A Mediação pode ser indicada para o caso? Justificativa. Custos e benefícios.
2. Caso seja aplicável, do que trataria?
3. Que outros recursos poderiam se aplicar ao caso? Custos e benefícios.

Bibliografia Comentada

SLUZKI, Carlos. *A Rede Social na Prática Sistêmica*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 1997.

O autor discorre sobre os vínculos interpessoais que os sujeitos estabelecem em sociedade e suas repercussões. Dentre as proposições gerais sobre a rede social, fala como esta rede afeta a saúde do indivíduo e como a saúde do indivíduo afeta a rede social.

ZEHR, Howard. *Trocando as Lentes – um novo foco sobre o crime e a Justiça Restaurativa*. São Paulo: Palas Athena, 2008.

O autor apresenta distinções entre os paradigmas da Justiça Retributiva e da Justiça Restaurativa, como duas lentes com dessemelhantes visões de justiça. Identifica que a nova lente amplia a percepção do crime – também como violação de pessoas e relacionamentos – e aponta para o objetivo de restaurar as relações.

Caso 4 - A Mineradora e o Condomínio: um caso de conflito ambiental

O caso

O quadrilátero ferrífero de Belo Horizonte tem aproximadamente 2.500 quilômetros quadrados e contribuiu, ao longo dos anos, para a convivência entre a exploração de minério de ferro e a urbanização. A cidade de Nova Lima é o cenário do conflito potencial aqui apresentado.

A discordância entre um condomínio de alto luxo e uma grande mineradora, na década de 1990, foi precedida por desavença entre o mesmo condomínio e uma mineradora menor que já fazia sua exploração no local quando a empresa de maior porte anunciou sua chegada. A paz parecia ter deixado de existir para todos aqueles 500 condôminos, com suas casas cercadas de jardins, quadras de tênis e um campo para a prática do golfe.

A desavença com a empresa menor começou quando o condomínio constatou uma redução de água em seus poços artesianos e atribuiu o fato à empresa familiar mineradora que atuava em sua cercania, uma vez que a extração de minério demanda enorme utilização de água.

A pequena empresa contratou um geólogo para fazer uma pesquisa e emitir um laudo que pudesse, inclusive, junto aos órgãos governamentais, selar responsabilidades. O geólogo eleito era também mediador e conduziu a pesquisa e o paralelo diálogo entre as duas partes – condomínio e mineradora familiar – de forma não adversarial. Por sua competência e postura ganhou a confiança do condomínio, que aceitou seu laudo, mesmo que contrário à ideia inicial – estavam no uso abusivo da água para molhar os jardins e nas rachaduras das piscinas naturais das casas do condomínio as origens da redução de água percebida.

O momento da deflagração do conflito

Um conflito potencial se avizinhou quando a grande empresa mineradora anunciou o início de sua atividade extrativa. Os órgãos governamentais colocaram como condição para a instalação da grande extratora uma composição que atendesse às normas legais e, nesse roldão, os particulares interesses do condomínio e da população periférica poderiam ser incluídos.

Perguntas dinamizadoras:

1. A Mediação poderia ser recurso para esse diálogo?
2. Em caso positivo, que atores deveriam sentar-se à mesa de negociação? Justificativa.
3. Em caso negativo, como o caso poderia ser conduzido? Justificativa.

Bibliografia Comentada

DEUTSCH, Morton. *The Resolution of Conflict – Constructive and Destructive Processes*. New Heaven CT: Yale University Press, 1993.

O autor dedica-se a diferentes vertentes do tema **conflitos**, identificando variáveis que afetam seu curso, reafirmando seus aspectos positivos e discriminando conflitos construtivos e destrutivos a partir dos meios utilizados para administrá-los.

SOARES, Samira de O. *Mediação de Conflitos Ambientais – um novo caminho para a governança da água no Brasil?* Curitiba: Juruá, 2010.

Essa obra, fruto de uma dissertação de mestrado de uma mediadora que é consultora jurídica em meio ambiente, articula os dois temas – Mediação e meio ambiente – com especial foco nos recursos hídricos, mas chamando a atenção para outras aplicabilidades da Mediação na seara ambiental.

Caso 5 - Um divórcio com múltiplos aspectos

Ruth e Alfredo foram casados por 20 anos e tiveram dois filhos, Luísa (17 anos) e João (14 anos). Alfredo é executivo de uma empresa de telefonia e Ruth é bióloga, mas desde o nascimento da primeira filha reduziu expressivamente sua atividade profissional para dedicar-se à família, tendo inclusive acompanhado Alfredo em seu doutorado na Alemanha por 2 anos. O casal elegeu o regime da comunhão parcial de bens e, durante a constância do casamento, adquiriu um imóvel num bairro de classe média da cidade que serve de moradia para a família, dois automóveis, algumas aplicações financeiras e uma previdência privada em nome de Ruth.

A relação tornou-se muito ríspida nos últimos anos, culminando com o desejo de separação definitiva por parte de Ruth. Alfredo atribui a Ruth a culpa pela separação do casal, uma vez que a mesma tivera um relacionamento homoafetivo com uma amiga do grupo de Yoga, situação com a qual Alfredo lida com extrema dificuldade. Ruth por sua vez atribui a Alfredo a responsabilidade pelo afastamento do casal em virtude dos longos períodos de ausência do marido e, em especial, pelo fato de ele chegar em casa constantemente embriagado, o que torna Alfredo uma pessoa agressiva.

Luísa está prestes a ingressar na universidade e tem um namorado firme, com quem está iniciando sua vida sexual. João, o filho mais novo, tem demonstrado muita ansiedade em relação à situação vivenciada por seus pais, não tem tido um bom desempenho escolar e recentemente foi pego com drogas no pátio do colégio.

Para se divorciar, Ruth e Alfredo precisarão definir a guarda dos filhos, o esquema de convivência parental, a forma de manutenção financeira dos filhos e de Ruth, e a partilha do patrimônio.

Perguntas dinamizadoras:

1. Diante deste cenário, de que forma advogados litigantes conduziriam a situação? E os advogados colaborativos?
2. E, nas duas hipóteses, qual o impacto de cada abordagem para o sistema familiar e para cada membro da família individualmente? Faça uma análise comparativa das duas formas de abordagem e seus desdobramentos.
3. Como você imagina que trabalharia uma equipe multidisciplinar nesse caso?

Bibliografia Comentada

TESLER, Pauline H. *Collaborative Law – achieving effective resolution in divorce without litigation*. Chicago: American Bar Association, 2008.

Uma das pioneiras da Advocacia Colaborativa, Pauline Tesler faz reflexões sobre o porquê da prática colaborativa, e aborda seus estágios, ferramentas, protocolos, documentos, e até mesmo marketing.

WEBB, Stuart G.; OUSKY, Ronald D. *The collaborative way to divorce: the revolutionary method that results in less stress, lower costs, and happier kids, without going to court*. New York: First Plume printing, 2007.

Escrito por Stuart Webb, um dos fundadores do movimento de advocacia colaborativa nos Estados Unidos, e Ronald Ousky, um dos pioneiros nesta prática, o livro é um guia de um processo colaborativo com o objetivo de informar, possibilitar a formulação de estratégias mais eficientes e a melhor compreensão da proposta colaborativa. Afirmam os autores que um divórcio colaborativo não significa ceder ao outro simplesmente; significa um resultado final com menos custo financeiro, menos stress e crianças preservadas e mais felizes.

Caso 6 - A subjetividade e o processo de divórcio

Patrícia e Edgard foram casados por 10 anos e tiveram uma filha, Helena (6 anos), com quem ambos tem uma relação de amor profundo. Patrícia está muito fragilizada com a separação, se sente sozinha, insegura, deprimida e desamparada. Na perspectiva de Patrícia, Edgard sempre exerceu um papel dominador e, perante ele, sente-se acuada e desconcertada. Edgard tem um tom impositivo e controlador, além de se expressar muito melhor do que Patrícia, que é mais tímida

e menos articulada com as palavras. Por esta razão, Patrícia intui que a mediação não seria um bom recurso para eles, pois ela teria muita dificuldade em sentar frente a frente com Edgard e colocar suas questões sem a assessoria constante de alguém ao seu lado. Patrícia teve consultas tanto com um advogado de família tradicional quanto com um advogado de família colaborativo e pôde notar as diferenças de abordagem das questões inerentes ao divórcio, bem como a participação das partes envolvidas nas duas modalidades de advocacia e, por fim, no provável resultado final que as duas apontam.

Perguntas dinamizadoras:

1. Considerando que Patrícia e Edgard têm uma filha de apenas 6 anos e que ainda terão que exercer a parentalidade por muitos anos, qual a forma de abordagem que você consideraria mais profícua? Por quê?
2. Qual o papel do advogado em uma situação que envolva questões subjetivas desta natureza?
3. Reflita sobre os possíveis cenários que as duas modalidades de advocacia poderiam produzir e faça uma análise comparativa.
4. O que você pensa da “intuição” de Patrícia, no que diz respeito à não adequação da mediação ao seu caso? Analise os pontos nos quais poderíamos lhe dar razão, ou seja, nos quais seu temor seria justificado, e, por outro lado, onde e por que ela poderia não estar enxergando os benefícios do processo.

Bibliografia Comentada

CARDENAS, Eduardo José. *El cliente negocia e el abogado lo asesora: una variante poco usada en los conflictos de familia*. Buenos Aires: Lumen, 2004.

O autor atualmente é advogado de família e, durante 20 anos, foi juiz de família em Buenos Aires. O livro trata do importante papel que o advogado de família tem no fortalecimento e no empoderamento de seus clientes em situação de conflito familiar.

TESLER, Pauline H.; THOMPSON, Peggy. *Collaborative divorce: the revolutionary new way to restructure your family, resolve legal issues, and move on your life*. New York: Harper Collins Books, 2007.

Escrito por uma advogada e por uma psicóloga, este livro contrasta a forma antiga e a forma recente de trabalhar determinadas situações-tema. Discorre sobre o Divórcio Colaborativo no seu passo a passo e descreve o exato papel dos advogados, dos *coaches* e dos especialistas em crianças, utilizando inúmeros exemplos.

Caso 7 - O Programa de Indenização do Voo 447

Exemplo brasileiro de Design de Sistema de Resolução de Disputas, o Programa de Indenização do voo 447 (PI 447) consistiu em uma câmara de liquidação extrajudicial dos danos morais e materiais sofridos pelos familiares das vítimas do desastre aéreo com o voo 447 da Air France (2009, Rio de Janeiro-Paris). O programa envolveu autoridades públicas (Ministério da Justiça, Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e PROCON do Estado do Rio de Janeiro), empresas e familiares, tendo conduzido mediações exitosas para indenização de cerca de 80 beneficiários de vítimas do acidente. Tratou-se de uma via opcional, não excludente e não vinculante, de outras vias, tanto no Brasil quanto no exterior.

Perguntas dinamizadoras:

1. Considerando as circunstâncias do evento, em sua opinião, quais foram os principais desafios do designer de um sistema como o PI 447?
2. Você identifica outras situações/eventos recentes em que um sistema de resolução de disputas poderia ter sido elaborado? Exemplifique.
3. Colocando-se, hipoteticamente, como um familiar de uma das vítimas, que informações, documentos ou garantias você esperaria receber de um programa como esse, no que diz respeito à imparcialidade de suas propostas?
4. Em sua visão, que instrumentos, ou mesmo recursos internos, pode se valer um mediador para se manter neutro, emocionalmente blindado, em programas desta natureza? E, ainda: você considera absolutamente necessária esta blindagem por parte do mediador?

Bibliografia Comentada

ARAÚJO, Nadia; FURST, Olivia. Um exemplo brasileiro do uso da mediação em eventos de grande impacto: o programa de indenização do voo 447. In: MUNIZ, Joaquim (Org.). No prelo. Previsão de publicação: Ed. Forense, outubro de 2012.

As autoras descrevem o programa, sua estrutura, seus princípios, procedimentos e, por fim, fazem um balanço da experiência.

FALECK, Diego. Introdução ao Design de Sistemas de Disputas: Câmara de Indenização 3054. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*. São Paulo: IOB, n.23, 2010. pp. 7-32.

O autor foi o idealizador do PI 447. Em seu artigo, Faleck descreve o processo de elaboração de um sistema de resolução de disputas traçando um paralelo com a experiência concreta da Câmara de Indenização do Voo 3054 da TAM (2007), que foi o primeiro sistema nestes moldes implementado no Brasil.

REFERÊNCIAS

Bibliográficas

1 Utilizadas

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha. *A Mediação no novo CPC*. Rio de Janeiro: Forense (Grupo GEN), 2015.

ALMEIDA, Tania. Mediação de conflitos: um meio de prevenção e resolução de controvérsias em sintonia com a atualidade. In: CUNHA, José Ricardo (Org.). *Poder Judiciário: novos olhares sobre gestão e jurisdição*. pp. 77-212.

ARÉCHAGA, Patricia Valeria; BRANDONI, María Florencia. FINKELSTEIN, Andrea. *Acerca de la clínica de mediación: relatos de casos*. Buenos Aires: Librería Histórica, 2004.

BERTALANFFY, Ludwing von. *Teoria geral dos sistemas*. Petrópolis: Vozes, 1977.

BUSH, Robert B.; FOLGER, Joseph P. *The Promise of Mediation - the transformative approach to conflict*. USA: Jossey-Bass, 2005.

CALCATERRA, Rúben A. *Mediación estratégica*. Barcelona: Gedisa, 2002.

CAPRA, Fridjof. *O ponto de mutação*. São Paulo: Cultrix, 1982.

- CARAM, María Helena; ELIBAUM, Diana Teresa; RISOLIA, Matilde. *Mediação: design de uma prática*. Buenos Aires: Librería Histórica, 2006.
- COOLEY, John W. *A advocacia na mediação*. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.
- CONSTANTINO, Cathy A. MERCHANT, Christina S. *Designing conflict management systems: a guide to creating productive and healthy organizations*. San Francisco: Jossay Bass, 1996.
- DEUTSCH, Morton. *The Resolution of Conflict Constructive and Destructive Processes*. New Heaven CT: Yale University Press, 1993.
- FALECK, Diego. *Introdução ao Design de Sistemas de Disputas: Câmara de Indenização 3054*. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*. São Paulo: IOB, n.23, 2010.
- FEINBERG, Keeneth R. “What is life Worth? The Unprecedented Effort to Compensate the Victims of 9/11”. *Public Affairs*, New York, 2005.
- FIORELLI, José O.; MALHADAS JUNIOR, Marcos Júlio O.; MORAES, Daniel L. *Psicologia na Mediação: inovando a gestão de conflitos interpessoais e organizacionais*. São Paulo: LTr, 2004.
- FURST, Olivia; TARTUCE, Fernanda. *Programa de Indenização: uma iniciativa pioneira*. Rio de Janeiro: Tribuna do Advogado, 2010.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- MACFARLANE, Julie. *The new lawyer: how settlement is transforming the practice of law*. Toronto: UBS Press, 2008.
- MAINGUENEU, Dominique. *Novas tendências em análise do discurso*. Campinas: Editora da Unicamp, 1997.
- MENKEL-MEADOW, Carrie. *Roots and Inspirations – a Brief History of the Foundations of Dispute Resolutions*. In: *The Handbook of Dispute Resolution*. Michael L. Moffitt & Robert C. Estados Unidos: Bordone, editors, 2005.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2.ed, 3.tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- SUARES, Marines. *Mediação, conducción de disputas, comunicaci3n y técnicas*. Buenos Aires: Paid3s, 1996.
- TESLER, Pauline H. *Collaborative Law – achieving effective resolution in divorce without litigation*. Chicago: American Bar Association, 2008.

URY, William; FISHER, Roger. *Getting to yes*. New York: Houghton Mifflin Company, 1981.

VASCONCELLOS, Maria José E. *Pensamento sistêmico: o novo paradigma da ciência*. São Paulo: Papirus, 2002.

WATZLAWICK, Paul; BEAVIN, Janet H.; JACKSON, Don D. *Pragmática da comunicação humana: um estudo dos padrões, patologias e paradoxos da interação*. São Paulo: Cultrix, 1967.

2 Complementares

CEZAR-FERREIRA, Verônica A. da Motta. *Família, separação e mediação: uma visão psicojurídica*. 2. ed. São Paulo: Método, 2007.

Em 270 páginas, a autora contextualiza a Mediação na área da família, nos conduzindo para importantes reflexões que articulam o jurídico e o psíquico nesse campo. A família e o evento da separação; o direito de família e os reflexos psicojurídicos; o interesse do menor e as práticas sistêmicas; a mentalidade renovada da magistratura; e a compreensão do sistema familiar fazem cenário para o capítulo dedicado ao processo de Mediação na área da família.

COOPERRIER, David L.; WHITNEY, Dianna. *Appreciative Inquiry – a positive revolution in change*. San Francisco: Berret-Kohler Publishers, 2005.

David trabalha como pesquisador e consultor para inúmeras organizações e coordena diálogos entre grupos com grandiosidade numérica e diversidade cultural. Dianna é uma pioneira no campo da mudança positiva em organizações. Ambos publicaram inúmeros outros livros e dedicam este a estimular indivíduos e grupos a diagnosticarem o que existe de positivo nas relações e nas organizações visando pautar e alavancar mudanças. Esse pensamento é um contraponto à ideia vigente há anos em consultoria - diagnosticar problemas e criar soluções (foco no problema e não na saúde das pessoas, das interações e das organizações).

FOLEY, Gláucia F. *Justiça Comunitária – uma experiência*. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2008.

A juíza Gláucia Falsarella Foley participa de um programa brasileiro de Mediação Comunitária – Programa Justiça Comunitária do TJDF - que é um marco neste campo.

Disponível em

http://www.tjdft.jus.br/tribunal/institucional/proj_justica_comunitaria/comunitaria.htm.

ISAACS, William. *Dialogue and the art of thinking together*. New York: Currency, 1999.

O autor integra a equipe do MIT Dialogue Project, e o livro dedica-se a estudar as características positivas de processos de diálogo, destacando a qualidade da expressão e da escuta, a admissão da diferença e a genuína curiosidade que vê o novo em temas conhecidos.

JONES, Tricia; COMPTON, Randy. *Kids working it out – stories and strategies for making peace in our schools*. San Francisco: Jossey-Bass, 2003.

Tricia é renomada docente na área da Mediação Educacional e destaca neste livro o que realmente faz diferença nesta área – o aprendizado socioemocional como fundamento para a resolução de conflitos no campo da educação (*the heart of the matter: social and emotional learning as a Foundation for conflict resolution education*). O início da Mediação Escolar (década de 1980) privilegiou os programas de mediação de pares (*peer mediation*) que perderam, paulatinamente, o lugar de destaque dando espaço privilegiado à formação dos sujeitos por meio do aprendizado socioemocional vinculado à negociação de diferenças.

MOFFITT, Michael L.; BORDONE, Robert C. *The Handbook of Dispute Resolution*. San Francisco: Jossey-Bass – A Publication of the Program on Negotiation at Harvard Law School, 2005.

O livro “The Handbook of Dispute Resolution” foi escrito por professores do Program on Negotiations de Harvard, inspirados por trabalhos de estudantes em diferentes disciplinas, que perseguiram questões críticas sobre como as pessoas poderiam lidar com maior efetividade com seus conflitos.

MOSTEN, Forrest S. *Collaborative Divorce Handbook – helping families without going to Court*. San Francisco: Jossey Bass, 2009.

O autor é advogado e mediador, dedicado ao tema das práticas colaborativas. Aborda a mudança paradigmática provocada pela perspectiva colaborativa em lugar da adversarial, discorrendo sobre a interdisciplinaridade da abordagem colaborativa e sua articulação com a Mediação.

REDORTA, Josep. *Como Analizar los Conflictos - la tipologia de conflictos como herramienta de Mediación*. Buenos Aires: Paidós, 2004.

Redorta é advogado, renomado mediador na Catalunya, e escreve sobre o processo de construção do conflito – ciclo, estrutura, padrões –, refletindo sobre

diferentes parâmetros para conceituar conflitos e oferecendo uma tipologia que distingue dessemelhantes origens na construção e no estabelecimento da situação conflituosa: recursos escassos, poder, valores, identidade, expectativas, informação, interesse, legitimação.

RODRIGUES JÚNIOR, Edson Walsir. *A Prática da Mediação de Conflitos e o Acesso à Justiça*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

O livro aborda a Mediação sob o prisma do acesso à justiça, notadamente em uma acepção de ordem jurídica justa: adequada, efetiva e tempestiva.

SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal. O novo modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2007.

Apresenta a Justiça Restaurativa como nova forma de perceber o crime (novo paradigma) e comenta o desenvolvimento da Justiça Restaurativa em diversos países no mundo. Faz distinção entre o modelo restaurativo e o tradicional (punitivo), aponta suas implicações no que se refere aos objetivos de ressocialização e conclui que a prática que se desponta é compatível com nosso sistema legal.

SUARES, Marines. *Mediando en sistemas familiares*. Buenos Aires: Paidós, 2002.

Este livro é um guia para mediações em sistemas familiares. A autora parte da teoria sistêmica para analisar os diversos tipos de conflitos neste âmbito e suas possíveis abordagens em mediação.

TESLER, Pauline H.; & THOMPSON, Peggy. *Collaborative Divorce – the revolutionary new way to reconstruct your family, resolve legal issues, and move on with your live*. New York: Harper Collins, 2007.

Escrito por uma advogada e por uma psicóloga, este livro contrasta a forma antiga e a forma recente de trabalhar determinadas situações-tema. Discorre sobre o Divórcio Colaborativo no seu passo a passo e descreve o exato papel dos advogados, dos *coaches* e dos especialistas em crianças.

WINKLE, John R. Van. *Mediation – a path back for the lost lawyer*. Chicago: ABA Section of Dispute Resolution, 2001.

O autor é descrito como um “convertido” da prática do Litígio para a da Mediação. Neste livro, aborda e analisa os dois caminhos, até chegar a

considerações éticas sobre a atuação dos advogados e de terceiros neutros em processos de Mediação.

ZEHR, Howard. *Trocando as Lentes*. Um novo foco sobre o crime e a Justiça Restaurativa. São Paulo: Palas Athena, 2008.

Apresenta os paradigmas de Justiça Retributiva e Restaurativa. Duas lentes, distintas visões de justiça. O autor propõe lentes novas sobre a percepção do crime (agora como violação de pessoas e relacionamentos) e aponta para o objetivo de restaurar as relações dessa abordagem. Aponta, ainda, para as obrigações decorrentes do crime e para a atenção ao atendimento das necessidades das pessoas afetadas pelo ato danoso.

Eletrônicas

ALMEIDA, Tania. *Mediação de Conflitos*: Um meio de prevenção e resolução de controvérsias em sintonia com a atualidade. Disponível em:

http://www.mediare.com.br/08artigos_13mediacaodeconflitos.html.

CONIMA. Código de ética para mediadores. Disponível em: <<http://www.conima.org.br>>.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Código de Ética e Disciplina da OAB. Disponível em: <<http://http://www.oab.org.br>>.

DURÇO, Karol Araújo; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A mediação e a solução dos conflitos no Estado democrático de direito. O “juiz Hermes” e a nova dimensão da função Jurisdicional. Disponível em: <http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/a_mediacao_e_a_solucao_de_conflitos_no_estado_democratico.pdf>.

Jurisprudenciais

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº CC100345 RJ 2008/0248384-5. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 18 de março 2009.

Legislativas

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

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

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940.

BRASIL. Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Substitutivo do Senado ao Projeto de Lei da Câmara nº 94, de 02 de dezembro de 2002.

BRASIL. SENADO FEDERAL. Projeto de Lei do Senado 517, de 2011.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Resolução NUPEMEC/TJ/RJ Nº 01, de 08 de fevereiro de 2012.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Resolução TJ/OE nº 23, de 18 de julho de 2011.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Resolução TJ/OE nº 19, de 17 de dezembro de 2009.

Internacionais

Carta das Nações Unidas.

Carta da Organização dos Estados Americanos.

Tratado Americano de Soluciones Pacificas.

Convenção de Haia de 1980 – Acerca do sequestro internacional de crianças.

Sessão II – Processo de Mediação

ROTEIRO DE ESTUDO

1 Introdução

A vida em sociedade pressupõe variadas e complexas relações sociais intersubjetivas, as quais, quando não são harmônicas, promovem o surgimento de conflitos, cuja pacificação e solução deve ser perseguida pelo Estado e pela própria sociedade.

Primitivamente, as disputas eram solucionados pela autotutela, ou seja, o próprio indivíduo participante da relação social em litígio valia-se do uso da força para impor ao adversário a sua pretensão.³³

A partir da evolução da sociedade e da vedação à autotutela,³⁴ a autocomposição surge como outro sistema de solução de conflitos disponível, a partir do qual uma ou ambas as partes dispõem total ou parcialmente de seus interesses, mediante a desistência, a submissão ou a transação.

Posteriormente, a evolução do Estado e o recrudescimento de sua força formaram o campo social necessário para embasar o surgimento da jurisdição, *"uma das funções do Estado, mediante a qual este se substituiu aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça. Essa pacificação é feita mediante a atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso apresentando em concreto para ser solucionado; e o Estado desempenha essa função sempre mediante o processo, seja expressando imperativamente o preceito (através de uma sentença de mérito), seja realizando no mundo das coisas o que o preceito estabelece (através da execução forçada)".*³⁵

Ao longo do tempo, porém, o Judiciário mostrou-se incapaz de solucionar satisfatoriamente todo o volume de demandas que passou a lhe ser submetido e,

³³ CINTRA; Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER; Ada Pellegrini; DINAMARCO; Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 25. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 27.

³⁴ No ordenamento jurídico brasileiro, a autotutela é criminalmente tipificada no art. 345 do Código Penal (exercício arbitrário das próprias razões) e no art. 350 do Código Penal (exercício arbitrário ou abuso de poder). Apenas excepcionalmente é tolerada pela ordem jurídica, como, por exemplo, no §1º, do art. 1.210, do Código Civil, que autoriza ao possuidor turbado ou esbulhado em sua posse a manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo e não exceda ao indispensável para a manutenção ou restituição da posse.

³⁵ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 147.

assim, de garantir aos cidadãos o pleno acesso à justiça, isto é, a uma tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva.³⁶

Este fenômeno, indicativo de uma verdadeira “crise da Justiça”, como se convencionou chamá-lo, levou ao fomento da busca por outros meios de resolução de litígios, sem a intervenção do juiz para impor uma decisão às partes. A utilização desses mecanismos consistiu justamente em uma das “ondas renovatórias do Direito Processual” propostas por Mauro Cappelletti e Bryan Garth, após profunda pesquisa sobre os obstáculos ao acesso à justiça no mundo, que influenciou as intensas mudanças promovidas nos ordenamentos processuais mundiais nas últimas décadas.³⁷

Nesse contexto, os meios consensuais como a conciliação e a mediação ganharam especial projeção e destaque, apresentando-se como meios aptos não apenas a descongestionar o Judiciário, mas também a atenuar a submissão social à ideia da jurisdição como mecanismo primeiro (e único) para a solução de controvérsias e a viabilizar o integral acesso à justiça, mediante a solução das controvérsias de forma mais perene e duradoura. Trata-se, desta feita, de instrumentos efetivos de pacificação social, inclusive por meio da prevenção dos litígios.

A mediação pode ser conceituada como um mecanismo de composição de interesses em que as partes escolhem um terceiro, dotado de imparcialidade, para auxiliá-los na resolução da lide. Veja-se que a mediação difere da arbitragem justamente neste tocante: enquanto nesta as partes elegem um árbitro ou um tribunal arbitral (privados, e aí se difere da jurisdição estatal) para decidir a controvérsia posta, na mediação, o mediador não é investido pelas partes de poder para tanto, cingindo-se a sua atuação ao auxílio das partes na busca de uma solução consensual.

No Brasil, antes mesmo da edição das recentes leis que a regulamentaram, a mediação já vinha sendo objeto de atenção do Poder Público, através da

³⁶ WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. In TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.), *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 21.

³⁷ Os resultados dessa pesquisa foram publicados na obra “Acesso à Justiça”, cujo original possui seis volumes e teve uma parte traduzida para o português, em CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça* (trad. de Ellen Gracie Northfleet). Porto Alegre: Fabris, 1988.

previsão para a sua realização em algumas leis especiais³⁸ e da implementação de políticas para o seu desenvolvimento junto a diversos órgãos.³⁹ Com a edição da Resolução nº 125, de 29.11.2010, do CNJ, os meios autocompositivos foram definitivamente institucionalizados como política pública nacional e previu-se a criação de núcleos permanentes de conciliação e de mediação junto aos órgãos do Judiciário, contribuindo-se para uniformizar e reforçar o movimento que já se observava de forma esparsa em muitos estados.⁴⁰

O processo de revalorização dos métodos autocompositivos culminou com a aprovação do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) e da nova Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015).

Nesse contexto, a mediação, que não continha previsão legal no Código de Processo Civil de 1973, tampouco era disciplinada por legislação específica, surge de forma precursora na novel legislação processual civil, sedimentando o espaço que galgou ao longo desses anos.

Embora não se possa afirmar que a mediação foi instituída pelo novo CPC, tampouco pela Lei nº 13.140/2015, servindo tais diplomas, como dito, tão somente como forma de regulamentação do instituto, as novas normas trazem um paradigma inédito para o ordenamento jurídico brasileiro, ao enunciar, dentre os seus princípios fundamentais, a promoção da solução consensual dos conflitos e atribuir a juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, o dever de estimularem, inclusive no curso do processo judicial.⁴¹

A disciplina da mediação no novo CPC segue exatamente o modelo preconizado pela Resolução nº 125/2010 do CNJ, optando por priorizar a mediação e a conciliação praticadas dentro da estrutura do Judiciário, no âmbito dos Centros Judiciários de Resolução de Conflitos. A lei processual desloca a

³⁸ Como na Lei das Microempresas (Lei Complementar nº 123, de 14.12.2006).

³⁹ São exemplos o *II Pacto Republicano por um sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo*, firmado pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário em abril de 2009, compreendendo, dentre os compromissos assumidos, o de “fortalecer a mediação e a conciliação, estimulando a resolução de conflitos por meios autocompositivos, voltados à maior pacificação social e menor judicialização”; e o *Projeto Pacificar*, dentro do *Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania - Pronasci*, do Ministério da Justiça, visando implantação, fortalecimento e divulgação da mediação, composição e outros meios *alternativos* de solução de conflitos, no âmbito das Faculdades de Direito.

⁴⁰ No Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por exemplo, o Programa de Mediação instituído em 2009, através da Resolução do Órgão Especial TJRJ nº 19/2009, a promove no curso do processo ou previamente à sua instauração.

⁴¹ Art. 3º, §§ 2º e 3º, do CPC-2015.

tentativa de composição da lide para o início do procedimento comum e atribui a mediadores e conciliadores a qualidade de auxiliares da Justiça.

Cuida também o novo CPC de fixar os princípios gerais e as características essenciais de cada um dos métodos, destacando as diferenças entre a conciliação e a mediação. Enquanto o conciliador atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes (por exemplo, relações de consumo), o mediador atuará, ao contrário, preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes (por exemplo, nas relações de parentesco e societárias).⁴²

A conduta do terceiro imparcial em cada um dos métodos é igualmente distinta: o conciliador poderá sugerir soluções para o litígio, mas lhe é vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem. O mediador, por seu turno, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Assim:

A função do mediador, portanto, de acordo com a lei, é instruir as partes, auxiliando para que compreendam as questões postas em discussão, de modo que, mediante o "restabelecimento da comunicação", possam chegar a uma solução consensual, por si mesmas. O mediador não faz proposta de acordo, nem sugere formas de solução. Deve estimular as partes a que, mediante diálogo, cheguem a um possível acordo de vontades.⁴³

Ou seja, a lei *“distingue as técnicas desses dois mecanismos autocompositivos pela postura passiva (mediador) ou ativa (conciliador) do terceiro. (...) A mediação está inserida no rol de métodos que levam em conta e trabalham os interesses das partes (interest-based methods), nos quais são identificadas as preocupações, as necessidades e os desejos dos envolvidos como ponto de partida para a seleção de questões a serem solucionadas. Enquanto na*

⁴² Art. 165, §§ 2º e 3º, do novo CPC.

⁴³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo*. 1a. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 311.

*mediação se buscam os interesses por trás das posições, a conciliação trabalha apenas com as posições externadas pelas partes”.*⁴⁴

Parte-se, assim, da premissa fundamental de que, para cada tipo de conflito, existe um método de resolução mais apropriado, capaz de atender com especificidade à natureza e às particularidades do caso.

Publicada três meses após a edição do novo CPC, a Lei nº 13.140/2015 versa sobre a mediação de forma mais abrangente, disciplinando também a mediação extrajudicial. Em geral, as disposições de um e de outro diploma são harmônicas. Nos eventuais pontos em que inconciliáveis, porém, deve-se entender que a lei de mediação derroga a lei processual civil, por força do critério da especialidade.⁴⁵

Além de estabelecer os princípios gerais da mediação, com especial destaque para a confidencialidade, a lei dispõe sobre os mediadores, tanto judiciais quanto extrajudiciais, e regula o procedimento de cada espécie. Por fim, reserva-se um capítulo à autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público.

A seguir, serão analisadas algumas características práticas, procedimentais e normativas da mediação, com base na disciplina atualmente em vigor, bem como na Lei de Mediação e no novo Código de Processo Civil.

2 Fases e atos da mediação judicial

2.1 Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos

Os Centros Judiciários de Solução Consensual dos Conflitos ("Centros ou CEJUSC") foram criados pela Resolução CNJ 125/2010, que dispôs sobre a “política judiciária nacional de tratamento adequado aos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário”.

Os Centros ficaram responsáveis, preferencialmente, pela realização das sessões e audiências de conciliação e de mediação, as quais, no entanto, poderiam

⁴⁴ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina. Técnicas e Procedimento de Mediação no novo Código de Processo Civil. In ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; e PELAJO, Samantha (coord.) *A mediação no Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

⁴⁵ Ainda que o novo CPC, por ter maior período de *vacatio legis*, entre em vigor depois da Lei de Mediação, o critério de especialidade prepondera sob o critério cronológico, de acordo com as lições de BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, Edipro, São Paulo, 2014, p. 106-107.

também, de forma excepcional, ser realizadas nos próprios juízos, por conciliadores e mediadores cadastrados no tribunal.

Além disso, a Resolução 125/2015 determinou que os conciliadores e mediadores fossem servidores com dedicação exclusiva, capacitados em métodos consensuais de conflitos e, pelo menos, um deles capacitado também para a triagem e encaminhamento adequado dos casos.

Buscou-se, assim, organizar (e, com isso, estimular) a utilização dos meios consensuais de solução de conflitos, primando-se pela capacitação técnica dos terceiros imparciais e pelo aperfeiçoamento desses mecanismos. *"A preocupação com a qualidade do serviço é percebida com a exigência de reciclagem permanente e com a avaliação do serviço pelo usuário."*⁴⁶

Esse modelo foi justamente encampado pelo NCPC, que, *"de modo inovador, enuncia a promoção da solução consensual dos conflitos como princípio fundamental do processo civil (art. 3º, §2º e 3º) e dedica à matéria uma seção específica (arts. 165-175)".*⁴⁷ De fato, especificamente em relação aos Centros, pode-se vislumbrar no art. 165 do NCPC⁴⁸ a forte inspiração da Resolução 125/2010,⁴⁹ que, até então, era o único ato normativo a regulamentar a matéria no ordenamento jurídico brasileiro.

⁴⁶ SQUADRI, Ana Carolina. *Mediação Judicial*. In: VERÇOSA, Fabiane (coord.). *Arbitragem e mediação: temas controvertidos*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 277.

⁴⁷ PANTOJA, Fernanda Medina. *Dos conciliadores e mediadores judiciais*. In CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, no prelo.

⁴⁸ O art. 165, do NCPC, impõe aos tribunais o ônus de criar centros judiciários de solução consensual de conflitos, que, segundo este dispositivo, serão responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição. Dispõe o §1º deste art. 165 que a composição e a organização dos centros serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça. Cabe destacar que o parágrafo único do art. 24, da Lei de Mediação, reproduz essa previsão de que fica a cargo dos tribunais a organização e composição destes centros, cabendo ao CNJ a normativa geral.

⁴⁹ Sobre a Resolução CNJ 125/2010 ter sido inspiração para o NCPC, veja WAMBIER; CONCEIÇÃO; RIBEIRO; MELLO, 2015, p. 310, para quem o art. 165, do NCPC, *"é claramente inspirado no art. 7º da Resolução 125/2010 do CNJ"*⁴⁹, *que já vem sendo aplicado pelos Tribunais. Como forma de tornar realidade o que disciplina esse artigo, todo ano o CNJ realiza a campanha de mobilização para conciliação, que acontece na semana antecedente ao Dia da Justiça (08/12)"*, bem como Fernanda Tartuce, para quem a previsão de criação desses centros *"repete iniciativa inaugurada pela Res. CNJ 125/2010, que no art. 8º estipulou aos Tribunais o dever de criar Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania ("Centros" ou "Cejuscs") para atender aos Juízos, Juizados ou Varas com competência nas áreas cível, fazendária, previdenciária e de família, assim como aos Juizados Especiais Cíveis, Criminais e Fazendários. Tais unidades judiciárias são responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação a cargo de conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento e orientação aos cidadãos"*.

2.2 Mediação pré-processual

A realização da mediação pré-processual (isto é, realizada antes da instauração de um processo judicial) no âmbito do próprio Poder Judiciário já era prevista na Resolução nº 125/2010 do CNJ, que impôs, inclusive, a criação de setor específico, com essa finalidade, nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos.

A mediação pré-processual é claramente preferível à incidental porque evita os esforços e custos (materiais e emocionais) atrelados ao ato de promover um processo judicial e sobrestá-lo, logo em seguida, para a realização da mediação, em verdadeiro *bis in idem* processual.

2.2.1 Suspensão da prescrição

Sabe-se que a prescrição é um instituto de direito material, regulado pelo Código Civil, havendo no CPC a previsão de seus efeitos em relação ao processo. Diante da ausência de disposição específica atinente à possibilidade e forma de aplicação da prescrição aos métodos alternativos de solução de conflitos, como a mediação e a arbitragem, sempre houve certa controvérsia doutrinária sobre o tema.

No caso da arbitragem, a redação original da Lei nº 9.307/1996 não continha disposição alguma sobre a prescrição, que somente passou a ser regulada no §2º, do art. 19, incluído pela recente Lei nº 13.129/2015. A partir da vigência desta lei, tem-se que a instituição da arbitragem interrompe a prescrição, retroagindo à data do requerimento de sua instauração, ainda que depois extinta por ausência de jurisdição.

Já a Lei de Mediação, marco regulatório inicial da prescrição nesse instituto, prevê, de forma expressa, que o prazo prescricional fica suspenso desde a data da primeira reunião de mediação até o encerramento do procedimento.⁵⁰

2.3 Mediação incidental

A mediação, via de regra e preferencialmente, deveria ser um procedimento extrajudicial prévio à procura das partes pela jurisdição estatal. No

TARTUCE, Fernanda. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim ... et al. coord. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 520.

⁵⁰ Art. 17, parágrafo único, da Lei nº. 13.140/20015.

entanto, obviamente, nada obsta que as partes resolvam buscar métodos de solução consensual após a instauração de um processo judicial. Aliás, o novo CPC e a Lei de Mediação corroboram e facilitam essa iniciativa das partes, fomentando sempre a via conciliatória.

Há na doutrina forte posicionamento no sentido de que:

as partes deveriam ter a obrigação de demonstrar ao Juízo que tentaram, de alguma forma, buscar uma solução consensual para o conflito. Não obstante, entendemos, de outro lado, que também não há necessidade de uma instância prévia formal extrajudicial, como ocorre com as Comissões de Conciliação Prévia na Justiça do Trabalho; basta algum tipo de comunicação, como o envio de uma carta ou e-mail, uma reunião entre advogados, um contato com o “call center” de uma empresa feito pelo consumidor; enfim, qualquer providência tomada pelo futuro demandante no sentido de demonstrar ao Juiz que o ajuizamento da ação não foi sua primeira alternativa. Estamos pregando aqui uma ampliação no conceito processual de interesse em agir, como forma de racionalizar a prestação jurisdicional e evitar a procura desnecessária pelo Poder Judiciário, promovendo-se, ademais, uma ampliação de métodos mais democráticos, participativos e até mesmo mais efetivos de solução dos conflitos.⁵¹

No entanto, não se pode fechar os olhos à realidade, olvidando-se da cultura demandista que temos no país e na litigiosidade que impele as partes a recorrerem ao Poder Judiciário, em primeiro lugar, para a solução de seus conflitos. Atento a essa realidade e com vistas a fomentar a modificação deste paradigma, o legislador reconheceu e valorizou a mediação incidental, que é aquela determinada pelo magistrado, já no curso do processo judicial.

2.3.1 Triagem dos casos

O novo CPC insere “*no procedimento comum uma etapa inicial em que se realiza uma audiência de conciliação ou de mediação antes do prazo para apresentação de defesa pelo réu*”.⁵² Segundo o art. 334 do novo CPC, se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência

⁵¹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; DURÇO, Karol Araújo. *A mediação e a solução dos conflitos no Estado Democrático de Direito. O “juiz Hermes” e a nova dimensão da função jurisdicional*. Disponível no link: <http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/a_mediacao_e_a_soluciao_de_conflitos_no_estado_de_mocratico.pdf> Consulta realizada em 18/07/2015.

⁵² ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina. Técnicas e procedimento de mediação no novo Código de Processo Civil. In: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha (coord.). *A Mediação no Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 2015.

liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou sessão de mediação.

Nesse contexto, é imprescindível a realização da triagem dos casos, a fim de verificar se as partes serão encaminhadas à conciliação ou à mediação. Para tanto, de forma preliminar, o NCPD estabeleceu como um dos requisitos da petição inicial o autor indicar "*se tem interesse nos métodos autocompositivos e, em caso positivo, indicar a sua preferência pela conciliação ou pela mediação (art. 319, inciso vii). Portanto, incumbe primeiramente aos advogados, antes mesmo do ingresso em juízo, a partir do exame da natureza da relação entre as partes e dos elementos do conflito, identificar o meio consensual que melhor se ajusta, 'a priori', à sua resolução*".⁵³

A par do relevante papel dos advogados na escolha do método adequado, a triagem dos casos também caberá ao tribunal, podendo competir a um servidor capacitado do juízo ao qual endereçado o processo ou do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC).

A esse respeito, Fernanda Tartuce destaca que:

É imperioso, para que se dê operacionalidade à distinção entre os meios consensuais, que haja empenho por parte dos gestores do conflito na seleção das causas a serem encaminhadas a um ou outro mecanismo. A apreciação das características do caso e do perfil das partes é medida essencial para evitar que a diferenciação permaneça apenas no plano teórico, já que a proposta é que ela se efetive produtivamente para fomentar possibilidades construtivas aos envolvidos. Nesse cenário, é interessante que as partes, por seus advogados, manifestem sua visão sobre a pertinência de se valer da mediação ou da conciliação ao manifestarem o interesse em sua realização; não o fazendo, caberá ao Tribunal apreciar adequadamente o perfil da causa e os dados dos envolvidos para encaminhar o caso ao meio consensual apropriado.⁵⁴

Será possível a convocação da sessão de mediação em audiência de conciliação, mediante a concordância das partes, se o mediador judicial verificar que o mecanismo é inapropriado para resolver o conflito. Na hipótese contrária, porém, o conciliador somente poderá convocar a audiência em sessão de mediação

⁵³ PANTOJA, Fernanda Medina. *Dos conciliadores e mediadores judiciais*. In CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, no prelo.

⁵⁴ TARTUCE, Fernanda. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *et al. coord. Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 523.

se for devidamente capacitado para a sua prática; caso contrário deverá encaminhá-las a um servidor habilitado.⁵⁵

2.3.2 Sistema “semicompulsório”, sanções e incentivos.

A audiência de conciliação ou mediação somente não será realizada se ambas as partes manifestarem expresse desinteresse na composição consensual ou quando não se admitir a autocomposição.⁵⁶ Assim, ainda que o autor tenha declinado em sua petição inicial que não possui interesse na realização desta audiência, esta será designada com antecedência mínima de trinta dias, devendo o réu ser citado com pelo menos 20 vinte dias de antecedência.

Se o réu também não tiver interesse na realização desta audiência, poderá protocolar, com antecedência de dez dias da data da audiência, pedido de cancelamento, iniciando-se, de então, o prazo para a apresentação da contestação, na forma do art. 335, II, do novo CPC. *"Com este formato, o legislador instituiu um sistema de “semi- compulsoriedade” de submissão ao método consensual, eis que apenas a rejeição de ambas as partes as desobriga de se apresentarem perante o conciliador ou mediador.”*⁵⁷

Esta é *“uma interpretação favorável à autocomposição - que constitui a diretriz interpretativa preferida pelo legislador, art. 3º, §2º, CPC.”* Isto significa que, se apenas uma das partes manifestar-se contrariamente à realização da audiência, *“o legislador aposta na possibilidade de a conciliação ou a mediação vencer a sua resistência ao acordo em audiência.”*⁵⁸

O não comparecimento injustificado de qualquer das partes acarreta a aplicação, à parte faltosa, de multa por atentatório à dignidade da justiça, no valor de até 2% da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, a qual será revertida em favor da União ou do Estado (art. 334, §8º, do NCPC).⁵⁹

⁵⁵ PANTOJA, Fernanda Medina. *Dos conciliadores e mediadores judiciais*. In CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. Comentários ao novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, no prelo.

⁵⁶ Art. 334, §4º, do novo CPC.

⁵⁷ PANTOJA, Fernanda Medina. *Dos conciliadores e mediadores judiciais*. In CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. Comentários ao novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, no prelo.

⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 356.

⁵⁹ O não comparecimento da parte deve ser interpretado distintamente em relação ao não comparecimento do advogado de uma das partes, pois, nesta hipótese, haverá *“o adiamento da*

Além do referido mecanismo sancionatório, o legislador preocupou-se em conceder também às partes incentivos para buscarem um acordo. Exemplificativamente, pode-se citar o art. 29, da Lei de Mediação, segundo o qual, solucionado o conflito pela mediação antes da citação do réu, não serão devidas custas judiciais.

2.3.3 Escolha do mediador

De acordo com o art. 25 da Lei de Mediação, na mediação judicial, o terceiro imparcial será, a princípio, designado pelo tribunal, embora sempre se reserve às partes, por força do princípio da autonomia de vontade, o direito de eleger, de comum acordo, outro mediador (inclusive algum que não esteja cadastrado no registro do tribunal).⁶⁰

É possível também a designação de mais de um mediador, por determinação judicial, por requerimento do mediador, com anuência das partes, ou por opção das próprias partes, sempre que recomendável, na forma do §3º, do art. 168, do NCPC e do art. 15 da Lei de Mediação. A mediação será indicada principalmente para os casos de maior complexidade do conflito ou quando a natureza da causa demandar conhecimentos específicos em outras áreas.

2.3.4 Suspensão do processo judicial ou arbitral em curso

A Lei de Mediação trouxe como importante efeito da instauração da mediação a suspensão do prazo prescricional (art. 17, parágrafo único). Havendo processo judicial ou arbitral já em curso, permite-se às partes que, em comum acordo, requeiram ao juiz ou árbitro a sua suspensão, por prazo suficiente para a solução consensual do litígio, sendo irreversível a decisão que o conceder (art. 16). A suspensão do processo, contudo, não obsta a concessão de medidas de urgência pelo juiz ou pelo árbitro para evitar o perecimento do direito.

audiência ou, se houver consentimento da parte que estiver sem advogado, a nomeação de advogado para o ato processual. Poderá o conciliador ou o mediador judiciais consignar a ausência de advogado na ata de audiência para que o juiz comunique o fato à subseção da Ordem dos Advogados do Brasil e, eventualmente, para que o profissional faltante seja responsabilizado, inclusive civilmente, pelos prejuízos causados às partes e ao próprio andamento processual." CAMBI, Eduardo. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *et al. coord. Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 886-887.

⁶⁰ Arts. 4º e 25 da Lei de Mediação e art. 168 do novo CPC.

2.3.5 Participação necessária de advogado, salvo nos Juizados Especiais

Na mediação judicial, segundo o art. 26, da Lei de Mediação, as partes devem ser necessariamente assistidas por advogados ou defensores públicos, ressalvadas as hipóteses previstas nas Leis nº. 9.099/1995 e 10.259/2001, reguladoras dos Juizados Especiais Cíveis, no âmbito da Justiça Estadual e da Federal.

No mesmo sentido, dispõe o §9º, do art. 334, do NCPC, para que *"se assegure o princípio da igualdade em sentido material e possa haver uma participação equilibrada dos litigantes na formação da decisão; a presença de advogados assegura o cumprimento das normas jurídicas, evita que as partes sejam surpreendidas e garante a maior exequibilidade dos acordos; caso uma ou ambas as partes não estejam assistidas por advogado ou defensor, é necessário suspender a audiência, verificar se a(s) parte(s) possui condições de contratar advogado e, em caso negativo, determinar a participação da Defensoria Pública ou designar advogado para a(s) parte(s) não assistida(s)".*⁶¹

2.3.6 Possibilidade de constituição de representante com poderes para transigir

As partes não necessitam comparecer pessoalmente à sessão de mediação, sendo autorizada pelo §10, do art. 334, do NCPC, a constituição de um representante, por meio de procuração específica, com poderes para negociar e transigir. Embora inevitável nos casos de pessoas jurídicas, não deveria ser admitida a atuação de um representante para as pessoas físicas, por descaracterizar o processo pessoal de criação de consenso.⁶² A presença das próprias partes, na qualidade de verdadeiros envolvidos no conflito, sem dúvida confere maior autenticidade às suas manifestações de vontade.

2.3.7 Tempo para cada sessão de mediação e tempo para conclusão do procedimento

Pretendendo assegurar um intervalo mínimo para a tentativa de autocomposição, o art. 334, §12, NCPC, estabelece que a pauta de audiências de

⁶¹ CAMBI, Eduardo. *id*, 2015, p. 877.

⁶² KOVACH, Kimberlee. *Mediation in a nutshell*. St. Paul, MN: Thomson West, 2003, p. 98.

conciliação ou de mediação deve respeitar o intervalo mínimo de vinte minutos entre o início de uma e o início da seguinte. No entanto, essa previsão "*parece dizer respeito apenas à conciliação, e não à mediação. Ante o trabalho minucioso que incumbe ao mediador, para recompor o diálogo e fazer com que as partes colaborem entre si, é razoável considerar um prazo mínimo de uma hora para a realização de cada sessão.*"⁶³

Já todo o procedimento de mediação judicial, segundo a lei, deverá ser concluído em até sessenta dias, contados da primeira sessão, salvo se as partes, de comum acordo, requererem sua prorrogação (art. 28, da Lei de Mediação). No mesmo sentido, o §2º, do art. 334, do NCPC, determina que o processo não poderá exceder a dois meses. Trata-se, contudo, de norma não cogente, uma vez que passível de alteração pelas partes.

2.3.8 Título executivo

O procedimento de mediação encerrar-se-á com a lavratura de seu termo final, independentemente de ter sido celebrado acordo entre as partes ou não, hipótese em que o mediador declarará que não há justificativa para o prosseguimento da mediação, seja por declaração do próprio mediador ou por manifestação de qualquer das partes (art. 20 da Lei de Mediação).

Embora a mediação seja um procedimento basicamente oral, preocupou-se o legislador em exigir que a autocomposição obtida seja reduzida a termo e homologada por sentença (art. 334, §11, do NCPC), concedendo-lhe a natureza de título executivo judicial, quando homologado judicialmente (art. 20, parágrafo único, da Lei de Mediação, e art. 515, II, do NCPC).

Assim, incentiva-se a utilização da mediação, considerando que o acordo estabelecido pelas partes e homologado pelo juízo possui a natureza de título executivo judicial, tal como a sentença (judicial ou arbitral). Caso envolva direitos indisponíveis (transigíveis), impõe-se a oitiva do Ministério Público, na qualidade de *custos legis* (art. 3º, §2º, da Lei de Mediação).

⁶³ PANTOJA, Fernanda Medina. *Dos conciliadores e mediadores judiciais*. In CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, no prelo.

3 Fases e atos da mediação extrajudicial⁶⁴

3.1 Convite

A mediação extrajudicial poderá ser iniciada pela parte interessada mediante convite a ser feito por qualquer meio de comunicação (incluindo-se telefonemas e e-mails), devendo indicar o escopo proposto para a negociação, bem como a data e o local da primeira reunião (art. 21, da Lei de Mediação). Será considerado rejeitado o convite que não seja respondido em até trinta dias da data do seu recebimento (art. 21, parágrafo único, da Lei de Mediação).

Conforme será visto no tópico seguinte, havendo cláusula contratual de mediação, deverá a parte convidada comparecer à primeira reunião, sob pena de lhe ser aplicada a penalidade prevista em contrato para sua ausência (art. 22, IV, da Lei de Mediação).

3.2 Cláusula de mediação

A regulamentação da cláusula contratual de mediação é uma das principais inovações trazidas pela Lei de Mediação. O seu art. 22 relaciona os elementos mínimos, necessários para que haja a instauração da mediação, quais sejam: a) prazo mínimo e máximo para a realização da primeira reunião de mediação, contado a partir da data de recebimento do convite; b) local da primeira reunião de mediação; c) critérios de escolha do mediador ou equipe de mediação; e d) penalidade em caso de não comparecimento da parte convidada à primeira reunião de mediação.

O contrato poderá, no entanto, optar pela indicação de um regulamento, publicado por instituição idônea prestadora de serviços de mediação, do qual constem critérios claros para a escolha do mediador e realização da primeira reunião de mediação (art. 22, §1º). Tal previsão garante à mediação regramento similar ao existente para a arbitragem (art. 5º, da Lei nº. 9.307/1996), em que é facultado às partes, na cláusula compromissória, indicar as regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada. Com isso, demonstra o legislador

⁶⁴ À mediação extrajudicial também se aplica o que foi exposto anteriormente, quando se tratou da mediação judicial, no tocante à interrupção da prescrição, comediação e constituição de título executivo, com a pontualidade de que o consenso das partes na mediação extrajudicial ensejará a formação de um título executivo extrajudicial (art. 20, parágrafo único, da Lei de Mediação), sujeito ao processo autônomo de execução, previsto no Livro II, do NCPC, arts. 771 e seguintes.

a sua preocupação com o estabelecimento, de antemão, das regras básicas a que se submeterão as partes na hipótese de eventual litígio.

A ausência de regras procedimentais básicas (ou de indicação das normas de uma determinada instituição) sujeita a cláusula de mediação às mesmas desvantagens da arbitragem *ad hoc*: ao depender-se da cooperação entre as partes para defini-las, há sempre o risco de que, surgindo um impasse, não se alcance nem mesmo o consenso necessário para viabilizar a realização de uma primeira reunião.⁶⁵

Sabendo que as partes podem deixar de elaborar uma cláusula contratual completa, o legislador fixou, nesse caso, alguns critérios para a realização da primeira reunião de mediação: a) prazo mínimo de dez dias úteis e prazo máximo de três meses, contados a partir do recebimento do convite; b) local adequado a uma reunião que possa envolver informações confidenciais; c) lista de cinco nomes, informações de contato e referências profissionais de mediadores capacitados; a parte convidada poderá escolher, expressamente, qualquer um dos cinco mediadores e, caso a parte convidada não se manifeste, considerar-se-á aceito o primeiro nome da lista; e d) o não comparecimento da parte convidada à primeira reunião de mediação acarretará a assunção por parte desta de cinquenta por cento das custas e honorários sucumbenciais caso venha a ser vencedora em procedimento arbitral ou judicial posterior, que envolva o escopo da mediação para a qual foi convidada.

Portanto, havendo cláusula de mediação, as partes deverão obrigatoriamente comparecer à primeira reunião de mediação,⁶⁶ sob pena de sujeitar-se a parte faltosa à penalidade pactuada⁶⁷ ou, não havendo disposição nesse sentido, à assunção de cinquenta por cento das custas e honorários sucumbenciais, se vencedora em futuro processo arbitral ou judicial.⁶⁸

Note-se que não se exige das partes a sua adesão ao procedimento, mas tão somente a sua presença na reunião inicial. Trata-se de uma importante oportunidade para o desenvolvimento da mediação, quando as partes podem se convencer das suas vantagens e da sua pertinência para solucionar o caso

⁶⁵ PANTOJA, Fernanda Medina. *Dos conciliadores e mediadores judiciais*. In CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, no prelo.

⁶⁶ Art. 2º, §1º, da Lei de Mediação.

⁶⁷ Art. 22, inciso IV, da Lei de Mediação.

⁶⁸ Art. 22, § 2º, inciso IV, da Lei de Mediação.

concreto.⁶⁹ Apenas para que não restem dúvidas, já que isto decorre do princípio da autonomia de vontade, a lei enuncia que ninguém será obrigado a permanecer no procedimento caso assim não o queira.⁷⁰

A princípio, a existência da cláusula não impede o prosseguimento do procedimento judicial ou arbitral, a não ser que as partes expressamente o convençionem, na forma do que dispõe o art. 23 da Lei de Mediação.

3.3 Participação de advogado

Na mediação extrajudicial, a participação dos advogados e defensores públicos é facultativa, conforme prevê o art. 10 da Lei de Mediação. No entanto, se uma das partes comparecer acompanhada de advogado ao defensor público, o mediador, em atenção à isonomia processual, deverá suspender o procedimento até que todas estejam devidamente assistidas.⁷¹

4 Dinâmica das sessões de mediação

4.1 Princípio da informalidade ou da flexibilidade procedimental

A dinâmica das sessões de mediação é pontuada pela flexibilidade, ou seja, não há uma sequência rígida de fases e atos que devam ser obrigatoriamente observados, quer pelo mediador, quer pelas partes.

Embora essa flexibilidade seja expressamente garantida pelo §4º do art. 166, do NCPC,⁷² *"a mediação como método voltado para a solução de conflitos deve obedecer a algum procedimento capaz de conferir-lhe eficiência e um*

⁶⁹ ALMEIDA, Diogo Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina. Fundamentos da Mediação. In HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; NAVARRO, Trícia (org.). *O marco legal da Mediação no Brasil: Comentários à Lei nº 13.140, de 29 de junho de 2015*. São Paulo: Atlas, 2015.

⁷⁰ Art. 2º, §2º, da Lei de Mediação.

⁷¹ A isonomia das partes é um dos princípios a orientar a mediação, previsto no art. 2º, II, da Lei nº. 13.140/2015. "Na mediação, a exigência da isonomia se traduz na impossibilidade de se conceder tratamento específico, vantajoso ou desvantajoso, aos envolvidos. O acolhimento desse princípio significa que o mediador deve cuidar de prover iguais oportunidades de manifestação e escuta, além de condições equânimes para avaliação de eventuais ofertas de acordo. [...] Não pode o mediador, todavia, agir ativamente para suprir eventual desequilíbrio de poderes e de informações, sob pena de comprometer a sua isenção. Assim, caso verifique que uma das partes é hipossuficiente e desconhece seus direitos mais elementares, incumbe-lhe sugerir à parte que busque a consultoria de um advogado. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina. *Técnicas e Procedimento de Mediação no novo Código de Processo Civil*. In ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; e PELAJO, Samantha (coord.) *A mediação no Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

⁷² Art. 166, §4º, do NCPC: A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais.

mínimo de proteção aos direitos dos participantes. Em que pese não se exigir a adoção de uma forma rígida e pré-estabelecida, é aconselhável que se siga um procedimento cuja produtividade tenha sido empiricamente observada".⁷³

O Manual de Mediação Judicial do Ministério da Justiça,⁷⁴ organizado por André Gomma Azevedo, sugere que o procedimento seja dividido em cinco fases, das quais se trata nos itens subsequentes: (i) pré-mediação e declaração de abertura; (ii) reunião de informações; (iii) identificação de questões, interesses e sentimentos; (iv) esclarecimento das controvérsias e dos interesses; (v) resolução de questões e endereçamento de interesses; (vi) construção de acordo.

Importante aspecto a ser destacado em relação à flexibilidade procedimental da mediação é a elogiável⁷⁵ possibilidade de sua realização por meio eletrônico nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos, prevista no art. 334, §7º, do novo CPC.

4.2 Pré-mediação e declaração de abertura

A pré-mediação ou declaração de abertura é a fase inicial da sessão de mediação, na qual as partes são apresentadas à mediação e lhes são explicadas de forma sucinta as regras e etapas do processo. O mediador busca, assim, gerar confiança e respeito nas partes, para estimulá-las a participar.⁷⁶

“No estágio de pré-mediação sequer se sabe se os litigantes irão ou não aderir ao método. [...] Para Maria Nazareth Serpa, ainda nessa fase preliminar, mas após a anuência dos litigantes em participar do procedimento de mediação, é necessária uma formalização da concordância, com a finalidade de resguardar os compromissos criados com o mediador e entre as partes.”⁷⁷

⁷³ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. Da mediação prévia. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina (coord.). *Teoria Geral da Mediação: à luz do projeto de lei e do direito comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 155.

⁷⁴ AZEVEDO, André Gomma de (org). 2013. *Manual de Mediação Judicial*. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD. 4º ed. Disponível no link: <http://www.tjrs.jus.br/export/processos/conciliacao/doc/Manual_Mediacao_MJ_4ed_Internet.pdf>. Consulta realizada em 18/07/2015.

⁷⁵ WAMBIER; CONCEIÇÃO; RIBEIRO; MELLO, 2015, p. 571.

⁷⁶ Neste sentido, CAIVANO, Roque J (coord.). *Negociación e mediación: instrumentos apropiados para la abogacía moderna*. 2ª ed., Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006, p. 245.

⁷⁷ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. Da Mediação Prévia. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina (coord.). *Teoria Geral da Mediação: à luz do projeto de lei e do direito comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 157-158. O autor cita as seguintes referências no trecho transcrito: SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e Prática da Mediação de Conflitos*. Rio de Janeiro:

Embora os regulamentos de algumas instituições de mediação prevejam a formalização por escrito, mediante a elaboração de um termo inicial, a declaração de abertura pode ser também oral, em atenção à informalidade que a rege.

O Manual de Mediação Judicial do Conselho Nacional de Justiça⁷⁸ recomenda que os seguintes tópicos sejam trabalhados na declaração de abertura, adaptando-os à realidade de cada sessão de mediação e ao estilo e forma de atuar de cada mediador:

- a) cumprimentar as partes e conversar rapidamente sobre amenidades para descontrair o ambiente;
- b) explicar o propósito da mediação e o papel do mediador
- c) estabelecer a logística, como o tempo previsto para a sessão;
- d) orientar quanto à confidencialidade do procedimento;
- e) prestar informações sobre o processo, ressaltando, por exemplo, que as devem evitar interromper uma à outra;
- f) confirmar se as partes compreenderam o que foi dito, se estão de acordo e se desejam dar continuidade à sessão.

4.3 Reunião de informações

Estando as partes de acordo com o prosseguimento da mediação, terão a oportunidade de expor as suas considerações e pontos de vista, sem serem interrompidas, bem como de ouvir o relato dos fatos e as percepções sobre eles expostas por todas as pessoas envolvidas.⁷⁹ A partir dessas informações, o

Lumen Juris, 1999. GOLDBERG, Stephen B.; SANDER, Frank E.; ROGERS, Nancy H.; COLE, Sarah Rudolph. *Dispute Resolution: Negotiation, Mediation and Other Processes*. New York: Aspen Publishers, Fourth Edition, p. 114.

⁷⁸ O rito de abertura é descrito de forma muito similar em CAIVANO, Roque J (coord.). *Negociación e mediación: instrumentos apropiados para la abogacía moderna*. 2ª ed., Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006, p. 249-251: “Habitualmente, en el discurso de apertura el mediador: - Da la bienvenida a las partes; - Se presenta; - Describe el proceso y su función; - Reafirma su imparcialidade; - Informa que podrá sugerir la celebración de sesiones privadas y su finalidad; - Repasa y eventualmente acuerda el alcance de la confidencialidade; - Fija las reglas de convivência; - Si es necesario, repasa el régimen de honorários; - Ofrece certa logística; - Verifica si se há comprendido la dinámica del processo; - Invita a que las partes informen sobre el assunto.” AZEVEDO, André Gomma de (org). 2015. *Manual de Mediação Judicial*. Brasília/DF: Conselho Nacional de Justiça e Comitê Gestor Nacional da Conciliação. Disponível no link: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/c276d2f56a76b701ca94df1ae0693f5b.pdf>>. Consulta realizada em 27/07/2015.

⁷⁹ “Jay Folberg e Alyson Taylor enxergam a importância dessa etapa para se extrair dos participantes suas percepções, seus objetivos e suas expectativas, além de ser um momento oportuno para se conhecer os estilos de comunicação e de negociação de cada um e o estado

mediador consegue ter uma visão geral dos fatos e captar as questões e interesses envolvidos.

Sugere-se que o mediador aguarde o relato de ambas as partes para fazer as perguntas que porventura deseje, inclusive para servir de exemplo às partes de como elas devem comportar-se. Recomenda-se que não haja, a princípio, restrições à duração das explanações das partes, a fim de que se transmita a ideia de que o mediador está comprometido a atendê-las da melhor forma possível, sem preocupação com o tempo.

Após ouvir ambas as partes e formular as suas perguntas, o mediador deve fazer um resumo de toda a controvérsia até então apresentada, verificando, conjuntamente, as questões e os interesses conflitantes.

4.4 Identificação de questões, interesses e sentimentos

Conquanto a identificação de questões, interesses e sentimentos ocorra durante todo o processo de mediação, esta fase destina-se especialmente a esse objetivo. Normalmente, o mediador se utiliza de sessões individuais, nas quais as partes poderão expor abertamente os seus pontos de vista e expressar livremente os seus sentimentos.

O mediador deve buscar as informações necessárias para compreender quais são os pontos controvertidos, os interesses das pessoas envolvidas e os sentimentos que precisam ser endereçados para a efetiva resolução das questões.

De acordo com Joseph Stulberg, a questão é *“uma matéria, prática ou ação que melhore, frustre, altere ou, de alguma forma, afete adversamente os interesses, objetivos ou necessidades de uma pessoa. Para ser negociável, as partes têm de ser capazes de resolver as questões com os recursos que possuem”*.⁸⁰

emocional em que se encontram. É importante, da mesma forma, que o mediador consiga perceber a disparidade entre os fatos e as percepções expostas pelos participantes quanto ao conflito.” ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. Da Mediação Prévia. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina (coord.). *Teoria Geral da Mediação: à luz do projeto de lei e do direito comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 158. O autor cita as seguintes referências no trecho transcrito: FOLBERG, Jay; TAYLOR, Alyson. *Mediation: A Comprehensive Guide to Resolving Conflicts Without Litigation*. San Francisco: Jossey Bass Inc. Publishers, 1984, p. 39.

⁸⁰ STULBERG, Joseph B. Conducting the mediator skill-building training program. Editado pelo Michigan Supreme Court, State Court Administrative Office; Rev. ed edition, 1997. *Apud* Manual de Mediação Judicial.

Já o interesse é aquilo que a parte realmente busca obter. Como leciona a doutrina especializada, esta é a fase que “*mais exige do mediador*”, porque voltada à “*descoberta dos interesses por trás das posições inicialmente exteriorizadas. O mediador deve extrair dos participantes quais os seus reais objetivos. A visão acerca do conflito, apresentada na fase anterior, pode não dar esperanças de obtenção do acordo ao final do procedimento de mediação. As posições tendem a indicar uma incompatibilidade, que, por sua vez, tende a inviabilizar a descoberta de uma solução que agrada a todos. Ocorre que nem sempre o que se manifesta de início indica quais são as razões para a escolha da posição*”.⁸¹

4.5 Esclarecimento das controvérsias e interesses

Nesta fase, é usual que as partes estejam ansiosas para se manifestarem, devendo o mediador ter o cuidado necessário para evitar que esta ânsia gere desconforto na outra parte e acirre os ânimos. Embora as partes estejam se comunicando de forma eficaz, as questões e os interesses não foram claramente compreendidos, razão pela qual necessitam ser esclarecidos, com a colaboração ativa do mediador.

É nesta fase que haverá, via de regra, a alteração na perspectiva das partes quanto às controvérsias e a percepção de que não é necessário polarizar as relações. Cabe ao mediador estimular as partes a repensarem as suas percepções e atitudes, propiciando aos envolvidos a sensação de que o outro não é uma parte adversa, mas sim alguém tão interessado quanto ela própria a resolver seus conflitos.

Busca-se, assim, esclarecer as questões controvertidas e quais interesses e sentimentos precisam ser endereçados para que se torne viável prosseguir com a mediação. Humberto Dalla Bernardina de Pinho, ao discorrer sobre o método utilizado pela Escola de Harvard, no qual a mediação é passiva, sugere que se tenha cuidado nesta fase e que não haja a intervenção direta do mediador: “*É aí que surge a tão falada técnica do ‘looping’, ou seja, o mediador faz uma série de perguntas às partes e, tendo em vista o teor da resposta, recoloca a pergunta em*

⁸¹ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. Da Mediação Prévia. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina (coord.). *Teoria Geral da Mediação: à luz do projeto de lei e do direito comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 158.

outros termos ‘rephrasing’ e em outro contexto ‘reframing’, até que o próprio interessado consiga externar seu verdadeiro propósito. Este é o núcleo da técnica. O mediador não põe palavras na boca da parte. Ele pergunta e repregunta quantas vezes for necessário, mudando termos e contextos, até que ocorra a verbalização do interesse.”⁸²

4.6 Resolução de questões e endereçamento de interesses

Em seguida, o mediador irá apresentar toda a evolução até então realizada no processo de mediação. A primeira etapa dessa fase é o enquadramento das questões relevantes e interesses manifestados pelas partes anteriormente, excluindo as posições. Via de regra, fica a cargo do mediador a definição da ordem de questões a serem abordadas, de acordo com sua orientação individual e estratégia de atuação.⁸³

*A segunda etapa dessa fase “se destina a trabalhar o conflito. As partes são chamadas a refletir sobre questões centrais. Devem examinar suas atitudes, as atitudes do oponente. Aqui também é feito um exercício de comparação, pedindo para que uma das partes se imagine na posição da outra, de modo a sair de seu referencial absoluto. Algumas questões mais complexas podem ser decompostas em outras menores, que merecem exame individualizado, dadas as suas peculiaridades”.*⁸⁴

⁸² PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Mediação: A redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos*. Artigo disponível no link <http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/mediacao_161005.pdf>. Consulta realizada em 27/07/2015.

⁸³ *Frequentemente opta-se por se iniciar por uma questão que seja de fácil solução para estimular as partes a perceberem o conflito como “solucionável”. Outra opção comum consiste na escolha de questões que auxiliarão a resolver outras questões. [...] Assim, é importante dar primazia àqueles interesses e àqueles questões que são potencialmente negociáveis e de interesse e objetivo comuns, cuja solução é viável, e que apresentam uma história de sucesso. É interessante, também, dar preferência às questões e interesses que podem auxiliar as partes a desenvolver entendimento acerca do interesse da outra parte..* Trecho transcrito do Manual de Mediação Judicial 2015.

⁸⁴ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Mediação: A redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos*. Artigo disponível no link <http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/mediacao_161005.pdf>. Consulta realizada em 27/07/2015.

4.7 Construção de acordo

Na fase final, valendo-se das técnicas apropriadas de negociação,⁸⁵ o mediador deve fomentar nas partes a percepção de que elas, por si próprias, são capazes de alcançar o acordo e lidar, no futuro, com outros conflitos.

Para gerar opções de solução para as questões, uma técnica bastante comum na mediação é o *brainstorming*,⁸⁶ no qual as partes expõem suas propostas de solução, de forma despretensiosa, sem que seja perquirida a exequibilidade. Cabe ao mediador anotar todas as indicações dadas pelas partes para que possam, posteriormente, analisá-las de forma conjunta.

De acordo com Diogo Assumpção Rezende de Almeida, “*ao final do brainstorming, deve-se ter obtido um número substancial de opções, capaz de viabilizar o início das negociações das partes. Antes, entretanto, é importante que, ainda nessa etapa, se faça análise acerca da realidade das opções, avaliando até que ponto podem ser aceitas e apreciadas.*”⁸⁷ Afastadas as propostas inviáveis, o mediador deve incentivar as partes a aperfeiçoar e lapidar aquelas que atendam aos interesses de ambas.

Ultimada esta fase, espera-se que as partes tenham conseguido harmonizar o seu relacionamento e chegar a um consenso.

A formalização do encerramento da mediação mediante a lavratura de um termo final – seja em caso de celebração de acordo ou quando não se justificarem mais esforços para a obtenção de consenso - é regra impositiva na nova Lei de Mediação (art. 20). Nesse particular, destoou-se do entendimento predominante na

⁸⁵ Remete-se o leitor à seguinte leitura: FISHER, Roger e URY, William. *Como chegar ao Sim*. Rio de Janeiro: Ed. Imago, 1994.

⁸⁶ “O mediador vai iniciar uma etapa de busca de soluções fora do convencional, convidando as partes a que, livremente, pensem em alternativas. [...] Apenas para exemplificar o que se disse acima, mencionamos um antigo exercício feito em Harvard, logo ao início dos seminários, que ficou conhecido pela sua simplicidade e clareza. Em uma casa havia apenas uma laranja. A mãe é procurada por seus dois filhos que desejam a mesma laranja. Ela pergunta a um e, a seguir, a outro. “O que você quer?” A resposta é a mesma: “quero esta laranja!”. O conflito é, aparentemente, insolúvel: apenas uma unidade da fruta, sem possibilidades de obter outras unidades ou mudar a intenção de um dos filhos. Esta é a posição. Então a mãe faz a pergunta mágica: “para que você quer a laranja?”. Responde o primeiro filho: “quero fazer um suco!”; renovada a pergunta ao outro, ele diz: “quero a casca da laranja para enfeitar um prato!”. Esses são os interesses. Nesta dimensão visualiza-se, tranquilamente, a possibilidade de acordo.” PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Mediação: A redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos*. Artigo disponível no link <http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/mediacao_161005.pdf>. Consulta realizada em 27/07/2015.

⁸⁷ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. Da Mediação Prévia. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina (coord.). *Teoria Geral da Mediação: à luz do projeto de lei e do direito comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 161-162.

doutrina estrangeira, segundo o qual cabe às partes, em homenagem ao princípio da autonomia de suas vontades, decidir sobre o grau de formalidade que pretendem conferir ao ajuste.⁸⁸

QUESTÕES DE AUTOMONITORAMENTO

1. Após ler o material, você é capaz de resumir o caso gerador, identificando as partes envolvidas, os problemas atinentes e as possíveis soluções cabíveis?
2. É possível afirmar que o novo Código de Processo Civil incentiva a utilização da mediação? Quando ocorrerá a sessão de mediação? Há a obrigatoriedade de sua realização?
3. Qual é importância de uma adequada triagem dos casos, antes da escolha por um dos meios de solução de conflitos? A quem compete fazê-la?
4. Você é capaz de identificar as principais diferenças quanto às regras que disciplinam o processo de mediação judicial e o extrajudicial?
5. É possível compelir a outra parte a cumprir uma cláusula de mediação pactuada?
6. Em que circunstâncias a existência de uma cláusula de mediação pode impedir o prosseguimento de um processo arbitral ou judicial?
7. Qual é a natureza jurídica da autocomposição obtida no procedimento de mediação e reduzida a termo? Há alguma diferença se for homologado judicialmente?
8. O que se entende pelo princípio da flexibilidade procedimental da mediação?
9. Você é capaz de sintetizar a dinâmica básica de um procedimento de mediação?

SUGESTÃO DE CASO GERADOR

Duas sociedades comerciais, LUMINARE S/A e FOSFOR S/A, únicas acionistas de ENERGY S/A, celebraram um contrato de compra e venda de ações, no qual a primeira venderia metade de sua participação social à segunda. Firmado em 15.01.2015, o contrato previu as obrigações das partes, o preço a ser pago pelas ações e algumas condições suspensivas (ligadas à aprovação da agência

⁸⁸ “En caso de que se llege a un acuerdo, son las partes quienes deciden el grado de formalidade que pretenden darle (acuerdo meramente verbal, acuerdo escrito privado, acuerdo escrito para ser aprobado judicialmente, o cualquier otra alternativa o combinación).” CAIVANO, Roque J (coord.). *Negociación e mediación: instrumentos apropiados para la abogacía moderna*. 2ª ed., Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006, p. 278.

reguladora), cujo implemento era necessário para a efetiva transferência da propriedade e o pagamento do respectivo preço. As partes inseriram no contrato uma cláusula de paz, comprometendo-se em submeter à mediação eventual conflito decorrente da avença (não se indicou, porém, nenhuma instituição de mediação, tampouco foram detalhadas as regras para dar início ao procedimento).

Ocorre que, em julho de 2015, um temporal causou danos às torres de energia elétrica de ENERGY, levando a empresa a despendere elevado montante de recursos na sua reparação.

Alguns dias depois, quando implementadas as condições suspensivas, as partes reuniram-se para o fechamento da operação. Nessa oportunidade, contudo, LUMINARE e FOSFOR discordaram veementemente sobre a manutenção do preço anteriormente pactuado, impossibilitando a conclusão do negócio.

Pergunta-se:

- (i) A partir dos fatos expostos, qual parece ser o mecanismo mais apropriado para resolução do litígio?
- (ii) O que LUMINARE deve fazer para compelir FOSFOR a cumprir a cláusula de mediação?
- (iii) Caso FOSFOR ajuíze diretamente um processo judicial, poderá LUMINARE poderá requerer a sua suspensão, por força da existência da cláusula de mediação?
- (iv) Acordando as partes quanto ao mediador, data e local para a primeira sessão de mediação, deverão comparecer acompanhadas de seus advogados?
- (v) Caso frustrada a mediação extrajudicial e instaurado um processo judicial por LUMINARE, deverá haver a audiência de conciliação ou sessão de mediação prevista no novo CPC?

REFERÊNCIAS

Bibliográficas

1 Utilizadas

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina. Técnicas e Procedimento de Mediação no novo Código de Processo Civil. In ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; e PELAJO, Samantha (coord.) *A mediação no Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ALMEIDA, Diogo Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina. Fundamentos da Mediação. In HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; NAVARRO, Trícia (org.). *O marco legal da Mediação no Brasil: Comentários à Lei nº 13.140, de 29 de junho de 2015*. São Paulo: Atlas, 2015.

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. Da mediação prévia. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina (coord.). *Teoria Geral da Mediação: à luz do projeto de lei e do direito comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, Edipro, São Paulo, 2014.

CAIVANO, Roque J (coord.). *Negociación e mediación: instrumentos apropiados para la abogacía moderna*. 2ª ed., Buenos Aires: Ad-Hoc, 20.

CAMBI, Eduardo. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim ... *et al. coord. Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça* (trad. de Ellen Gracie Northfleet). Porto Alegre: Fabris, 1988.

CINTRA; Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER; Ada Pellegrini; DINAMARCO; Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 25. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FISHER, Roger e URY, William. *Como chegar ao Sim*. Rio de Janeiro: Ed. Imago, 1994.

FOLBERG, Jay; TAYLOR, Alyson. *Mediation: A Comprehensive Guide to Resolving Conflicts Without Litigation*. San Francisco: Jossey Bass Inc. Publishers, 1984.

KOVACH, Kimberlee. *Mediation in a nutshell*. St. Paul, MN: Thomson West, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

PANTOJA, Fernanda Medina. *Dos conciliadores e mediadores judiciais*. In CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, no prelo.

SQUADRI, Ana Carolina. *Mediação Judicial*. In: VERÇOSA, Fabiane (coord.). *Arbitragem e mediação: temas controvertidos*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

TARTUCE, Fernanda. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim ... *et al. coord. Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo*. 1a. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. In TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.), *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

2 Complementares

COOLEY, John W. *The Mediator's Handbook*. Ed. National Institute for Trial Advocacy, 2006.

GOLDBERG, Stephen B.; SANDER, Frank E.; ROGERS, Nancy H.; COLE, Sarah Rudolph. *Dispute Resolution: Negotiation, Mediation and Other Processes*. New York: Aspens Publishers, Fourth Edition.

GOLANN, Dwight. *Mediating Legal Disputes*. Boston: Little, Brown and Company, 1996.

MOORE, Christopher. *O processo de mediação*. Porto Alegre. Ed. Artes Médicas, 1998.

SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e Prática da Mediação de Conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

SLAIKEU, Karl. *No final das contas: um manual prático para a mediação de conflitos*. Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 2002.

Eletrônicas

AZEVEDO, André Gomma de (org). 2013. *Manual de Mediação Judicial*. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD. 4º ed. Disponível no link: <http://www.tjrs.jus.br/export/processos/conciliacao/doc/Manual_Mediacao_MJ_4ed_Internet.pdf>. Consulta realizada em 18/07/2015.

AZEVEDO, André Gomma de (org). 2015. *Manual de Mediação Judicial*. Brasília/DF: Conselho Nacional de Justiça e Comitê Gestor Nacional da Conciliação. Disponível no link: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/c276d2f56a76b701ca94df1ae0693f5b.pdf>>. Consulta realizada em 27/07/2015.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; DURÇO, Karol Araújo. *A mediação e a solução dos conflitos no Estado Democrático de Direito. O "juiz Hermes" e a nova dimensão da função jurisdicional*. Disponível no link: <http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/a_mediacao_e_a_soluciao_de_conflitos_no_estado_democratico.pdf>. Consulta realizada em 18/07/2015.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Mediação: A redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos*. Artigo disponível no link <http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/mediacao_161005.pdf>. Consulta realizada em 27/07/2015.

STULBERG, Joseph B. Conducting the mediator skill-building training program. Editado pelo Michigan Supreme Court, State Court Administrative Office; Rev. ed edition, 1997. *Apud* Manual de Mediação Judicial 2015.

Legislativas

BRASIL. Código Penal. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei nº. 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

BRASIL. Lei de Arbitragem. Lei nº. 9.307, de 23 de setembro de 1996.

BRASIL. Código Civil. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

BRASIL. Lei Complementar nº. 123, de 14 de dezembro de 2006.

BRASIL. Resolução Conselho Nacional de Justiça nº. 125, de 29 de novembro de 2010.

BRASIL. Novo Código de Processo Civil. Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015 (em *vacatio legis*).

BRASIL. Lei de Mediação. Lei nº. 13.129, de 26 de maio de 2015.

BRASIL. Lei de Mediação. Lei nº. 13.140, de 26 de junho de 2015 (em *vacatio legis*).

Sessão III – Mediação Empresarial

ROTEIRO DE ESTUDO

1 Conceito

A Mediação Empresarial é um meio hábil e eficaz de solução de controvérsias empresariais, em que se oferece um espaço de confiança e confidencialidade para que os próprios envolvidos no conflito construam um acordo, movidos pela autodeterminação e facilitado por um mediador imparcial e neutro, capacitado e especializado nesta área de atuação.

A Mediação Empresarial é o gênero que contém duas espécies: Mediação Corporativa e Mediação Comercial.

a) Mediação Corporativa – é a mediação que aborda os conflitos que ocorrem dentro da empresa, ou seja, entre funcionários, membros dos conselhos e/ou sócios.

b) Mediação Comercial – é a mediação que aborda os conflitos externos, o que abrange não só as relações entre empresa com seus fornecedores e compradores como também seus acessórios como os de distribuição, transporte, transferências financeiras, etc.

2 Panorama Geral Nacional e Internacional

As últimas décadas foram propícias para a ampliação da utilização dos meios extrajudiciais de solução de conflitos como instrumentos voltados à pacificação social.

Alguns fatores contribuíram para o gerenciamento das controvérsias através da mediação, como as significativas mudanças sociais e jurídicas dos últimos tempos, aumento do grau de conflituosidade e dificuldade em obter do Estado acesso eficaz à justiça.⁸⁹

Vale ressaltar, que o Poder Judiciário, atualmente, possui mais de 100 milhões de processos — segundo a última contagem do Conselho Nacional de Justiça —, e as soluções das controvérsias demoram a ser julgadas, obviamente pelo acúmulo de processos, e não porque juízes, desembargadores ou ministros de

⁸⁹ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *Cláusulas Escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem*. São Paulo: Saraiva, 2013. p.17.

tribunais superiores sejam vagarosos na solução das controvérsias. Desta forma, a lentidão no julgamento das causas não ocorre por desídia ou negligência, e sim pela desumanidade desse volume impressionante de processos.

Não se pode esquecer que a boa organização da Justiça não depende somente do Poder Público, dependendo também da participação da sociedade. Assim, a sociedade não pode ser tão dependente do Estado na resolução dos conflitos, devendo ter mecanismos próprios para solucionar as disputas.

Podemos verificar que a utilização da mediação foi motivada por uma nova visão de gerenciamento de conflitos que considera a redução de custos, administração do tempo empregado e preservação das relações comerciais entre os envolvidos.

2.1 Leis no Brasil

A criação da Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça que dispõe sobre a conciliação e a mediação partiu de uma premissa de que cabe ao Poder Judiciário estabelecer a política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses resolvidos no seu âmbito – seja por meios heterocompositivos ou por meios autocompositivos.

Desta forma, a elaboração da Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça foi decorrente da necessidade de se estimular, apoiar e difundir a sistematização e o aprimoramento de práticas já adotadas pelos Tribunais de Justiça do país.

Desde a década de 1990, houve estímulos na legislação processual à autocomposição, acompanhada na década seguinte de diversos projetos de lei nos mais diversos campos da autocomposição: mediação civil, mediação comunitária, mediação penal, conciliação previdenciária, conciliação em desapropriações, etc. Os objetivos da Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça estão indicados de forma taxativa: (i) disseminar a cultura da pacificação social e estimular a prestação de serviços autocompositivos de qualidade (art. 2º); (ii) incentivar os tribunais a se organizarem e planejarem programas amplos de autocomposição (art. 4º) ; (iii) reafirmar a função de agente apoiador da implantação de políticas públicas do CNJ (art. 3º).

No âmbito do Poder Judiciário, a Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça estabelece o conteúdo programático para a capacitação dos mediadores, inclusive com o credenciamento de entidades aptas a oferecer os referidos cursos, bem como fiscalização permanente de ambos.

A Resolução 125/2010 do CNJ estabelece alguns princípios norteadores do método da mediação. São eles: confidencialidade, imparcialidade, voluntariedade e autonomia da vontade das partes.

O art. 7º da Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça cria o Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC) que possui a competência de promover a capacitação de magistrados e servidores em gestão de processos autocompositivos, bem como capacitar mediadores e conciliadores – seja entre o rol de servidores seja com voluntários externos. De igual forma, compete ao referido Núcleo instalar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e planejar de forma centralizada a implantação dessa política pública no respectivo Tribunal.

O art. 8º da Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça cria os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs) com o objetivo principal de realizar as sessões de conciliação e mediação do tribunal. Mesmo as demandas já distribuídas podem ser encaminhadas para os Centros.

Há alguns anos, a Comissão de Mediação da Ordem dos Advogados do Brasil, no Rio de Janeiro, coordena um núcleo de mediação que se presta, precipuamente, a atuar em conflitos que surgem entre advogados e seus clientes, ou entre sócios de escritórios de advocacia.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro mantém um Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC) dos mais ativos do Brasil. Além de oferecer treinamento e capacitação a mediadores, por meio do programa preparado pelo CNJ, ainda permite ao público em geral que, por simples acesso ao site, apresente requerimento para agendamento de pré-mediação. Assim, por iniciativa de uma das partes, a outra é convidada para uma sessão de mediação, conduzida por mediadores plenamente capacitados, antes mesmo do ajuizamento de uma ação judicial. Além disso, é oferecido às partes e aos juízes o encaminhamento de seus processos já em curso à mediação.

Atualmente, o NUPEMEC do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro recebe cerca de vinte casos por dia apenas no centro de mediação da capital com taxa de resolução de 70%, conforme informação extraída da revista Tribuna de Justiça, no mês de julho 2015.

Cabe ressaltar que as empresas não precisam aguardar que seus casos sejam selecionados pelo juiz, ou que um consumidor insatisfeito as convide para uma sessão de pré-mediação. As empresas podem (e devem) formular políticas que atendam aos seus interesses e da outra parte.

Faz-se necessário destacar que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro aderiu, em abril de 2015, ao Pacto de Mediação com o Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem ("CBMA").

O TJ/RJ foi o primeiro Tribunal de Justiça do Brasil a dar esse importante passo em direção ao incentivo das formas consensuais de resolução de disputas. A postura que o TJ/RJ vem assumindo é inovadora e serve de exemplo para os demais tribunais.

Além da adesão ao Pacto de Mediação do CBMA (Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem) pelo TJ/RJ, foi celebrado Acordo de Mútuo Reconhecimento entre o CBMA e o CPR (International Institute for Conflict Resolution and Prevention) - instituição de referência no que diz respeito aos métodos alternativos de resolução de disputas. A partir da celebração do Acordo, o CPR e o CBMA definiram a solidariedade e a reciprocidade de seus respectivos pactos, além de solidificarem sua cooperação e estreitarem seus laços.

O CPR revolucionou os métodos consensuais de resolução de disputas ao criar em 1984, o "PolicyStatement", por meio do qual empresas e instituições se comprometem a desenvolver uma série de políticas internas e externas para aprimorar a resolução de disputas. Mais de 4.000 empresas e 1.500 escritórios de advocacia de todo o mundo já aderiram ao PolicyStatement do CPR, se comprometendo a considerar métodos alternativos antes de ajuizarem ação judicial.

Além do CBMA, o CPR celebrou acordos nesses moldes com o Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris (CMAP) e Centre for Effective Dispute Resolution (CEDR).

O Novo CPC também fortalece a conciliação, a mediação e a arbitragem como mecanismos hábeis à pacificação social. Conforme o disposto no artigo 3º, § 3º, que trata das normas fundamentais do processo civil, uma das principais premissas é o incentivo à utilização dos métodos adequados de solução consensual de conflitos.

O novo CPC/2015 menciona a conciliação, a mediação e a arbitragem em diversos artigos, deixando clara a intenção do legislador de incentivar a utilização de variados métodos de resolução de controvérsias. O novo Código de Processo Civil trata dos mediadores e conciliadores judiciais, atribuindo-lhes a qualidade de auxiliares da justiça (art. 149), estando sujeitos, inclusive, aos motivos de impedimento e suspeição (art. 148, II).

O CPC/2015 previu: a) a criação de centros judiciários de solução consensual de conflitos pelos tribunais, destinados à realização de audiências e pelo desenvolvimento de programas para auxiliar, orientar e estimular a autocomposição (art. 165); b) os princípios que informam a conciliação e a mediação (art. 166); c) o cadastro e a capacitação de conciliadores e mediadores (art. 167); d) a possibilidade de as partes escolherem, de comum acordo, o conciliador ou mediador (art. 168); e) as formas de remuneração dos conciliadores e mediadores (art. 169); f) os casos de impedimento (art. 170); g) a impossibilidade temporária do exercício da função (art. 171); h) o prazo de impedimento de um ano para o conciliador e mediador assessorar, representar ou patrocinar as partes (art. 172); i) as hipóteses de exclusão do cadastro (art. 173); j) a criação de câmaras de mediação e conciliação para a solução de controvérsias no âmbito da administração pública (art. 174); k) a possibilidade de outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais (art. 175).

Outra inovação no Brasil na área de mediação foi a publicação da Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos, no âmbito da administração pública. A nova lei de mediação contempla três tipos de mediação: extrajudicial, judicial e administrativa.

A nova lei define a mediação como a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as

auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia (parágrafo primeiro do art.1 da Lei 12.140/2015).

Conforme o disposto na referida lei, poderão ser objeto de mediação os conflitos que versem sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação.

De acordo com o art.2 da Lei 13.140/2015, a mediação será orientada pelos seguintes princípios: imparcialidade do mediador; isonomia entre as partes; oralidade; informalidade; autonomia da vontade das partes; busca do consenso; confidencialidade e boa-fé.

A Lei 13.140/2015 estabelece que a mediação poderá ser extrajudicial ou judicial, em centros mantidos pelos próprios Tribunais de Justiça.

De acordo com a referida lei, as partes podem recorrer ao método da mediação mesmo já havendo processo em andamento na Justiça ou em âmbito arbitral. Nesse caso, a tramitação é suspensa, por prazo suficiente para a resolução consensual do conflito.

A Lei 13.140/2015 permite também o uso da mediação para solucionar conflitos entre órgãos da administração pública ou entre a administração pública e particulares. A União, os Estados e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, para promover a busca de acordos, mas, enquanto isso não ocorrer, aplicam-se as mesmas regras da mediação judicial.

Verificamos, portanto, que a mediação, no Brasil, está sendo cada vez mais estimulada, positivada e consagrada com a finalidade de reduzir o número de demandas judiciais em curso, uma vez que o Poder Judiciário não mais consegue atender a tantas demandas de forma rápida e efetiva.

2.2 Pesquisas Internacionais

Nos Estados Unidos, a utilização da mediação empresarial encontra-se consolidada. Desde o fim dos anos 1980, o mercado empresarial passou a adotar as ADR (Alternative Dispute Resolution) de forma geral e, paralelamente ao crescimento da arbitragem, a utilização da mediação está crescendo cada vez mais. Grandes centros gerenciadores de controvérsias foram criados, como o American Arbitration Association (AAA) e o International Institute for Conflict Resolution and Prevention (CPR).

O CPR é uma organização independente, nos Estados Unidos, que tem como missão principal auxiliar empresas multinacionais e seus advogados a resolverem conflitos comerciais complexos de forma colaborativa e com uma relação custo-benefício mais eficaz.

Há mais de 30 anos, a comunidade jurídica vem confiando no CPR para apresentar soluções inovadoras e práticas aos conflitos empresariais, por meio da atuação de árbitros e mediadores de alta competência.

O Pacto de Mediação do CPR passou a ter grande aceitação no início dos anos 1980, entre diversas entidades e empresas dispostas a transformar a forma de lidar com suas controvérsias. O "Pacto de Mediação" reflete o compromisso de seus signatários de priorizar mecanismos consensuais na abordagem de conflitos. Por meio do Pacto de Mediação, os operadores de diversas áreas da atividade econômica se comprometem a adotar práticas alinhadas com os métodos consensuais de solução de controvérsias, com o intuito de aperfeiçoar constantemente os processos de gestão e resolução de disputas, de forma colaborativa, eficiente e sustentável.

Nos Estados Unidos, desde 1970, a mediação vem tendo o notável crescimento anual que oscila entre 10 a 15%. A estatística de resolução de conflitos submetidos à mediação é alta: 65 a 70% dos casos mediados alcançam acordo.

Uma pesquisa liderada, em 2011, pelo CPR em conjunto com Pepperdine University School of Law e The Scheinman Institute on Conflict Resolution na ILR School of Cornell University, nos Estados Unidos, revela que mais da metade das empresas entrevistadas que figuravam na lista Fortune 1.000 utilizam a mediação, amplamente, e a preferem em relação aos processos judiciais, à arbitragem ou até mesmo a soluções negociadas diretamente entre as partes, sem o auxílio de mediador profissional.⁹⁰

Diversos casos famosos envolvendo gigantes empresariais são submetidos à mediação no país, anualmente.

A Europa vem se mobilizando no mesmo sentido na última década. O Parlamento Europeu emitiu no ano de 2011, relatório enfatizando as grandes

⁹⁰ NANCY Nelson e STIPANOWICH THOMAS J. Better Solutions for Business: Commercial Mediation in the EU, 2004 by CPR, INC, Chapter One).

vantagens da utilização da mediação sob o critério da quantificação de custos e de tempo de duração.

De acordo com o referido estudo, o tempo para a solução de disputas através do processo judicial, na Bélgica, é em média de 505 dias e na Itália, 1.210 dias. Já o tempo de duração das disputas sujeitas à mediação, é, em média, de 45 dias na Bélgica, e de 47 dias na Itália. No que diz respeito ao custo, a pesquisa revelou que a mediação custa em torno de 7.000 euros e os processos judiciais custam 16.000 euros.⁹¹

Na Inglaterra, a mediação comercial também se estruturou nos últimos 20 anos, surgindo centros de pesquisa, capacitação e de administração de procedimentos, como por exemplo, o CEDR (Centre for Effective Dispute Resolution) e o ADR Group.

No ano de 2010, na França, as principais empresas assinaram uma “carta de boas práticas” comprometendo-se a utilizar os meios consensuais de solução de conflitos com o intuito de preservar as relações intercomerciais.

3 Benefícios da mediação empresarial

A mediação é uma forma de solucionar o conflito de forma eficiente, segura e eficaz, reduzindo o gasto de tempo e dinheiro, sem prejuízo da qualidade da solução e manutenção do relacionamento das partes envolvidas.

Nas palavras de Fernanda Rocha Lourenço Levy:

“... na seara das relações jurídicas familiares, de sucessões, condominiais, societárias, empresariais, locatícias, de franquias, o critério da adequação vem conduzindo à utilização crescente da mediação, tendo em vista o forte conteúdo relacional que permeia esses universos e o fato de ser a mediação ferramenta indicada para o resgate do diálogo e manutenção de vínculos.”⁹²

Uma das grandes vantagens da mediação é o fato de possibilitar à empresa resolver seus próprios conflitos. Assim, através da mediação, os envolvidos no conflito podem solucionar suas controvérsias de maneira amigável, considerando as particularidades e complexidades existentes.

⁹¹ EUROPEAN PARLIAMENT'S COMMITTEE ON LEGAL AFFAIRS. **Quantifying the cost of not using mediation- a data analysis**.2011.

⁹² LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Op.Cit.** p.33.

Na mediação, há economia de tempo. Dependendo da complexidade da matéria envolvida no conflito e do número de partes, a mediação pode ser concluída em dias, semanas ou alguns meses.

Os processos submetidos à apreciação pelo Poder Judiciário demoram muitos anos para serem julgados, não sendo solucionados dentro de um prazo razoável. Assim, se comparado ao tempo dos processos judiciais, a resolução dos conflitos pela mediação é obtida em tempo curto.

Sob a ótica do Poder Judiciário, a mediação atua como filtro de litigiosidade e desjudicialização do conflito, oferecendo o efeito indireto de desafogar a altíssima taxa de congestionamento enfrentada por nossos tribunais. A simplicidade do procedimento da mediação a torna rápida e de baixo custo para as partes.

O custo da mediação é mais barato do que o dos processos judiciais que envolvem custas e honorários advocatícios muito altos, gastos na produção de provas e pareceres.

Os honorários do mediador são, geralmente, calculados por hora de trabalho e desvinculados do montante em disputa ou do acordo realizado entre os envolvidos.

O gasto reduzido de tempo de executivos e gerentes internos da empresa também é considerado uma vantagem da mediação na comparação com a resolução do conflito judicial.

Na mediação empresarial, há redução do desgaste de relacionamentos importantes para as empresas, auxiliando as partes a chegarem a um acordo que melhor atenda às suas necessidades, possibilitando, ainda, a preservação das relações comerciais.

A manutenção dos vínculos comerciais também pode ser alcançada pela mediação. Relações continuadas, submetidas à apreciação judicial, geralmente são rompidas. Todavia, nem sempre esse é o desejo das partes envolvidas no conflito. É necessário destacar que na mediação há uma minimização de incertezas quanto aos resultados.

A mediação proporciona o controle continuado do processo e dos resultados pelas próprias partes em contraposição aos riscos e incertezas da decisão por terceiros estranhos aos negócios. Embora haja situações nas quais

processos arbitrais ou judiciais são inevitáveis, a experiência confirma que no longo prazo questões acabam por ser decididas por terceiros sem trazer soluções satisfatórias aos interesses comerciais das partes. A mediação proporciona oportunidades de valorização das habilidades dos empreendedores ou executivos em corrigir relações e resolver problemas com pragmatismo, eficiência e a eficácia de um acordo seguro, sem perder o controle da situação para as convicções de juízes ou árbitros, muitas vezes distanciadas da vida real, do mundo dos negócios das partes.⁹³

Mesmo quando a mediação não gera um acordo imediatamente, sua utilização propicia vantagens para as partes envolvidas, como a melhor compreensão da disputa e o estreitamento de pontos que, posteriormente, serão submetidos à arbitragem ou ao Poder Judiciário. Portanto, muitas vezes, a mediação planta a semente do acordo, que talvez seja concretizado em um momento futuro.

Diversos benefícios da mediação foram apontados em outra pesquisa realizada pelo CPR, em 2002, com gestores empresariais e consultores jurídicos, tais como: 1) Controle continuado pelas partes sobre o processo de resolução de disputa e o resultado, em contraposição aos riscos e incertezas do litígio ou arbitragem; 2) Customização do procedimento às conveniências exclusivas das partes; 3) Confidencialidade; 4) Comunicações Melhoradas; 5) Facilitação do afastamento das diferenças culturais ou internacionais; 6) Realidades comerciais ou de negócios consideradas; 7) Economia de custos e de tempo 8) Soluções criativas e duradouras; 9) Manutenção ou melhora das relações continuadas.⁹⁴

Verificamos, portanto, que a mediação soluciona os conflitos empresariais de forma mais rápida, barata, eficaz e discreta para as empresas lidarem com seus conflitos internos e externos, aumentando a chance do cumprimento do acordo celebrado e sustentabilidade ao longo do tempo.

⁹³ Maia, Andrea. Assis, João Afonso de. Souza, Mariana Freitas de. A mediação como ferramenta de pacificação nas empresas. 2015.

⁹⁴ NANCY NELSON e THOMAS J. STIPANOWICH. Better Solutions for Business: Commercial Mediation in the EU. 2004 by CPR, Inc, Chapter One.

4 Escolha do Mediador

O mediador pode ser qualquer pessoa que tenha capacitação técnica, possua legitimidade e seja hábil para exercer a atividade. A função do mediador exige uma formação transdisciplinar, sendo recomendável que a pessoa seja familiarizada com questões comerciais, que tenha experiência de vida, habilidade na comunicação, postura e firmeza.

Muitos mediadores são da área jurídica. Todavia, profissionais de outras áreas podem exercer a atividade. Assim, vemos, com frequência, psicólogos, psicanalistas, assistentes sociais, administradores e engenheiros atuando como mediadores.

O Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem e o Conselho Nacional de Justiça estabelecem regras para a capacitação dos mediadores.

O mediador tem a função de facilitar a solução de uma controvérsia, sendo que as partes são as responsáveis pela tomada de decisão que melhor atenda aos seus interesses. O mediador auxilia na construção do diálogo entre os envolvidos de forma a encontrar uma solução satisfatória para o conflito.

A escolha do mediador é feita pelas partes, em comum acordo. O profissional deve ser habilitado para o exercício da função. O mediador pode fazer parte de uma Câmara, Centro, Instituição ou Órgão ou pode atuar ad hoc, ou seja, de forma independente.

No momento da escolha do mediador, as partes devem pensar qual o tipo de mediação pretendida na resolução de determinado conflito, ou seja, se pretendem uma mediação facilitativa ou avaliadora.

Na mediação facilitativa, o mediador facilita a composição dos interesses das partes envolvidas, por meio da condução voltada para o processo, sem adentrar o conteúdo do conflito.

Na mediação avaliadora, o mediador, manifesta sugestões para a solução do conflito, que podem ser aceitas ou não pelas partes.

A forma mais comum de mediação é a facilitadora, sendo a mediação avaliadora alvo de críticas pela sua característica intervencionista na solução do conflito.

Portanto, o estilo do mediador influencia na estrutura procedimental da mediação a ser desenvolvida, sendo uma tendência mundial a mediação empresarial ser conduzida por um mediador com perfil especializado no tema do conflito, familiarizado com o contexto da controvérsia e que gere confiança nas partes.

5 Processo de Mediação

5.1 Pré-Mediação

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

A primeira fase do processo de mediação é a pré-mediação, que consiste desde o momento em que as partes optam pela mediação, até o início efetivo da mesma.

Assim, a pré-mediação se destina a serem estabelecidos os contatos iniciais com as partes em disputa e objetiva construir a adesão livre e informada das partes ao procedimento em si.⁹⁵

A fase da pré-mediação se encerra com a assinatura do termo de compromisso de mediação. A pré-mediação pode ser judicial ou extrajudicial.

5.1.1 Pré-Mediação Judicial

A mediação judicial é realizada nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC, Centro de Mediação ou Núcleo de Mediação), que estão sendo criados no Brasil, a partir da Resolução 125 do CNJ, de 2010.

Os centros de mediação possuem conciliadores e mediadores capacitados e cadastrados pelos Tribunais de Justiça, sendo que no Rio de Janeiro existe um grupo especializado em mediações encaminhadas pelas varas empresariais.

As partes de um processo judicial podem solicitar que o caso seja encaminhado ao programa de mediação. Além disso, o juiz da causa poderá, de

⁹⁵ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Op.Cit.** p.154.

ofício, encaminhar o conflito à mediação. Mesmo que o processo esteja tramitando em segunda instância, poderá ser encaminhado à mediação, desde que o relator ou a turma julgadora entenda que seja cabível.

Portanto, em qualquer via recursal, poderá o conflito ser solucionado por meio da mediação, desde que o Relator ou a própria Turma Julgadora entenda ser cabível tal providência. Nesse caso, os autos serão encaminhados ao DEACO (Departamento de Apoio aos Órgãos Colegiados) para a Mediação, mediante despacho nesse sentido. Neste órgão de apoio será providenciado o agendamento e o convite às partes para comparecimento à primeira sessão.

O despacho de remessa do "caso" resultará na suspensão do feito para encaminhamento das partes ao Centro de Mediação, onde será agendada data para a primeira sessão.

Se as partes não estiverem presentes, deve ser observado que nos Centros de Mediação, não se procede à prática de atos processuais convocatórios (intimações, notificações etc.), sendo necessário informar os nomes e os telefones (ou endereço para quem não os possua) das partes, que serão pessoalmente convidadas pelos mediadores a comparecer.

Se o Juiz não fixar outro prazo, será de 40 dias o tempo de submissão do caso à Mediação, prazo que poderá ser prorrogado se as conversações estiverem evoluindo para acordo, mediante solicitação ao Juízo de origem.

Os conflitos de interesses que não foram submetidos ao Poder Judiciário poderão ser submetidos à mediação, mediante solicitação das partes ou de seus advogados, no centro de mediação mais próximo. Alcançado o acordo, sua homologação será procedida, mediante requerimento de distribuição por dependência, no próprio Juízo do Diretor do Centro de Mediação.

5.1.2 Pré-Mediação Extrajudicial

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

A fase de pré-mediação extrajudicial consiste nas reuniões anteriores à mediação propriamente dita, em que as partes tomam conhecimento do processo,

entrevistam e decidem a contratação do mediador e fixam o conteúdo da mediação.

As partes ou advogados podem iniciar a mediação por meio de uma instituição privada. Cada instituição possui suas próprias normas em relação ao rol de profissionais, procedimento e tabela de custos e honorários dos mediadores. As partes podem buscar a mediação em conjunto, ou apenas uma das partes pode solicitar o início da mediação à instituição, que irá convidar a outra parte a uma sessão de pré-mediação para a explicação do processo e auxílio na nomeação do mediador, caso haja a aceitação.

Os mediadores são entrevistados e avaliados para contratação pelos advogados e partes. Após a contratação e antes da primeira sessão, nas mediações empresariais, é comum que alguns mediadores solicitem que as partes elaborem previamente um relatório sobre o caso. Outros mediadores solicitam o envio dos documentos, tais como contratos, notificações e documentos técnicos para a melhor compreensão do conflito.

5.2 Discursos de Abertura

Na primeira sessão, o mediador inicia a mediação com o seu discurso de abertura. A finalidade é apresentar o processo às partes, explicando como será conduzido, bem como suas regras.

Mesmo que tenham sido realizadas reuniões prévias, o mediador deverá explicar, detalhadamente, as características do processo de mediação.

O mediador se apresenta e busca conhecer melhor as partes e os advogados, ressaltando que o processo é flexível e informal. Ele explicará seu papel neutro e imparcial e sua atuação como facilitador, visando a aproximação das partes. O mediador jamais julgará o caso, ou tentará impor qualquer forma de decisão ou acordo às partes.

O mediador incentivará a comunicação entre as partes, abordará as questões de logística e formalidades. As partes realizam suas falas de abertura para que possam descrever os fatos ocorridos, expor seus principais interesses e necessidades e estabelecer, na medida do possível, maior grau de colaboração com a outra parte. Os advogados poderão expor suas considerações jurídicas sobre a questão.

Os discursos de abertura são uma oportunidade para as partes e para os mediadores identificarem as informações, interesses e necessidades.

5.3 Discussão de Interesses

A partir dos discursos de abertura, o mediador busca compreender as perspectivas e interesses das partes, bem como identificar os pontos mais relevantes existentes no conflito. O mediador elabora em conjunto com as partes uma agenda de discussões com os pontos fundamentais sobre a controvérsia.

As partes devem expor suas visões e perspectivas sobre os pontos discutidos e ouvir atentamente as visões e perspectivas da outra parte.

5.4 Caucus

O caucus é uma reunião privada entre o mediador e uma das partes durante as negociações. Podemos destacar alguns benefícios do caucus, como: (a) oportunidade para acalmar os ânimos em momentos de tensão; (b) criar maior proximidade e confiança entre mediador e partes; (c) oportunidade de o mediador discutir e entender os interesses e perspectivas das partes, e (d) ajudar no fluxo de informação e reunião de informações úteis para a negociação que as partes estejam com dificuldade em revelar.

O mediador e as partes podem pedir por um caucus quando julgar em necessário. O caucus pode ser entre o mediador e um dos lados (advogado e parte), entre o mediador e somente as partes de cada lado, ou entre o mediador e somente os advogados de cada lado.

5.5 Geração de Opções

Após a fase de troca de informações e compreensão dos interesses das partes, passa-se à fase de geração de opções.

As partes refletem sobre possíveis soluções para o conflito, sem que haja qualquer vinculação prematura, com a ajuda do mediador.

Desta forma, as partes ampliam a possibilidade de opções sob a perspectiva de ganhos mútuos.

Sobre o tema da ampliação das opções, destacamos a lição de Roger Fischer:

Nesse estágio da negociação, contudo, você não deve procurar o caminho certo. Está apenas criando espaço para negociar. Esse espaço só pode ser criado em se contando com um número substancial de ideias marcadamente diferentes – ideias que você e o outro lado poderão elaborar mais tarde, na negociação, e dentre as quais poderão escolher em conjunto.⁹⁶

5.6 Avaliação de Opções e Criação de Propostas

Na fase de avaliação de opções e criação de propostas, o mediador auxilia as partes na avaliação das opções geradas e escolha dos caminhos que satisfaçam melhor os seus interesses. Assim, as partes avaliam as opções criadas e formulam propostas para a discussão do acordo.

Faz-se necessário destacar que um acordo construído de forma superficial não costuma se sustentar, aumentando a chance de seu descumprimento.

Muitos mediadores utilizam em relações comerciais duradouras a ferramenta “teste de realidade”, segundo o qual as partes do conflito são convidadas a se colocarem em várias situações relacionadas ao acordo ou ainda, vivenciam por determinado período os termos do acordo, para testar sua eficácia na prática. Outro cuidado de extrema importância a ser tomado pelo mediador se refere à exequibilidade do acordo. Assim, faz-se necessário checar a sustentabilidade do eventual acordo realizado pelas partes em conflito.

5.7 Possível Acordo e Encerramento

Na fase final da negociação, as partes podem, em conjunto com seus advogados e o mediador, elaborar o termo de acordo final, que pode ser total ou parcial. O acordo total resolve o conflito por completo. Já o acordo parcial pode deixar alguns pontos pendentes de solução, que podem inclusive serem submetidos à apreciação pelo Poder Judiciário ou por outras formas alternativas de resolução de conflitos.

Podemos destacar, também, a possibilidade de celebração de acordos provisórios, que perduram a princípio, por um determinado tempo, a fim de se

⁹⁶ FISCHER, Roger. Ury, William. Patton, Bruce. *Como chegar ao sim: negociação de acordos sem concessões*. Rio de Janeiro: Imago, 1994. p 84.

aferir a fluidez do acordado e a capacidade das partes em adimpli-lo. Passada essa fase, e não havendo oposição das partes, o acordo é transformado em definitivo. As partes também podem realizar mecanismos de monitoramento e desenvolver procedimentos para resolução de eventuais conflitos futuros.

Caso não seja realizado o acordo, o mediador encerrará a mediação, resumindo todos os pontos positivos alcançados durante as negociações para que, futuramente, seja possível uma negociação entre as partes. As partes também podem buscar outro método de resolução do conflito que não seja a mediação.

6 Áreas de aplicação

A mediação empresarial pode ser aplicada sob as seguintes perspectivas: disputas internas, relação com o consumidor e disputas externas.

6.1 Empresa-Empresa (disputas internas)

A mediação empresarial tem sido aplicada na resolução das disputas internas das empresas, que estão se tornando cada vez mais globalizadas, multiculturais e complexas.

Assim, considerando o novo ambiente empresarial, constata-se que o método adversarial realizado no âmbito do Poder Judiciário não soluciona as disputas internas de forma efetiva.

Neste contexto, podemos verificar que a aplicação da mediação empresarial nas disputas relacionadas à Governança Corporativa, ou seja, nos conflitos de interesses que envolvam acionistas, diretores, membros do conselho e/ou executivos seniores das empresas revela-se mais eficaz e estratégica na resolução dos conflitos internos das empresas.

6.2 Empresa-Consumidor

A mediação empresarial tem apresentado sucesso na aplicação na relação empresa e consumidor.

As empresas, preocupadas com a manutenção do relacionamento com os consumidores, começaram a buscar entender a natureza das demandas ajuizadas contra si e formular políticas de acordo que atendam a interesses mútuos.

Portanto, a mediação passou a ser adotada como método alternativo de resolução de conflitos de forma a restabelecer a comunicação entre as partes e resolver de forma efetiva e com custo menor disputas que não sejam grandes e complexas.

6.3 Empresa-Empresa (disputas externas)

A mediação empresarial é considerada uma das formas mais completas, sérias e eficazes para as empresas lidarem com seus problemas externos, possibilitando a preservação das relações comerciais entre os envolvidos. Portanto, a mediação pode ser aplicada na condução de conflitos externos das empresas, como por exemplo, empresa e compradores, franqueados, distribuidores, etc.

Assim, a mediação proporciona soluções satisfatórias aos interesses comerciais das partes de forma a resolver os problemas com pragmatismo e eficiência, considerando as especificidades do negócio exercido pelas empresas. Além disso, a mediação permite a preservação e consolidação dos negócios ou oportunidades de interesse comum das empresas que estão em conflito.

QUESTÕES DE AUTOMONITORAMENTO

1. Quais os benefícios da mediação?
2. Qual a diferença entre a mediação avaliativa e a mediação facilitadora?
3. Qual o papel do mediador? Quais as características necessárias do mediador?
4. Discorra sobre as fases da mediação.
5. O que é caucus?
6. Quais as áreas de aplicação da mediação?

SUGESTÃO DE CASO GERADOR

A vida do ator submetida ao processo de mediação

Em 2014, Antonio Medeiros, um famoso diretor de teatro, realizou uma produção moderna de Romeu e Julieta. A produção durou cerca de três meses e houve um período de ensaio de um mês. Um dia antes do período de ensaios começar, Antônio Medeiros teve de mudar o ator protagonista (que encenaria

Romeo), pois o ator, originalmente, escolhido (Diogo Raimond - um ator de TV conhecido) foi diagnosticado com uma doença crônica de garganta.

Em um encontro extremamente informal no bar do teatro Open X, foi escolhido como substituto do Diogo Raimond, o ator Luiz Eduardo Teixeira, que também é famoso ator de novelas.

Assim, Luiz Eduardo Teixeira realizou o papel de protagonista, durante três meses, da temporada da peça Romeu e Julieta, no Rio de Janeiro.

Após o fim da temporada, ocorreu um litígio relativo ao pagamento de Luiz Eduardo Teixeira, uma vez que as partes possuem visões diversas do que foi acordado em relação à remuneração pelo seu trabalho.

Luiz Eduardo Teixeira recebeu a quantia de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) de Antônio Medeiros. Todavia, seu agente disse que a remuneração acordada com o diretor era de R\$ 75.000,00 (setenta e cinco mil reais). Portanto, Luis Eduardo Teixeira deveria, ainda, receber a quantia de R\$ 15.000,00.

Ocorre que, o espetáculo está, atualmente, em fase de aprovação final para turnê nacional de três meses de duração. Ambas as partes pretendem que Luis Eduardo Teixeira continue no papel de protagonista do espetáculo.

As partes, representadas por Alberto Lodi, agente de Luis Eduardo Teixeira, e Cristina Pereira da Silva, advogada de Antônio Medeiros, recorreram à mediação para a solução do conflito.

Você é o mediador neste caso e irá trabalhar com ambos os representantes de interesses de Luis Eduardo Teixeira e de Antônio Medeiros. Você vai precisar se certificar de que levará em consideração o relacionamento passado e o trabalho futuro das partes.

REFERÊNCIAS

Bibliográficas

1 Utilizadas

ENAM (Escola Nacional de Mediação e Conciliação). Manual de mediação de conflitos para advogados. Ministério da Justiça, 2014.

FISCHER, Roger. URY, William. PATTON, Bruce. Como chegar ao sim: a negociação de acordos sem concessões. Rio de Janeiro: Imago, 1994.

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

MOORE, Christopher. The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict. 2nd ed. San Francisco: JosseyBassPublishers, 1996.

Complementares

BOULLE, Laurence. NesieMiryana. Mediator Skills and Techniques: Triangle of Influence. Great Britain: Bloomsbury Professional, 2010.

FRENKEL, Douglas. STARK James H. The practice of mediation. United States of America: Wolters Kluwer, 2012.

SINGER, Linda R. Settling Disputes. Conflict Resolution in Business, Families, and the Legal System. United States of America: Westview Press, Inc, 1994.

Eletrônicas

Living with ADR: Evolving Perceptions and Use of Mediation, Arbitration and Conflict Management in Fortune 1,000 Corporations. Thomas J. Stipanowich* and J. Ryan Lamare** Fortune 1,000 Survey TJS Revised Feb 19 2013 Electronic copy available at: <http://ssrn.com/abstract=2221471> Pepper Pepperdine.

Quantifying the cost of not using mediation – a data analysis GIUSEPPE DE PALO, President, ADR Center ASHLEY FEASLEY, ADR Center FLAVIA ORECCHINI, ADR Center Manuscript completed in April 2011. © European Parliament, Brussels, 2010. <http://www.europarl.europa.eu/studies>.

The Sixth Mediation Audit. A survey of commercial mediator attitudes and experience. 22 May 2014. CEDR International Dispute Resolution Centre 70

Fleet Street London EC4Y 1EU Registered charity no: 1060369. Graham Massie
22 May 2014.

Legislativas

Lei Federal 13.140/2015.

Novo Código de Processo Civil: Lei 13.105/2015.

Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça.

Sessão IV – Arbitragem - características, arbitragem institucional, arbitrabilidade, árbitros e intervenção de terceiros

ROTEIRO DE ESTUDO

1 Arbitragem

1.1 Definição

A arbitragem é um meio de resolução de controvérsias na qual as partes submetem as suas disputas relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis a um terceiro independente e imparcial que resolve a questão e cuja sentença é equiparada à sentença judicial. Na arbitragem, conforme ensinam Jacob Dolinger e Carmen Tiburcio⁹⁷, as partes submetem a questão a um terceiro que deverá decidi-la e impor sua decisão, ao contrário do que ocorre na mediação e na conciliação, cuja resolução da controvérsia depende da assinatura de um acordo entre as partes pondo fim à disputa. A decisão proferida pelo árbitro ou Tribunal Arbitral é obrigatória para as partes e irrecorrível quanto ao mérito, somente sendo admitido pedido com vistas a que se esclareça ou corrija erro material (art. 30 da Lei nº 9.307/1996). De acordo com os autores⁹⁸, a arbitragem é o meio alternativo mais utilizado pelos litigantes.

Conforme previsto na Lei de Arbitragem, para a submissão do litígio à arbitragem, é necessária a celebração de uma convenção de arbitragem⁹⁹ (que constitui o gênero, sendo as espécies a cláusula compromissória e o compromisso arbitral). A própria Lei de Arbitragem define a cláusula compromissória como “a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato”¹⁰⁰ e o

⁹⁷ DOLINGER, Jacob. TIBURCIO, Carmen. *Direito Internacional Privado – Arbitragem Comercial Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 19.

⁹⁸ *Idem, ibidem*.

⁹⁹ Art. 3º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

¹⁰⁰ Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

§ 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

§ 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

compromisso arbitral como “a convenção por meio da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial”¹⁰¹.

1.2 Importância da Lei nº 9.307/1996

A Lei da Arbitragem trouxe três importantes modificações para o instituto da arbitragem, mas somente após a declaração de sua constitucionalidade¹⁰² é que de fato houve a propagação do instituto. A Lei de Arbitragem inovou em três aspectos: (i) Força obrigatória e vinculante para cláusula arbitral, (ii) Equiparação da sentença arbitral à sentença judicial e (iii) Supressão da necessidade de dupla homologação e citação por carta rogatória da parte domiciliada no Brasil.

1.2.1 Força obrigatória e vinculante para cláusula arbitral

Antes da edição da Lei de Arbitragem, existia no direito interno a distinção entre cláusula compromissória e compromisso arbitral, uma vez que, conforme destacam Jacob Dolinger e Carmen Tiburcio¹⁰³, a cláusula compromissória prevendo a submissão do litígio à arbitragem não configurava garantia da instauração do juízo arbitral. Era necessário, para tanto, realização do compromisso arbitral, após o surgimento do litígio, reafirmando a intenção das partes pela resolução do conflito pela arbitragem. A exigência de assinatura posterior do instrumento enfraquecia o instituto, pois a arbitragem somente poderia ser instaurada após a assinatura do compromisso arbitral, à qual qualquer das partes poderia se recusar.

Após a publicação da Lei nº 9.307/1996¹⁰⁴, a convenção de arbitragem (cláusula compromissória ou compromisso arbitral) adquiriu força e obriga às partes a utilizar a arbitragem para resolver o conflito.

¹⁰¹ Art. 9º O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.

§ 1º O compromisso arbitral judicial celebrar-se-á por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda.

§ 2º O compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público.

¹⁰² SE 5.206 AgRg/EP – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – j. 12.12.2001

¹⁰³ DOLINGER, Jacob. TIBURCIO, Carmen. *Op. cit.*, p. 22.

¹⁰⁴ Artigos 3º e 7º.

Para Pedro Batista Martins¹⁰⁵, o instituto da arbitragem não se desenvolveu até o advento da Lei nº 9.307/1996 porque o Decreto nº 3.900/1867, que regulava o juízo arbitral facultativo, transformara a cláusula compromissória em *num caput mortum* ao exigir para a eficácia da arbitragem a assinatura, posteriormente, do compromisso arbitral.

1.2.2 Equiparação da sentença arbitral à sentença judicial

A sentença arbitral foi equiparada à sentença judicial e tem força de título executivo judicial (art. 475-N, IV do Código de Processo Civil). Se a parte vencida não cumprir a sentença arbitral, a parte vencedora a executará no Poder Judiciário. Isto porque não foi conferido poder de coação (poder de polícia) ao juízo arbitral, uma vez que este poder é exclusivo do Poder Judiciário.

Se houver cláusula de arbitragem entre as partes, o juiz deverá extinguir o processo sem resolução do mérito¹⁰⁶, ou seja, o juiz não poderá tomar conhecimento do litígio, devendo ser instaurado o juízo arbitral por ser este o competente, conforme manifestação prévia das partes. Todavia, conforme art. 301, § 4º do Código de Processo Civil, o juiz não conhecerá de ofício a matéria.

1.2.3 Supressão da necessidade de dupla homologação e citação por carta rogatória da parte domiciliada no Brasil

Como destacam Jacob Dolinger e Carmen Tiburcio¹⁰⁷, todas as sentenças arbitrais estrangeiras deveriam ser homologadas judicialmente no país de origem antes de serem encaminhadas para o STF, até mesmo as sentenças que eram exequíveis independentemente de homologação.

O art. 35 da Lei nº 9.307/1996 determinou que a sentença arbitral estrangeira não deveria mais ser homologada no país de origem, somente no STF (após a Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004 a competência é do Superior Tribunal de Justiça e tal alteração já consta do referido artigo, na redação que lhe foi conferida pela Lei nº 13.129/2015, a qual entrou em vigor em

¹⁰⁵ MARTINS, Pedro Batista. <http://www.abdf.com.br/tema6.htm>, capturado em 22 de maio de 2002, às 17:32h.

¹⁰⁶ Art. 267, VII do Código de Processo Civil

¹⁰⁷ DOLINGER, Jacob. TIBURCIO, Carmen. *Op. cit.*, p. 25.

27 de julho de 2015). Este tema será visto de forma mais aprofundada na sessão “Homologação de Sentença Arbitral”.

Conforme o parágrafo único do art. 39 da Lei de Arbitragem, é válida a citação postal da parte domiciliada aqui no Brasil desde que haja prova inequívoca do recebimento e tempo hábil para o exercício do direito de defesa. Segundo Jacob Dolinger e Carmen Tiburcio¹⁰⁸, este dispositivo configura uma importante mudança, pois afasta a tradicional orientação do STF em não homologar sentenças arbitrais estrangeiras cujas citações, da parte brasileira, ocorreram por via consular ou diplomática, por via postal ou por *affidavit*¹⁰⁹.

1.3 Vantagens da Arbitragem

Dentre várias vantagens da utilização da arbitragem, temos:

1.3.1 Celeridade

Na arbitragem, não há necessidade de publicação dos atos. Com isso, a movimentação do processo e a obtenção do resultado são mais céleres.

Outro fator que contribui para a celeridade do processo é a possibilidade de recusa do convite feito ao árbitro se, por exemplo, estiver participando de muitos processos naquele momento e vislumbrar a possibilidade de atrasar/atrapalhar o curso do processo de arbitragem por falta de disponibilidade. Outra característica importante é a falta de recursos para reexame do mérito, por força do Princípio da Irrecorribilidade da Sentença Arbitral.

1.3.2 Customização do processo

Quando comparada ao processo judicial, a formalidade é quase inexistente. As regras são feitas pelas partes e pelo árbitro (ou Tribunal Arbitral), respeitando, quando a arbitragem for institucional, o regulamento da Câmara de Arbitragem.

¹⁰⁸ *Idem, ibidem*, p. 40.

¹⁰⁹ Affidavit – declaração jurada; depoimento juramentado; atestado. GOYOS JÚNIOR, Durval de Noronha. *Noronha’s Legal Dictionary = Noronha Dicionário Jurídico: English-Portuguese, English = Inglês – Português, Português – Inglês/ by Durval de Noronha Goyos Jr. = 5rd Ed – São Paulo: Observador Legal Editora Ltda., 2003. p. 33*

Não há um processo rígido a ser seguido. O Código de Processo Civil não é utilizado. Caberá às partes e ao árbitro (ou Tribunal Arbitral) determinar a estruturação da arbitragem.

1.3.3 Confidencialidade

A arbitragem, na sua essência, é confidencial às partes e àqueles envolvidos. Caberá às partes decidir sobre a publicidade do processo, exceto nas arbitragens envolvendo a Administração Pública Direta e Indireta, em que será sempre respeitada o princípio da publicidade¹¹⁰. De acordo com o § 6º do art. 13 da Lei de Arbitragem: “No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição.”

Jacob Dolinger e Carmen Tiburcio¹¹¹ chamam atenção para a questão relativa à confidencialidade retratando a decisão da Suprema Corte australiana, no caso *Esso Australia Resources v. Plowman*, no sentido de ser impossível a confidencialidade absoluta em uma arbitragem, em virtude de vários fatores, entre eles: a inexistência do dever de confidencialidade das testemunhas e a necessidade de prestar informações aos acionistas. Por outro lado, os autores trazem decisões inglesas e francesas a favor da confidencialidade absoluta.

Na arbitragem, não há a obrigatoriedade de transformar os atos em públicos, como nos atos processuais judiciais. A divulgação depende de autorização das partes envolvidas. A confidencialidade é um dos princípios da arbitragem e uma garantia oferecida às partes de que aquele litígio somente será de conhecimento de terceiros se elas assim decidirem. Ao árbitro (ou Tribunal Arbitral) é proibida a divulgação de qualquer fato/ informação do processo.

1.3.4 Escolha do árbitro

Conforme § 1º do art. 13 da Lei de Arbitragem: “As partes nomearão um ou mais árbitros, sempre em número ímpar, podendo nomear, também, os respectivos suplentes.”

¹¹⁰ Artigo 2º, § 3º da Lei n.º 9.307/96, com a redação que lhe foi conferida pela Lei n.º 13.129/15: § 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.”

¹¹¹ DOLINGER, Jacob, TIBURCIO, Carmen. *Op. cit.*, p. 82.

A eleição do árbitro é outra vantagem da arbitragem, pois as partes podem escolher um *expert* naquele assunto; uma pessoa técnica e que tenha *know-how*. Essa escolha confere mais tecnicidade à sentença proferida, pois não há necessidade de eleição de perito ou elaboração de quesitos.

2 Efeitos da Cláusula Compromissória

Instituído pelo parágrafo único do art. 8º da Lei nº 9.307/1996, o Princípio da Kompetenz-Kompetenz (da Competência) assegura que é o próprio árbitro (ou Tribunal Arbitral) o competente para definir sobre a sua própria competência para apreciar a controvérsia em questão e proferir a sentença arbitral.

Caso o árbitro (ou Tribunal Arbitral) se julgue competente, o processo arbitral tem prosseguimento. Se o julgamento for pela incompetência e não for possível a substituição (seguindo o disposto no art. 16 da Lei de Arbitragem), a demanda deverá ser remetida ao Poder Judiciário, como por exemplo, nos casos em que o direito envolvido é indisponível.

O art. 8º *caput* instituiu ainda o princípio da Autonomia da Cláusula Compromissória. Segundo este princípio, se o contrato em que estiver inserida a cláusula compromissória for declarado nulo, tal nulidade não atingirá a cláusula compromissória. Esta terá plena validade e o juízo arbitral deverá ser instituído para solucionar a controvérsia. Este princípio visa a assegurar a efetiva instauração do juízo arbitral e impedir a parte de má-fé de não cumprir com a obrigação pactuada.

Esses princípios tiveram inspiração na Convenção de Nova Iorque¹¹².

Neste sentido, determinou o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

TJ/RJ - 0019337-58.2009.8.19.0000 (2009.002.27205) - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 1ª Ementa - DES. CELSO FERREIRA FILHO - Julgamento: 25/08/2009 - DÉCIMA QUINTA CAMARA CÍVEL - DIREITO PROCESSUAL CIVIL. Ação de Revisão de Cláusula Contratual. Decisão deferindo a antecipação de tutela. As partes estabeleceram convenção de arbitragem. Cláusula compromissória de natureza cogente. É incompetente o juiz de direito para dizer da existência, validade e eficácia da convenção de

¹¹² Article II 3. The court of a Contracting State, when seized of an action in a matter in respect of which the parties have made an agreement within the meaning of this article, shall, at the request of one of the parties, refer the parties to arbitration, unless it finds that the said agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed.

arbitragem, competência que, nos termos do artigo 8º, parágrafo único da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, é do próprio árbitro. Obrigatoriedade de as partes submeterem seu litígio ao árbitro eleito, conforme manifestação de vontade posta no ato da contratação. A lei de arbitragem é posterior à lei consumerista, não excluindo sua aplicação às relações dessa natureza, vedado ao intérprete criar restrições onde a lei não cria. Extinção do processo sem resolução do mérito, na forma prevista no artigo 267, VII, do Código de Processo Civil. PROVIMENTO DO RECURSO, REVOGANDO-SE A TUTELA ANTECIPADA DEFERIDA ANTERIORMENTE.

2.1 Contrato de Adesão

Muito se tem questionado sobre a possibilidade da utilização da arbitragem no que se refere aos contratos que envolvam relação de consumo, que na sua grande maioria decorrem de contratos de adesão. Tal controvérsia se baseia no fato de que estaria vedada a utilização da arbitragem em relações de consumo, bem como afastada a eficácia de cláusula compromissória (parágrafo 2º, do art. 3º e art. 51, VII do Código de Defesa do Consumidor)¹¹³.

A jurisprudência é exigente no que tange ao cumprimento dos requisitos específicos da cláusula compromissória em contrato de adesão (parágrafo 2º do art. 4º da Lei de Arbitragem). Se houver omissão de algum, a cláusula é declarada nula. Por outro lado, quando presentes os requisitos legais impostos, a validade da cláusula é confirmada¹¹⁴.

¹¹³ LEMES, Selma Ferreira *Arbitragem e direito de consumo*. Disponível em , http://www.selmalemes.com.br/artigos/artigo_juri19.pdf. Capturado em 21.03.2011.

¹¹⁴ **TJ/RJ - 0016409-03.2010.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 1ª Ementa - DES. MILTON FERNANDES DE SOUZA - Julgamento: 11/05/2010 - QUINTA CAMARA CIVEL**

CLÁUSULA ARBITRAL. CONTRATO DE ADESÃO. COMPETÊNCIA. 1- A cláusula compromissória só tem eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula (art. 4º, § 2º, da Lei 9.307/96). 2- Nesse contexto, a ausência de quaisquer desses requisitos afasta a eficácia da cláusula compromissória.

TJ/RJ - 0156585-97.2008.8.19.0001 - APELAÇÃO - DES. NAMETALA MACHADO JORGE - Julgamento: 26/05/2010 - DÉCIMA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL

Processual Civil. Contrato de distribuição. Vigência por tempo determinado. Rescisão desmotivada. Ajuizamento de ação cautelar de sustação de protesto de títulos e de ação de indenização por danos materiais e dano moral. Acolhimento da preliminar de convenção de arbitragem. Extinção dos feitos sem resolução do mérito. Nulidade da cláusula de arbitragem. Renúncia da contratante a valer-se dessa modalidade de resolução de conflitos. Inocorrência. Recurso manifestamente improcedente. Seguimento negado, a teor do art. 557, do CPC. Agravo Interno. Desprovimento. A relação jurídica entre as partes não é de consumo, eis que se trata de contrato de distribuição firmado entre duas pessoas jurídicas, não se subsumindo as hipóteses previstas nos arts. 2º e 3º da Lei 8.078/90, tampouco se vislumbrando vulnerabilidade por parte da autora. Não restando comprovado que o contrato é de adesão, não se aplica, de igual modo, a regra do art. 4º, § 2º, da Lei 9.307/96. Ademais, a autora inequivocamente tomou ciência da cláusula compromissória, sendo assim manifesta a sua eficácia. Eventual discordância do apelado em

Para Pedro Batista Martins¹¹⁵ esse dispositivo é extremamente excepcional, porque o objetivo da Lei nº 9.307/1996 é viabilizar a arbitragem, acabando com a ineficácia da cláusula compromissória sem a assinatura posterior do compromisso arbitral. É uma exceção à regra de validade plena da cláusula compromissória e ao princípio da autonomia da vontade.

Explica o autor que, à época da elaboração do anteprojeto, havia-se revogado um dispositivo do Código do Consumidor (Lei nº 8.078/1990) que traria certa dúvida com relação à aplicabilidade da arbitragem. Desta forma, o legislador entendeu ser necessária a inclusão desta exceção para proteger o hipossuficiente. Assim, na visão do autor, esta exceção somente deve ser aplicada nos contratos de adesão, que são aqueles em que o conteúdo foi constituído previamente por uma das partes, eliminando a livre discussão que precede normalmente à formação dos contratos¹¹⁶. Esse tipo de contrato é típico dos serviços concedidos ou produtos monopolizados ou prestados por um grupo tão reduzido de prestadores que a escolha dos consumidores fica muito limitada.

3 Arbitrabilidade

Dispõe o artigo 1º da Lei nº 9.307/96: “Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

O referido dispositivo, com a redação que lhe foi conferida pela Lei nº 13.129, estabelece expressamente, em seu § 1º, que “[a] administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

indicar o Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá não significa renúncia à arbitragem, eis que expressamente indicou como motivo o alto custo envolvido, não havendo qualquer insurgência quanto ao procedimento arbitral em si. Uma vez que as partes validamente acordaram que eventuais conflitos seriam solucionados por meio de arbitragem, descabe ajuizar demanda judicial com o mesmo fim, sendo de rigor o acolhimento da preliminar para extinguir o feito sem resolução do mérito.

¹¹⁵ MARTINS, Pedro Batista. <http://www.abdf.com.br/tema6.htm>, capturado em 22 de maio de 2002, às 17:32h.

¹¹⁶ GOMES, Orlando. *Contratos. Atualiz.* Humberto Theodoro Júnior. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 109.

O art. 852 do Código Civil de 2002¹¹⁷ veda a feitura de convenção de arbitragem versando sobre direito pessoal de família e outras que não tenham caráter estritamente patrimonial.

João Bosco Lee¹¹⁸, citando Bénédicte Fauvarque-Cosson, explica que “a arbitrabilidade é a aptidão de um litígio ser o objeto de uma arbitragem.” Complementa, ainda, que arbitrabilidade pode ser qualificada em subjetiva ou objetiva, dependendo do elemento do estudo.

A arbitrabilidade subjetiva refere-se à possibilidade de uma pessoa (física ou jurídica) de firmar uma convenção de arbitragem: é a arbitrabilidade *ratione personae*.

A arbitrabilidade objetiva diz respeito ao objeto do litígio: é a arbitrabilidade *ratione materiae*, ou seja, quais as controvérsias que podem ser submetidas à arbitragem¹¹⁹.

3.1 Arbitrabilidade Objetiva

Segundo Cláudio Vianna de Lima¹²⁰ “são patrimoniais os direitos relativos a bens que podem ser apreciados economicamente, quantificados em moeda. Disponíveis são os direitos que se referem a bens apropriáveis, alienáveis, que se encontram no comércio jurídico”.

Desta forma, as controvérsias decorrentes de direitos indisponíveis não podem ser objeto da arbitragem, como por exemplo, divórcio e guarda de filhos. Ainda que as partes firmem uma convenção de arbitragem, esta questão não poderá ser submetida à arbitragem por falta de arbitrabilidade objetiva.

Conforme previsto no art. 25 da Lei nº 9.307/1996: “Sobrevindo no curso da arbitragem controvérsia acerca de direitos indisponíveis e verificando-se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento, o árbitro ou o tribunal arbitral remeterá as partes à autoridade competente do Poder Judiciário, suspendendo o procedimento arbitral.”

¹¹⁷ Art. 852. É vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial.

¹¹⁸ LEE, João Bosco. *Arbitragem Comercial Internacional nos Países do MERCOSUL*. 4. tir. Curitiba: Juruá, 2005. p. 51.

¹¹⁹ *Idem, ibidem, p. cit.*

¹²⁰ LIMA, Cláudio Vianna de. A Lei de Arbitragem e o artigo 23, XV, da lei de Concessões. In: *Revista de Direito Administrativo-209*, jul./set. 1997, p. 92.

O juízo arbitral é incompetente para determinar se trata de direito indisponível.

3.1.1 Direito trabalhista

No que tange aos contratos trabalhistas, coloca-se em questão tanto a arbitrabilidade subjetiva quanto a objetiva. Na lição de Carmen Tiburcio:

Nas questões trabalhistas individuais, o problema diz respeito à exegese do art. 1º da Lei de Arbitragem, que limita sua aplicação aos direitos patrimoniais disponíveis. Coexistem duas teorias para inadmitir a arbitragem nessa esfera: (1) o empregado é a parte mais fraca da relação jurídica e a Justiça do Trabalho foi criada com o objetivo de protegê-lo, sendo, portanto, a única competente para apreciar tais litígios; (2) questões trabalhistas não são arbitráveis (falta de arbitrabilidade objetiva). Diferem as consequências práticas dessas teorias. A primeira admite a arbitragem instituída ou aceita pelo empregado; já a segunda não a admite de forma alguma.¹²¹

A autora faz a menção acima em comentário a um acórdão do STJ em que se admite, expressamente, arbitragem acerca do levantamento dos depósitos do FGTS, conforme ementa:

Administrativo. FGTS. Demissão sem justa causa. Levantamento dos depósitos. Arbitragem. Direito trabalhista. 1. Configurada a demissão sem justa causa, não há como negar-se o saque sob o fundamento de que o ajuste arbitral celebrado é nulo por versar sobre direito indisponível. O princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas milita em favor do empregado e não pode ser interpretado de forma a prejudicá-lo, como pretende a recorrente. 2. Descabe examinar se houve ou não a despedida sem justa causa, fato gerador do direito ao saque nos termos do art. 20, I, da Lei 8.036/90, pois, conforme a Súmula 7/STJ, é vedado o reexame de matéria fática na instância especial. 3. Recurso especial improvido.¹²²

Veja-se a opinião de Selma Lemes sobre o assunto:

Atualmente é a área em que a arbitragem mais se prolifera. Em Centros de Arbitragens idôneos, que se dedicam também à área laboral, bem aparelhados, com profissionais capacitados, que oferecem ao trabalhador assistência gratuita de advogado, quando necessário, e que conta com a participação do representante sindical da categoria, as sentenças arbitrais são expedidas quase sempre em um mês. O Conselho Arbitral de São Paulo – CAESP, que atua em 22 Estados, contabiliza quase 10 mil demandas arbitrais solucionadas desde 1999. Destas, mais de 6 mil foram causas trabalhistas que, em

¹²¹ Caderno de Arbitragem do escritório Luís Roberto Barroso & Associados – publicação especial comemorativa dos 10 anos da Lei nº 9.307/96, p. 4.

¹²² STJ, REsp 635.354/BH, Rel. Ministro Castro Meira, DJ 22.ago.05.

90% dos casos, são resolvidas na primeira audiência, marcada no máximo 10 dias depois da apresentação da demanda. A sentença arbitral que declara o acordo é expedida no ato.

A grande maioria das demandas é solicitada pelo empregador, com a finalidade de resolver rapidamente a questão. São dezenas de empresas que mantêm convênios com o CAESP. A Escola da Magistratura do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª região, por exemplo, mantém com o CAESP convênio para treinar estagiários, futuros advogados para área. Os árbitros desta instituição são advogados com mais de 10 anos de prática e outros profissionais que atuaram em departamentos de recursos humanos de empresas.

As sentenças arbitrais são cumpridas, na quase totalidade, espontaneamente. Por vezes, há resistência da Caixa Econômica Federal – CEF em liberar o FGTS determinado na sentença arbitral, mas por meio de mandado de segurança impetrado pelo trabalhador o juiz federal determina o imediato acatamento da sentença arbitral pela CEF.¹²³

Para a autora, a arbitragem se mostra uma interessante alternativa à justiça trabalhista. Pedro A. Batista Martins faz referência às matérias trabalhistas arbitráveis:

No campo do direito do trabalho, preleciona Márcio Yoshida, com sua peculiar objetividade, serem passíveis de arbitragem os seguintes direitos: (a) os relativos a salários e a jornada de trabalho; (b) os decorrentes de contrato de trabalho já extinto; (c) os complementares às disposições convencionais e legais mínimas, hoje atribuídos à Justiça do Trabalho; (d) aqueles de natureza coletiva e decorrentes da aplicação, em tese, de leis ou convenções e acordos coletivos; (e) aqueles ligados ao artigo 7º da Lei de Greve e (f) os relativos a contratos de trabalho em vigor, que se constituíram anteriormente à arbitragem (in *A Arbitragem no âmbito do Direito do Trabalho*, a ser publicado em livro coordenado por J.M. Rossani Garcez).¹²⁴

Ressalte—se que a jurisprudência majoritária, inclusive do Tribunal Superior do Trabalho (TST) ainda é no sentido da inaplicabilidade da arbitragem na justiça trabalhista por entender que direito trabalhista é indisponível¹²⁵.

No âmbito de negociações *coletivas* no direito trabalhista, a Constituição Federal prevê expressamente a possibilidade de arbitragem: “Art. 114, § 1º - Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros”.

¹²³ LEMES, Selma. “O Uso da Arbitragem nas Relações Trabalhistas”. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 05.05.2007.

¹²⁴ “Apontamentos sobre a Arbitragem no Brasil”. Disponível em <<http://www.batistamartins.com>>. Acesso em 08.05.2007.

¹²⁵ RO 03580-2003-244-01-00-3 – 2ª Turma – Tribunal Regional do Trabalho – 1ª Região.

3.1.2 Concessão de Serviço Público

A Lei nº 8.987/1995 (Concessão de Serviços Públicos) autoriza no art. 25, XV, o uso de meio amigável de solução de controvérsias.

Ademais, como destaca Eros Roberto Grau¹²⁶, a Administração Pública não exerce atos de império em todos os seus contratos. Faz-se necessária a análise do ato para distinguir entre os atos de império (interesses primários) e os de gestão (interesses secundários)¹²⁷, uma vez que o objeto da arbitragem só pode versar sobre direito patrimonial disponível. Os contratos decorrentes de atos de império, por serem decorrentes da soberania do Estado, devem ser analisados pelo Poder Judiciário. Para Celso Antônio Bandeira de Melo¹²⁸, os interesses primários são os da coletividade, como um todo, e os interesses secundários, aqueles que o Estado (só pelo fato de ser sujeito de direitos) poderia ter como qualquer pessoa.

Desde 2005, a jurisprudência do STJ é consolidada no sentido de que entes estatais – sobretudo empresas públicas e sociedades de economia mista – podem se submeter à arbitragem da Lei nº 9.307/96¹²⁹.

¹²⁶ GRAU, Eros Roberto. Da Arbitrabilidade de Litígios Envolvendo Sociedade de Economia Mista e da Interpretação de Cláusula Compromissória. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*-18, Outubro-Dezembro 2002, p. 405.

¹²⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Arbitragem nos contratos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*-209. jul/ set 1997, p. 85.

¹²⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 16ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 63. Cf. Renato Alessi, *Sistema Istituzionale Del Diritto Administrativo Italiano*, 3ª ed., Mião, Giuffrè, 1960, p. 197.

¹²⁹ **REsp 612439-RS - 2003/0212460-3 – Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA – Julg. 25/10/2005**

PROCESSO CIVIL. JUÍZO ARBITRAL. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO. ART. 267, VII, DO CPC. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. DIREITOS DISPONÍVEIS. EXTINÇÃO DA AÇÃO CAUTELAR PREPARATÓRIA POR INOBSERVÂNCIA DO PRAZO LEGAL PARA A PROPOSIÇÃO DA AÇÃO PRINCIPAL.

1. Cláusula compromissória é o ato por meio do qual as partes contratantes formalizam seu desejo de submeter à arbitragem eventuais divergências ou litígios passíveis de ocorrer ao longo da execução da avença. Efetuado o ajuste, que só pode ocorrer em hipóteses envolvendo direitos disponíveis, ficam os contratantes vinculados à solução extrajudicial da pendência.

2. A eleição da cláusula compromissória é causa de extinção do processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, inciso VII, do Código de Processo Civil.

3. São válidos e eficazes os contratos firmados pelas sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços (CF, art. 173, § 1º) que estipulem cláusula compromissória submetendo à arbitragem eventuais litígios decorrentes do ajuste.

4. Recurso especial parcialmente provido.

MS 11308-DF - MANDADO DE SEGURANÇA - 2005/0212763-0 – Rel. LUIZ FUX – Julg. 09/04/2008

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PERMISSÃO DE ÁREA PORTUÁRIA. CELEBRAÇÃO DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. JUÍZO ARBITRAL. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE. ATENTADO.

Conforme mencionado acima, a Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015 (em vigor desde 27 de julho de 2015), sedimentou de forma incontestada tal percepção, ao incluir, no artigo 1º da Lei nº 9.307/96, o § 1º, com a seguinte redação: “A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Assim, hoje não há dúvida de que tanto a Administração Pública Direta, quanto a Indireta, podem ser partes em arbitragens sob a égide da Lei nº 9.307/96.

4 Dos Árbitros

Árbitro é a pessoa que decide a controvérsia em um processo de arbitragem. Conforme art. 13 da Lei de Arbitragem, o árbitro pode ser “qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes”. Não há obrigatoriedade quanto à formação acadêmica da pessoa escolhida.

O parágrafo 6º do art.13 da Lei de Arbitragem determina que os árbitros desempenhem suas funções com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição. O árbitro não deve possuir interesse no resultado da demanda e nem estar vinculado a nenhuma das partes, ou seus representantes mandatários. Por isso, possui o dever de revelar (art. 14) qualquer característica sua que possa indicar caso de impedimento ou suspeição¹³⁰; que possa causar desconforto ético para o exercício de suas atividades.

Dispõe o art. 14 da Lei de Arbitragem:

1. A sociedade de economia mista, quando engendra vínculo de natureza disponível, encartado na mesma cláusula compromissória de submissão do litígio ao Juízo Arbitral, não pode pretender exercer poderes de supremacia contratual previsto na Lei 8.666/93.

2. A decisão judicial que confere eficácia à cláusula compromissória e julga extinto o processo pelo "compromisso arbitral", se desrespeitada pela edição de Portaria que eclipsa a medida afastada pelo ato jurisdicional, caracteriza a figura do "atentado" (art. 880 do CPC).

3. O atentado, como manifestação consistente na alteração do estado fático da lide influente para o desate da causa, pode ocorrer em qualquer processo. Impõe-se, contudo, esclarecer que, quando a ação é proposta, as partes não se imobilizam em relação ao bem sobre o qual gravita a lide. Nesse sentido, não se vislumbra na fruição normal da coisa ou na continuação de atos anteriores à lide (*qui continuat non attentat*). Assim, v.g., 'em ação de usucapião, como posse justificada, o usucapiente pode construir no imóvel; ao revés, há inovação no estado de fato e, portanto, comete atentado o réu que em ação reivindicatória procura valorizar o imóvel erigindo benfeitorias úteis no bem, ou o demandado que violando liminar deferida aumenta em extensão a sua infringência à posse alheia. De toda sorte, é imperioso assentar-se que só há atentado quando a inovação é prejudicial à apuração da verdade. O atentado pode ocorrer a qualquer tempo, inclusive, após a condenação e na relação de execução. (Luiz Fux, in, Curso de Direito Processual Civil, 3ª edição, Editora Forense, páginas 1637/1638)[...]

¹³⁰ As situações de impedimento são: Art. 14 da Lei de Arbitragem e arts. 133 a 136 e 138 do Código de Processo Civil.

Art. 14. Estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil.

Espera-se que, com a eleição de pessoas especializadas para analisar a matéria, objeto do litígio, as questões técnicas ou muito complexas sejam minuciosamente analisadas. Ademais, o sigilo na condução de procedimentos arbitrais propicia a continuidade das relações entre as partes.

As partes envolvidas na arbitragem deverão escolher, na forma por elas acordada, o número de pessoas que resolverão o conflito. Pode ser um único árbitro ou mais de um (parágrafo 1º do art. 13 da Lei nº 9.307/1996).

O mencionado artigo especifica que no caso do tribunal arbitral, o número de componentes deverá ser ímpar. Esta medida evita a possibilidade de empate na decisão final.

Caso as partes nomeiem um tribunal com número par, os árbitros selecionados estão autorizados a nomear mais um. Sendo inviável o acordo entre as partes para a escolha de outro profissional, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário, que indicará outro árbitro (parágrafo 2º do art. 13 da Lei nº 9.307/96) ou verificar o disposto no Regulamento da Câmara de Arbitragem, caso a arbitragem seja institucional, pois em alguns é a própria Câmara que nomeia.

As regras já previstas no Regulamento de Arbitragem da instituição arbitral escolhida não precisam ser detalhadas na cláusula compromissória, uma vez que, ao indicar uma instituição arbitral, a parte aceita de forma tácita o seu Regulamento.

A IBA (International Bar Association) criou o *IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*¹³¹ com o objetivo de indicar possíveis situações que poderiam ser caracterizadas como de impedimento ou suspeição e que, por isso, merecem atenção do árbitro e das partes. Este guia chama a atenção para essas situações por meio de cores: laranja, verde e vermelho.

O árbitro também deve, quando houver, seguir o Código de Ética da Câmara de Arbitragem.

¹³¹ The IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration pode ser obtido no site www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=e2fe5e72-eb14-4bba-b10d-d33dafee8918 iba guidelines on conflicts of interest.

Dispõe o art. 18 da Lei de Arbitragem: “Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário”. Cabe ao árbitro (ou Tribunal Arbitral) proferir uma sentença exequível para, se houver necessidade, a parte poder exercer o seu direito de executar no Poder Judiciário.

A clareza das regras para escolha e nomeação dos árbitros é de extrema importância para o bom resultado da arbitragem, seja qual for o número de árbitros escolhidos.

O árbitro, na condução da arbitragem, deve observar, dentre outros, os princípios trazidos pelo § 2º, art. 21 da Lei de Arbitragem. São eles: contraditório, igualdade das partes, imparcialidade do árbitro e livre convencimento.

Assim como o juiz de direito, o árbitro poderá declarar-se suspeito para o julgamento da questão por motivo de foro íntimo.

A conduta do árbitro que violar as regras e mandamentos legais poderá gerar nulidade da sentença arbitral.

Conforme disposto no art. 20: “A parte que pretender arguir questões relativas à competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros, bem como nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem”.

4.1 Responsabilidade dos Árbitros

O art. 14 da Lei de Arbitragem dispõe sobre a responsabilidade do árbitro. Há divergência doutrinária sobre o tipo de responsabilidade do árbitro e da Câmara.

Para Pedro A. Baptista Martins¹³² a responsabilidade do árbitro é de meio e o árbitro somente seria responsabilizado civilmente nos casos que envolvesse dolo ou culpa grave. Para o autor, a responsabilidade do árbitro não é objetiva.

No entendimento de Carlos Alberto Carmona¹³³, o árbitro responde por “erros in procedendo” se isto levar à anulação da sentença. Para o autor também

¹³² MARTINS, Pedro A. Baptista. (et alii) Normas e princípios aplicáveis aos árbitros in *Aspectos fundamentais da Lei de arbitragem*. Rio de Janeiro:Forense, 1999, ps.289 e ss.

¹³³ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à L.9307/96*. São Paulo : Malheiros Editores, 1998, p.181 e ss.

seria possível responsabilizar a Câmara Arbitral se esta não indicar um árbitro para a controvérsia ou se o árbitro não possuir a qualificação técnica necessária para desenvolver suas atividades.

QUESTÕES DE AUTOMONITORAMENTO

1. Após ler o material, você é capaz de resumir o caso gerador, identificando as partes envolvidas, os problemas atinentes e as possíveis soluções cabíveis?
2. O que é arbitrabilidade objetiva? E subjetiva? O particular pode se submeter à arbitragem? E os entes da Administração Pública?
3. Quais os requisitos para que se possa instaurar a arbitragem?
4. Quais as principais modificações trazidas pela Lei nº 9.307/96?
5. Quais as vantagens da utilização da arbitragem como método de resolução de conflitos?
6. Quais os efeitos da cláusula compromissória?
7. A cláusula compromissória em um contrato de adesão é válida e eficaz? Justifique.
8. É possível a inclusão de cláusula compromissória em um contrato que envolva concessão de serviço público? Justifique.
9. É possível a utilização da arbitragem para resolver um litígio que verse sobre direito trabalhista?
10. Pense e descreva, mentalmente, alternativas para a solução do caso gerador.

SUGESTÃO DE CASO GERADOR

A Health & Care do Brasil Ltda. (“Health & Care”), fabricante de equipamentos medicinais, deseja construir uma fábrica no Estado do Rio de Janeiro. Dessa forma, celebrou, em 21 de janeiro de 2011, com a XYZ Engenharia Ltda. (“XYZ”), contrato de empreitada de mão de obra e materiais no valor de R\$20 milhões para construção da referida planta industrial.

Em maio de 2012, quando 70% da obra estava concluída, começaram a surgir problemas entre o construtor (XYZ) e a empresa contratante dos serviços (Health & Care).

A Health & Care alega que os materiais usados na construção não estão de acordo com as especificações técnicas acordadas e que não estava sendo

observado o cronograma previsto no contrato, e, por isso, interromperia os pagamentos. Observa que o atraso já é superior a nove meses; que havia se comprometido com terceiros, considerando que já estaria operando no estabelecimento e, em decorrência desse atraso, teve prejuízos superiores a R\$3 milhões oriundos da necessidade de adquirir produtos de outros fornecedores para honrar os compromissos assumidos de exportar os produtos que seriam fabricados no Brasil.

A XYZ alega que o atraso foi ocasionado por problemas decorrentes do solo arenoso, conforme advertência encaminhada à Health & Care em 14 de outubro de 2011, demandando mais tempo para a execução das atividades de terraplanagem, implantação de acessos e instalação de canteiro de obras e fundações, problemas não considerados pela empresa que efetuara o projeto, contratada pela Health & Care.

Efetivamente, o projeto construtivo é silente quanto a questões relativas ao solo.

Segundo a XYZ, o atraso se deveu, também, a problemas referentes à obtenção da licença ambiental e à morosidade na apresentação do Relatório de Impacto Ambiental – RIMA, responsabilidade da Health & Care. No que diz respeito à qualidade dos materiais utilizados, alega que todos estavam de acordo com o convencionado, sendo apenas de outra procedência.

As empresas trocaram diversas correspondências, não conseguindo chegar a um acordo, com a suspensão do pagamento pela Health & Care. Diante da suspensão do pagamento pela Health & Care, a XYZ paralisou a obra, retirou seus empregados e suas máquinas do canteiro de obras, incorrendo em custos adicionais não previstos. A Health & Care contratou outra empresa de engenharia para terminar a obra e para substituir os materiais considerados em desacordo com as especificações técnicas.

O contrato firmado contemplava que qualquer controvérsia seria resolvida por meio de procedimento arbitral, na cidade do Rio de Janeiro, segundo as regras do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem - CBMA. O contrato previu, ainda, que os árbitros deveriam se basear no Direito Brasileiro ao proferirem o laudo final.

Diante disso, a Health & Care pretende requerer a instauração de procedimento arbitral, com os seguintes pedidos:

- a) cobrança do valor de cláusula penal inserta no contrato de engenharia, aplicável em caso de rescisão contratual imotivada, no valor de R\$8 milhões;
- b) ressarcimento dos custos para contratação de outra empresa de engenharia para substituir os materiais em desacordo com as especificações técnicas e concluir a obra, no valor estimado de R\$4 milhões;
- c) indenização por lucros cessantes causados pelo atraso na conclusão da obra, estimados em R\$3 milhões; e
- d) reconhecimento do direito de não pagar à XYZ as parcelas vincendas do preço da obra, no valor de R\$6 milhões.

Esteve em seu escritório o representante da Health & Care. Como advogado da credora, prepare o instrumento pertinente ao caso apresentado.

Questões para reflexão:

1. A matéria objeto da arbitragem é arbitrável?
2. Existe o risco de o terceiro contratado para terminar a obra entrar na arbitragem para pleitear alguma quantia de Health & Care?
3. Qual o perfil do árbitro que seria indicado? Por quê?

REFERÊNCIAS

Bibliográficas

1 Utilizadas

BATISTA MARTINS, Pedro A. *Aspectos Jurídicos da Arbitragem Comercial no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1990.

_____. Anotações sobre a arbitragem no Brasil e o projeto de lei do senado nº 78/92. Disponível em: <<http://www.batistamartins.com>>. Acesso em: 03 mar. 2011.

_____. Apontamentos sobre a Arbitragem no Brasil. Disponível em: <<http://www.batistamartins.com>>. Acesso em: 03 mar. 2011.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

CRISTÓFARO, Pedro Paulo. Arbitrabilidade de questões envolvendo as pessoas de direito público, as sociedades de economia mista e as empresas públicas. In: *Anais de Palestras proferidas em 2004*. Rio de Janeiro: Secretaria Pro Tempore do Conselho de Câmaras de Comércio do Mercosul. pp. 114-128.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Manual da Arbitragem*. São Paulo: RT, 1999.

JO, Hee Moon. Confidencialidade em arbitragem comercial internacional. In: *Revista de Direito Mercantil-127*, pp. 68-78.

LEE, João Bosco. *Arbitragem Comercial Internacional nos Países do MERCOSUL*. 4. tir. Curitiba: Juruá, 2005.

_____. A Lei nº 9.307/96 e o direito aplicável ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional. In: *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem-11*, pp. 347-359.

LEMES, Selma. Arbitragem aplicada – Arbitragem institucional e ad hoc. In: *Anais de Palestras proferidas em 2002*. Rio de Janeiro: Secretaria Pro Tempore do Conselho de Câmaras de Comércio do Mercosul, p. 86.

LIMA, Cláudio Vianna de. A Lei de Arbitragem e o artigo 23, XV, da lei de Concessões. In: *Revista de Direito Administrativo-209*, jul./set. 1997.

_____. Notícias da Arbitragem no Direito Positivo Brasileiro. In: *Separata Revista Forense*, n. 334, abr./jun. 1996.

TEIXEIRA, Paulo César Moreira; ANDREATTA, Rita Maria de Faria Corrêa. *A nova arbitragem: comentários à Lei 9.307, de 23.09.96*. Porto Alegre: Síntese, 1997.

THEODORO JR., Humberto. A arbitragem como meio de solução de controvérsias. In: *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, n. 2, nov.-dez. 1999.

TIBURCIO, Carmen. A arbitragem no direito brasileiro. In: *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 96, n. 351, pp. 49-63, jul./set. 2000.

2 Complementares

ALMEIDA, Ricardo Ramalho. *Arbitragem comercial internacional e ordem pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PENTEADO JR., Cássio M. C. Os direitos patrimoniais disponíveis e as regras de julgamento na arbitragem. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 20, jan.-mar. 2009, pp. 80-85.

BRODSKY, Jerry P.; MADEIRA FILHO, Victor. A seleção de árbitros nos procedimentos arbitrais: uma abordagem prática. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 20, jan.-mar. 2009. p. 193.

MIRANDA, Agostinho Pereira de. O estatuto deontológico do árbitro – passado, presente e futuro. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 26, jul.-set. 2010. pp. 116-128.

Jurisprudenciais

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Sentença Estrangeira n. 5.206. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Espanha, 12 de dezembro de 2001.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. 2007 04 1 000501-3 APC - 0000501-29.2007.807.0004 (Res.65 - CNJ). Registro do Acórdão Número: 385096. Primeira Turma Cível. Relator: Flavio Rostirola. Distrito Federal, 21 de outubro de 2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Pará. Acórdão n. 79645. Número do processo 200730091812. Recurso/Ação: Apelação Cível. Primeira Câmara Cível Isolada. Relator: Gleide Pereira de Moura. Belém, 05 de agosto de 2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 0001344-48.2007.8.19.0072 (2009.001.04638). Relator: Desembargadora Mônica Costa de Pinheiro. Rio de Janeiro, 06 de julho de 2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação n. 0156585-97.2008.8.19.0001. Décima Terceira Câmara Cível. Relator: Desembargadora Nametala Machado Jorge. Rio de Janeiro, 26 de maio de 2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70031111438. Vigésima Câmara Cível. Relator: Doutora Ângela Maria Silveira. Rio Grande do Sul, 07 de outubro de 2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70005797774. Décima Segunda Câmara Cível. Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro. Rio Grande do Sul, 03 de abril de 2003.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70011879491. Nona Câmara Cível. Relator: Desembargadora Marilene Bonzanini Bernardi. Rio Grande do Sul, 29 de junho de 2005.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2007.028032-4. Terceira Câmara de Direito Civil. Relator: Henry Petry Junior. Santa Catarina, 30 de janeiro de 2009

Legislativas

BRASIL. Código de Processo Civil.

BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

BRASIL. Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015.

Sessão V – Cláusula Compromissória – Redação e Aspectos Práticos

ROTEIRO DE ESTUDO

1 Convenção de Arbitragem

Dispõe o artigo 3º da Lei nº 9.307/1996:

Art. 3º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

A Cláusula Compromissória é a cláusula por meio da qual as partes acordam em submeter à arbitragem as eventuais controvérsias decorrentes do contrato. Pressupõe um relacionamento contratual entre as partes e envolve um litígio futuro. Atualmente, a maioria das arbitragens é instituída em decorrência de cláusula compromissória.

O Compromisso Arbitral é o instrumento pelo qual as partes concordam em submeter à arbitragem determinado litígio, após o surgimento deste. Não pressupõe prévia relação contratual entre as partes e envolve um litígio real e efetivo.

Antes do advento da Lei da Arbitragem¹³⁴ (Lei nº 9.307/1996), a cláusula compromissória não era reconhecida como instrumento capaz de instaurar, por si só, um Juízo Arbitral. Era considerada, somente, uma obrigação de celebrar um compromisso (promessa de contratar) no caso de futuro litígio, estando equiparado, no direito pátrio, a um contrato preliminar.

Assim sendo, na ocorrência de um litígio, não bastava a sua existência para dar início ao Juízo Arbitral, ou seja, não possuía força própria, não tendo, por consequência, o condão de excluir a jurisdição estatal. Era necessária a celebração de uma nova convenção entre as partes. O Poder Judiciário entendia que a cláusula compromissória era uma simples “recomendação facultativa”¹³⁵.

De fato, tal dificuldade deve-se muito ao art. 9º do Decreto nº 3.900, de 26 de junho de 1867, lei comercial, onde se previa, por exemplo, que a falta da

¹³⁴ Ressalte-se que, antes da edição da Lei nº 9.307/1996, originado pelo Projeto de Lei nº 78/1993, a matéria já tinha sido objeto de projeto de Lei em 1981, coordenado pelo Des. Severo da Costa; em 1987, Portaria 76/87, publicado o anteprojeto no D.O.U de 27/02/87; e, em 1988, Portaria 298 A, anteprojeto publicado no D.O.U. de 14/07/88.

¹³⁵ *Apud* BATISTA MARTINS, Pedro. Disponível em: <<http://www.fgvsp.br/institucional/biblioteca/pe/SP000357913.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2011.

nomeação de árbitro numa cláusula compromissória tornava-a uma mera promessa. Assim, em outras palavras, o referido Decreto reduziu a cláusula compromissória a mero *pactum in contrahendo* ou *pactum de compromittendo*, já que exigia a celebração do compromisso arbitral quando surgisse o litígio.

Diante da recusa da parte de um contrato que continha cláusula compromissória em assinar o compromisso arbitral, caberia a outra parte apenas a propositura de uma ação judicial de perdas e danos em função do descumprimento da cláusula compromissória. Na prática, entretanto, tal ação judicial dificilmente teria êxito. Ressalte-se que, para o autor Pedro A. Batista Martins, a cláusula compromissória por si só bastava para a prática do Juízo Arbitral, haja vista que:

[...] é um negócio jurídico que tem basicamente a mesma estrutura do compromisso (meio adequado para a constituição do Juízo Arbitral), salvo no tocante à particularidade de não determinar em seu escopo, de antemão, o objeto do litígio e, às vezes, a indicação dos árbitros e a responsabilidade pelo pagamento das despesas extrajudiciais.¹³⁶

1.1 Situação da arbitragem no Brasil antes e após a Lei nº 9.307/1996

A arbitragem vinha regulada no Código Civil de 1916 (arts. 1037 a 1048) e nos Códigos de Processo Civil de 1939 (arts. 1.031 a 1.046) e de 1973 (arts. 1.072 a 1.102). Havia a distinção entre cláusula compromissória (contrato preliminar pelo qual as partes se comprometiam a submeter seus litígios à arbitragem) seguida do compromisso arbitral (contrato definitivo, após a ocorrência do litígio, submetendo-o à arbitragem, com a escolha das normas aplicáveis). A existência de ambos era necessária para a instituição da arbitragem.

Além disso, o laudo arbitral - que não era equiparado à sentença judicial - dependia, para sua execução, de homologação do Poder Judiciário, transformando-o em título executivo judicial. O controle do Juiz era estritamente formal, não cabendo reexaminar a decisão do juiz arbitral.

Esses elementos traduziam a ineficácia da arbitragem no direito brasileiro. A Lei de Arbitragem trouxe inovações importantes para viabilizar a utilização do instituto. Inicialmente, ela conferiu à cláusula compromissória efeito vinculante,

¹³⁶ BATISTA MARTINS, Pedro A. *Aspectos Jurídicos da Arbitragem Comercial no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1990. pp. 43. De fato, tal posicionamento era minoritário à época. Entretanto, Jacob Dolinger e Carmen Tiburcio, ao traçarem o histórico da arbitragem no Brasil, destacaram que o Des. Orosimbo Nonato e Celso Barbi Filho defendiam a execução específica da cláusula compromissória. DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito Internacional Privado – Arbitragem Comercial Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 23.

de forma que, havendo cláusula compromissória, haverá necessariamente arbitragem (a menos, obviamente, que todas as partes do litígio acordem em não valer-se deste método para resolver sua controvérsia). Tanto que o art. 3º da referida lei equipara, sob o título de “convenção de arbitragem” a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. Logo, hoje ambos os pactos têm o condão de levar à instauração da arbitragem.

A cláusula compromissória chamada “vazia” (aquela que não traz os elementos necessários à pronta instauração da arbitragem) pode ser objeto de execução específica, conforme se constata no art. 7º da referida lei:

Art. 7º Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.

§ 1º O autor indicará, com precisão, o objeto da arbitragem, instruindo o pedido com o documento que contiver a cláusula compromissória.

§ 2º Comparecendo as partes à audiência, o juiz tentará, previamente, a conciliação acerca do litígio. Não obtendo sucesso, tentará o juiz conduzir as partes à celebração, de comum acordo, do compromisso arbitral.

§ 3º Não concordando as partes sobre os termos do compromisso, decidirá o juiz, após ouvir o réu, sobre seu conteúdo, na própria audiência ou no prazo de dez dias, respeitadas as disposições da cláusula compromissória e atendendo ao disposto nos arts. 10 e 21, § 2º, desta Lei.

§ 4º Se a cláusula compromissória nada dispuser sobre a nomeação de árbitros, caberá ao juiz, ouvidas as partes, estatuir a respeito, podendo nomear árbitro único para a solução do litígio.

§ 5º A ausência do autor, sem justo motivo, à audiência designada para a lavratura do compromisso arbitral, importará a extinção do processo sem julgamento de mérito.

§ 6º Não comparecendo o réu à audiência, caberá ao juiz, ouvido o autor, estatuir a respeito do conteúdo do compromisso, nomeando árbitro único.

§ 7º A sentença que julgar procedente o pedido valerá como compromisso arbitral.

Já no caso de cláusula compromissória dita “cheia”, i.e., a que preveja os elementos mínimos para instituição da arbitragem, esta se dará nos moldes da cláusula, em aplicação do art. 5º da lei, sem necessidade de celebração de compromisso arbitral e, por via de consequência, da coerção pelo Poder Judiciário prevista no artigo 7º, acima transcrito.

A outra inovação trazida pela lei é a equiparação entre a sentença arbitral nacional e a sentença judicial, prescindindo da homologação judicial do laudo nacional para sua execução (arts. 18 e 31 da Lei de Arbitragem). Assim, uma vez

descumprida a sentença arbitral, pode a parte prejudicada ingressar com execução da referida sentença, pois esta é título executivo judicial, a teor do art. 475–N, IV, do CPC (artigo introduzido pela Lei nº 11.232/2005, e que substituiu o art. 584 do CPC).

Ademais, a Lei de Arbitragem também acrescentou o inciso VII ao art. 267, do CPC, que extingue o processo sem resolução do mérito quando se estiver diante de convenção de arbitragem. Assim, na existência de cláusula arbitral, o Poder Judiciário é afastado, cabendo ao árbitro o exame da disputa.

O Código Civil de 2002 também trata do compromisso entre pessoas capazes como forma válida para a solução de litígios. Permite a instituição de cláusula compromissória nos contratos, regido por lei específica (Lei nº 9.307/1996)¹³⁷.

2 Tipos de Cláusula Compromissória

Cláusula cheia é aquela que contém os elementos mínimos necessários para definição da arbitragem, ou seja, o conteúdo para definição da instauração da arbitragem está completo, contendo: a instituição arbitral (se a arbitragem for institucional), regras aplicáveis, número de árbitros e forma de escolha dos membros do tribunal (ou de indicação do único árbitro), idioma e local da arbitragem.

Segundo definição de Carlos Alberto Carmona¹³⁸, as cláusulas compromissórias vazias “se limitam a afirmar que qualquer litígio decorrente de um determinado negócio jurídico será solucionado através da arbitragem”. Neste tipo de cláusula, não há nem mesmo a indicação dos elementos necessários à instauração da arbitragem, sendo certo que o elemento essencial que distingue uma cláusula compromissória cheia de uma vazia é a forma de nomeação de árbitros. Desta forma, devem as partes em comum acordo indicar como será feita a arbitragem, ou se socorrer ao Judiciário para a definição, conforme previsto no art. 7º da Lei de Arbitragem. É importante destacar que o Poder Judiciário decidirá como será a arbitragem, e não o mérito da questão a ser submetida à arbitragem, pois havendo cláusula compromissória, ainda que vazia, a questão deve ser resolvida via processo arbitral.

¹³⁷ Arts. 851 a 853 do CC/02.

¹³⁸ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 36.

Com o intuito de evitar futuros problemas acerca da arbitrabilidade, algumas instituições elaboraram “cláusulas modelos”. Todavia, as partes não estão obrigadas a colocá-las em seus contratos, podendo redigir da melhor forma que lhes convier indicando a instituição e suas regras.

A CCI indica como modelo de cláusula padrão¹³⁹:

Todos os litígios emergentes do presente contrato ou com ele relacionados serão definitivamente resolvidos de acordo com o Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional, por um ou mais árbitros nomeados nos termos desse Regulamento.

Recomenda, ainda, a estipulação, na própria cláusula de arbitragem, da lei que regerá o contrato, o número de árbitros determinando se o processo será julgado por um único árbitro ou um Tribunal Arbitral, o local da sede da arbitragem e o idioma. Ademais, destaca que o Regulamento de Arbitragem da CCI não determina a lei que rege o contrato, o local e o idioma da arbitragem, sendo as partes completamente livres para acordarem quanto a tais aspectos.

Preocupada com a eficácia da cláusula compromissória, a CCI chama a atenção dos interessados para o fato de que as leis de alguns países exigem que a convenção de arbitragem seja objeto de aceitação expressa pelas partes, com o preenchimento de requisitos específicos.

A CCI indica como modelo de cláusula para o procedimento cautelar pré-arbitral a seguinte redação:

Qualquer das partes do presente contrato terá o direito de recorrer e o dever de se submeter ao procedimento cautelar pré-arbitral da Câmara de Comércio Internacional, de acordo com o Regulamento de Procedimento Cautelar Pré-Arbitral.

Todos os litígios emergentes do presente contrato ou com ele relacionados serão definitivamente resolvidos de acordo com o Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional, por um ou mais árbitros nomeados nos termos desse Regulamento de Arbitragem.

As regras já previstas no Regulamento de Arbitragem da instituição arbitral escolhida não precisam ser detalhadas na cláusula compromissória, uma vez que, ao indicar uma instituição arbitral, a parte aceita de forma tácita o seu Regulamento.

¹³⁹ Disponível em:

<http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/Court/Arbitration/other/rules_arb_brazilian.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2011.

A IBA (*International Bar Association*) preocupada com o propagação e efetividade da arbitragem criou o *The IBA Guidelines for Drafting International Arbitration Clauses* (*'IBA Arbitration Clause Guidelines'*)¹⁴⁰. Este guia apresenta os elementos indispensáveis para uma boa elaboração da cláusula compromissória.

3 Requisitos da Cláusula Compromissória

A Lei de Arbitragem (parágrafo primeiro do art. 4º) definiu um único requisito necessário: forma escrita¹⁴¹, mas é altamente recomendável que outros elementos estejam presentes na cláusula compromissória para facilitar e evitar sobressaltos quando do advento do litígio.

3.1 Regras da arbitragem

Se a arbitragem será institucional (regras já definidas por uma instituição, que irá também administrar o litígio) ou *ad hoc* (as regras são determinadas pelas partes no conflito)¹⁴². Se a instituição escolhida fornecer cláusula modelo, o guia do IBA recomenda a sua utilização.

3.2 Arbitrabilidade

A arbitrabilidade é um pressuposto da própria arbitragem, independentemente de haver cláusula compromissória ou não. Um elemento que às vezes se inclui na cláusula é limitar a arbitragem somente a alguns tipos de controvérsias que poderão surgir do contrato, como, por exemplo, uma matéria

¹⁴⁰ The IBA Guidelines for Drafting International Arbitration Clauses (*'IBA Arbitration Clause Guidelines'*) pode ser obtido no site: <<http://tinyurl.com/iba-Arbitration-Guidelines>>. Acesso em: 17 mar. 2010.

¹⁴¹ De forma excepcional o STJ admite a “cláusula compromissória tácita”. SEC 856 / EX - 2005/0031430-2 – Min. Carlos Alberto Menezes Direito – J. 18/05/2005 Sentença arbitral estrangeira. Cláusula compromissória. Contrato não assinado pela requerida. Comprovação do pacto. Ausência de elementos.

1. Tem-se como satisfeito o requisito da aceitação da convenção de arbitragem quando a parte requerida, de acordo com a prova dos autos, manifestou defesa no juízo arbitral, sem impugnar em nenhum momento a existência da cláusula compromissória.

2. Descabe examinar o mérito da sentença estrangeira no presente requerimento, na esteira de precedentes do Supremo Tribunal Federal.

3. Homologação deferida.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. SEC 856 / EX - 2005/0031430-2. Ministro: Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, 18 de maio de 2005.

¹⁴² LEMES, Selma. Arbitragem aplicada – Arbitragem institucional e *ad hoc*. In: *Anais de Palestras proferidas em 2002*. Rio de Janeiro: Secretaria Pro Tempore do Conselho de Câmaras de Comércio do Mercosul, p. 86.

altamente técnica que exija o conhecimento de *experts*. Vide a ementa abaixo transcrita:

TJ/RJ - 2005.002.24569 - AGRAVO DE INSTRUMENTO - Des. JESSE TORRES - Julg.: 14/12/2005 - SEGUNDA CÂMARA CÍVEL

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação de cobrança, cumulada com perdas e danos. Decisão que rejeitou preliminares de inépcia da inicial e de falta de interesse de agir em presença de cláusula compromissória, que não elide a tutela jurisdicional (Lei n° 9.307/1996, art. 22, § 4°). Contrato que restringiu o campo de aplicação da arbitragem a controvérsia sobre matéria técnica, permanecendo a composição dos demais conflitos sujeita à via judicial. Desprovimento do agravo.¹⁴³

3.3 Sede da Arbitragem

A eleição da sede é importante para determinar o local onde os atos da arbitragem vão ser realizados, como a audiência, por exemplo.

3.4 Número de árbitros

A Lei de Arbitragem não estipula o número mínimo e máximo de árbitros, apenas dispõe que o Tribunal Arbitral deverá ser composto, sempre, por um número ímpar (artigo 13, § 1°). Cabe às partes acordar sobre o número de árbitros, levando em consideração a complexidade da matéria a ser resolvida e as custas e os honorários dos árbitros a serem pagos.

As partes devem, ainda, se preocupar sobre a necessidade de substituição de um árbitro. A cláusula compromissória deve versar, também, sobre a possível substituição, evitando, assim, a paralisação temporária da arbitragem.

3.5 Idioma da Arbitragem

O idioma a ser utilizado na arbitragem pode ser diverso do idioma nacional da sede da arbitragem e também pode ser diferente do idioma do contrato em que estava inserida a cláusula compromissória

¹⁴³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento n. 2005.002.24569. Segunda Câmara Cível. Relator: Desembargador Jesse Torres. Rio de Janeiro, 14 de dezembro de 2005.

3.6 Direito Aplicável ou Equidade

Arbitragem poderá ser de direito, seguindo algum ordenamento jurídico específico ou regras (por exemplo: princípios gerais de direito) ou por equidade.

A cláusula compromissória pode ter, ainda, como requisitos complementares:

3.6.1 Medidas cautelares

Às vezes, é necessária a concessão de medidas cautelares antes da formação do Tribunal Arbitral. Para esta hipótese, é importante que a cláusula disponha sobre o foro que irá conceder as medidas cautelares antes da instalação do tribunal arbitral.

3.6.2 Produção de provas

As partes já podem determinar os tipos de provas que poderão ser fornecidas e como será a fase probatória.

3.6.3 Custos

Cada parte é responsável pelas suas custas e pelo pagamento dos árbitros. No entanto, as partes podem fixar de forma diversa.

QUESTÕES DE AUTOMONITORAMENTO

1. Após ler o material, você é capaz de resumir o caso gerador, identificando as partes envolvidas, os problemas atinentes e as possíveis soluções cabíveis?
2. No que tange à força da cláusula compromissória, qual a principal modificação trazida pela Lei nº 9.307/1996?
3. Qual o melhor tipo de Cláusula Compromissória? Por quê?
4. Quais os requisitos legais necessários para a inclusão de uma cláusula compromissória em um contrato de adesão?
5. Quais os requisitos complementares de uma cláusula compromissória?
6. Qual o requisito necessário para a elaboração de uma cláusula compromissória?
7. Pense e descreva, mentalmente, alternativas para a solução do caso gerador.

SUGESTÃO DE CASO GERADOR

Duas empresas firmaram um contrato de compra e venda de camisas, em 1989, com cláusula compromissória, cuja redação era:

Cláusula Décima Quarta – Da arbitragem

Todos os litígios emergentes do presente contrato serão definitivamente resolvidos de acordo com o Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional, pelo árbitro José da Silva, brasileiro, casado, advogado, portador da Carteira de Identidade nº 22.222, expedida pela OAB/RJ, em alemão, sendo que todos os prazos serão em dobro para o Requerido. Quando do surgimento do litígio, as partes fixarão se a arbitragem será de direito (seguindo o ordenamento jurídico brasileiro) ou por equidade. Havendo necessidade de execução da sentença arbitral, a mesma não poderá ser proposta no foro da Comarca do Rio de Janeiro.

Em virtude do aumento da alíquota de importação, o valor da matéria-prima importada pela fabricante das camisas aumentou e a produção destinada para aquele contrato não pôde ser fabricada, impedindo, assim, a vendedora de honrar com o seu compromisso. A compradora concordou com uma prorrogação no prazo de entrega de dois meses. Todavia, quando do término do prazo concedido, a fabricante informou da impossibilidade da entrega. A compradora resolveu, então, iniciar um procedimento arbitral com base na cláusula compromissória prevista no contrato.

Questões para reflexão:

1. Esta cláusula compromissória é obrigatória e vinculante, tendo em vista que foi assinada antes da Lei nº 9.307/1996?
2. Com relação à eleição do tipo de arbitragem (de direito ou por equidade), qual seria o melhor momento para eleição?
3. Caso o árbitro indicado não possa figurar no início da arbitragem, esta ainda continua válida?
4. A fixação de prazo em dobro para o Requerido exerce alguma influência na validade da cláusula?

REFERÊNCIAS

Bibliográficas

1 Utilizadas

ARAÚJO, Nádía. *Direito Internacional Privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BATISTA MARTINS, Pedro A. *Aspectos Jurídicos da Arbitragem Comercial no Brasil*. Rio de Janeiro, Lumen Júris, 1990.

_____. Anotações sobre a arbitragem no Brasil e o projeto de lei do senado nº 78/92. Disponível em: <<http://www.batistamartins.com>>. Acesso em: 03 mar. 2011.

_____. Apontamentos sobre a Arbitragem no Brasil. Disponível em: <<http://www.batistamartins.com>>. Acesso em: 03 mar. 2011.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. Arbitragem através dos tempos. Disponível em: <<http://www.fgvsp.br/institucional/biblioteca/pe/SP000357913.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2011.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito Internacional Privado – Arbitragem Comercial Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Manual da Arbitragem*. São Paulo: RT, 1999.

LEE, João Bosco. *Arbitragem Comercial Internacional nos Países do MERCOSUL*. 4. tir. Curitiba: Juruá, 2005.

LEMES, Selma. Arbitragem aplicada – Arbitragem institucional e *ad hoc*. In: *Anais de Palestras proferidas em 2002*. Rio de Janeiro: Secretaria Pro Tempore do Conselho de Câmaras de Comércio do Mercosul.

LIMA, Cláudio Vianna. Notícias da Arbitragem no Direito Positivo Brasileiro. In: *Separata Revista Forense*, n. 334, abr./jun. 1996.

THEODORO JR., Humberto. A arbitragem como meio de solução de controvérsias. In: *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, n. 2. nov.-dez. 1999.

TIBURCIO, Carmen. A arbitragem no direito brasileiro. In: *Revista Forense*. Rio de Janeiro: v. 96, n. 351, jul./set. 2000. pp. 49-63.

2 Complementares

ALMEIDA, Ricardo Ramalho. *Arbitragem comercial internacional e ordem pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MORAIS FILHO, Moacir Guimarães. Contrato de prestação de serviços celebrado antes da Lei 9.307/1996. Cláusula compromissória. Direito Intertemporal. Aplicação imediata. Parecer do MPF no REsp 933.371/RJ. In: *Revista de Mediação e Arbitragem*. Ano 6. n. 21. abr.-jun. 2009. pp. 249-255.

Jurisprudenciais

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SE n. 5.206 AgR/EP. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. 12 de dezembro de 2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 934771 - 2007/0063183-9. Quarta Turma. Relator: Luis Felipe Salomão. São Paulo, 25 de maio de 2010. In: DJe, 09 de junho de 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1015194 - 2005/0173966-2. Relator: Humberto Gomes de Barros. Rio Grande do Sul, 17 de março de 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. SEC n. 856 / EX - 2005/0031430-2. Ministro: Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, 18 de maio de 2005.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação n. 0156585 - 97.2008.8.19.0001. Segunda Ementa. Décima Terceira Câmara Cível. Relator: Desembargadora Nametala Machado Jorge. Rio de Janeiro, 26 de maio de 2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação n. 0006037-18.2008.8.19.0209. Primeira Ementa. Décima Sétima Câmara Cível. Relator: Desembargador Edson Vasconcelos. Rio de Janeiro, 25 de fevereiro de 2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento n. 0016409-03.2010.8.19.0000. Primeira Ementa. Quinta Câmara Cível. Desembargador: Milton Fernandes de Souza. Rio de Janeiro, 11 de maio de 2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento n. 2005.002.24569. Segunda Câmara Cível. Relator: Desembargador Jesse Torres. Rio de Janeiro, 14 de dezembro de 2005.

Legislativas

BRASIL. Código Civil de 2002. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - artigos 851 a 853.

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - artigo 157.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 - artigo 51.

BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.