

APRESENTAÇÃO

A Resolução CNJ 125, de 29 de novembro de 2010, dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, fomentou a cultura pacificadora, e, recentemente, com a publicação da Lei de Mediação (Lei 13.140, de 26 de junho de 2015) e do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105, de 16 de março de 2015), a mediação e a conciliação receberam *status* legislativo.

No mesmo direcionamento, a Portaria 16, de 26 de fevereiro de 2015, do CNJ, estabelece como diretriz de gestão da Presidência para o biênio 2015-2016, potencializar a desjudicialização, por meio de formas alternativas de solução de conflitos, compartilhando, na medida do possível, com a própria sociedade, a responsabilidade pela recomposição da ordem jurídica rompida.

Por sua vez, desde a publicação da Resolução CNJ 103, de 24 de fevereiro de 2010, que regulamentou as atribuições da Ouvidoria do Conselho Nacional de Justiça e determinou a criação de ouvidorias junto aos Tribunais brasileiros, a interlocução entre cidadãos e o Poder Judiciário vem ganhando cada vez mais espaço e, atualmente, pode ser considerada política de acesso à justiça e melhoria da prestação jurisdicional.

As Ouvidorias Judiciais são importantes canais de interlocução com a Sociedade e representam espaços de efetiva construção da cidadania. Como ambientes de diálogo direto e personalizado com os demandantes, são searas adequadas de estímulo aos meios consensuais de solução de litígios e de disseminação da cultura da solução pacífica dos conflitos.

De iniciativa da Ouvidoria do CNJ, o Projeto “Ouvidorias de Justiça: agentes Potencializadores da Mediação e da Conciliação” foi desenvolvido em parceria com a Ouvidoria do Superior Tribunal de Justiça - STJ e com o Colégio Permanente de Ouvidores Judiciais - Cojud. O projeto propõe aproveitar esse canal de comunicação,

estabelecido com quem apresenta demandas às Ouvidorias Judiciais, para estimular e promover a resolução consensual de conflitos.

Vislumbra-se aqui a oportunidade de tratamento mais sistêmico e efetivo dessas demandas, harmônico com outras ações e projetos do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e dos Tribunais que já enfrentam a questão do aumento da demanda processual e da cultura de litigiosidade em nossa sociedade.

Naturalmente, mostra-se possível realizar efetivamente esse novo acesso à justiça se os tribunais conseguirem redefinir o papel do Poder Judiciário na sociedade como menos judicatório e mais harmonizador. Busca-se, assim, estabelecer uma nova face ao judiciário: um local onde pessoas buscam e encontram suas soluções – um centro de pacificação social.

Ministro Villas Bôas Cueva

Ouvidor do STJ

Conselheiro Allemand

Ouvidor do CNJ

Des. Altair de Lemos Junior

Ouvidor do TJ/RS

Presidente do COJUD

CARTILHA PARA AS OUVIDORIA DE JUSTIÇA
AGENTES POTENCIALIZADORES DA MEDIAÇÃO E DA CONCILIAÇÃO

NOÇÕES PRELIMINARES

1) Breve Histórico da Mediação no Poder Judiciário

A história da mediação está intimamente ligada ao movimento de acesso à justiça iniciado ainda na década de 70. Nesse período, clamava-se por alterações sistêmicas que fizessem com que o acesso à justiça fosse melhor na perspectiva do próprio jurisdicionado. Um fator que significativamente influenciou esse movimento foi a busca por formas de solução de disputas que auxiliassem na melhoria das relações sociais envolvidas na disputa. Isso porque já existiam mecanismos de resolução de controvérsias (e.g. mediação comunitária e mediação trabalhista), quando da publicação dos primeiros trabalhos em acesso à justiça, que apresentavam diversos resultados de sucesso, tanto no que concerne à redução de custos como quanto à reparação de relações sociais.

Nessa oportunidade houve clara opção por se incluir a mediação – definida de forma ampla como uma negociação catalisada por um (ou mais) terceiro imparcial – como fator preponderante no ordenamento jurídico, nesse período, começou-se a perceber a relevância da incorporação de técnicas e processos autocompositivos como no sistema processual como meio de efetivamente realizar os interesses das partes de compor suas diferenças interpessoais como percebidas pelas próprias partes. Com isso, iniciou-se uma nova fase de orientação da autocomposição à satisfação do usuário por meio de técnicas apropriadas, adequado ambiente para os debates e relação social entre mediador e partes que favoreça o entendimento.

Vale frisar que a mediação, como elemento característico dos juizados de pequenas causas nos Estados Unidos, fortemente influenciou o legislador brasileiro a ponto de este incluir a conciliação em seu sistema dos juizados especiais. Todavia, a autocomposição prevista pelo legislador brasileiro na Lei n. 9.099/1995 se distinguiu significativamente daquela prevista no modelo norte-americano em razão de dar menor ênfase às técnicas e ao procedimento a ser seguido bem como ao treinamento.

A experiência, aliada a pesquisas metodologicamente adequadas, tem demonstrado que o que torna um procedimento efetivo depende das necessidades das partes em conflito, dos valores sociais ligados às questões em debate e, principalmente, da qualidade dos programas.

Em suma, constata-se que o sistema autocompositivo estatal, como componente importante do ordenamento jurídico processual, está se desenvolvendo independentemente de uma equivocada orientação de que o sistema jurídico processual somente evolui por intermédio de reformas procedimentais impostas em alterações legislativas.

2) As ouvidorias

Desde a publicação da Resolução CNJ 103 de 24 de fevereiro de 2010, que regulamentou as atribuições da Ouvidoria do Conselho Nacional de Justiça e determinou a criação de ouvidorias junto aos tribunais brasileiros, a interlocução entre cidadãos e o Poder Judiciário vem ganhando cada vez mais espaço e pode ser considerada hoje política fundamental de acesso à justiça e melhoria da prestação jurisdicional.

Como órgão central nesse processo, a Ouvidoria do CNJ tem recebido, conforme relatórios estatísticos (publicados no Portal do CNJ), anualmente, desde 2010, demanda superior à 16 mil casos por ano. Dentre os dados disponíveis, destacam-se os relativos ao principal tema recebido, qual seja, o referente à “taxa de congestionamento” do Poder judiciário (classificado no Sistema Ouvidoria como “morosidade processual”).

Ao longo dos últimos 6 anos, o tema figurou como principal demanda registrada e representou em cada um deles, percentual crescente entre 30% e 50% do total de relatos recebidos. Vale ressaltar que o tema alcançou em 2015 seu maior percentual, com 50,78% dos registros efetuados.

RESOLUÇÃO APROPRIADA DE DISPUTAS (RAD)

O campo da chamada “Resolução Apropriada de Disputas” (ou RADs) inclui uma série de métodos capazes de solucionar conflitos. Tais métodos oferecem, de acordo com suas respectivas peculiaridades, opções para se chegar a um consenso, a um

entendimento provisório, à paz ou apenas a um acordo – dependendo do propósito para o qual o processo de resolução de disputas foi concebido ou ‘desenhado’.

Nota-se, portanto, que o sistema público de resolução de conflitos – que envolve o Poder Judiciário e outros órgãos de prevenção ou resolução de disputas (e.g. Defensoria Pública, Ministério Público, Secretarias de Justiça, entre outros) – é composto, atualmente, por vários métodos ou processos distintos. Essa gama ou espectro de processos (e.g. processo judicial, arbitragem, conciliação, mediação, entre outros) forma um sistema pluriprocessual.

Nesse contexto, a escolha do método de resolução mais indicado para determinada disputa precisa levar em consideração características e aspectos de cada processo. Assim, havendo uma disputa na qual as partes sabem que continuarão a ter contato uma com a outra (e.g. disputa entre vizinhos), em regra, recomenda-se algum processo que assegure elevados índices de manutenção de relacionamentos, tal como a mediação. Por outro lado, se uma das partes tiver interesse em abrir um precedente ou assegurar grande publicidade a uma decisão (e.g. disputa relativa a direitos individuais homogêneos referentes a consumidores), recomenda-se um processo que promova elevada recorribilidade, necessária para a criação de precedente em tribunal superior, e que público ou ao menos pouco sigiloso (e.g. processo judicial).

Esta organização judiciária, proposta pelo Fórum de Múltiplas Portas (FMP), compõe-se de uma visão do Poder Judiciário como um centro de resolução de disputas, proporcionando a escolha de diferentes processos para cada caso, baseando-se na premissa de que existem vantagens e desvantagens em cada procedimento que devem ser consideradas em função das características específicas de cada conflito.

Nenhum desses métodos deve ser percebido ou conceituado de forma rígida. Ademais, a conceituação, especialmente no campo de RADs, deve ser flexível (para que os processos também o sejam), podendo ser ampliada, reduzida e reformulada, de forma a se adequar à disputa e às partes em um caso concreto.

1) Dos Processos, métodos ou meios em espécie

a) Negociação

A negociação – definida como uma comunicação voltada à persuasão. Em uma negociação simples e direta, as partes têm, como regra, total controle sobre o

processo e seu resultado. A negociação e o acordo podem abranger valores ou questões diretamente relacionadas à disputa e variam, significativamente, quanto à matéria e à forma, podendo, inclusive, envolver um pedido de desculpas, trocas criativas, valores pecuniários ou valores não pecuniários.

b) Mediação

A mediação pode ser definida como uma negociação facilitada ou catalisada por um terceiro. As partes em disputa são auxiliadas por uma terceira parte neutra ao conflito ou por um painel de pessoas sem interesse na causa, para se chegar a uma composição. Trata-se de um método de resolução de disputas no qual se desenvolve um processo composto por vários atos procedimentais pelos quais o(s) terceiro(s) imparcial(is) facilita(m) a negociação entre as pessoas em conflito, habilitando-as a melhor compreender suas posições e a encontrar soluções que se compatibilizam aos seus interesses e necessidades.

c) Conciliação

A conciliação pode ser definida como um processo autocompositivo breve no qual as partes ou os interessados são auxiliados por um terceiro, neutro ao conflito, ou por um painel de pessoas sem interesse na causa, para assisti-las, por meio de técnicas adequadas, a chegar a uma solução ou a um acordo. A conciliação atualmente é (ou ao menos deveria ser) um processo consensual breve, envolvendo contextos conflituosos menos complexos.

d) Arbitragem

A arbitragem pode ser definida como um processo eminentemente privado – isto porque existem arbitragens internacionais públicas –, nas qual as partes ou interessados buscam o auxílio de um terceiro, neutro ao conflito, ou de um painel de pessoas sem interesse na causa, para, após um devido procedimento, prolatar uma decisão (*sentença arbitral*) visando encerrar a disputa. Trata-se de um processo, em regra, vinculante, em que ambas as partes são colocadas diante de um árbitro ou um grupo de árbitros.

2) Panorama do Processo de Mediação

a) Agentes e fatores da mediação

Das partes. As partes possuem a oportunidade de se manifestarem durante a mediação e constroem a solução do conflito, se optarem pela discussão de suas

questões com a outra parte e dessas discussões não resultar em um acordo, o termo redigido ao final da sessão conterá apenas disposições com as quais elas tenham concordado expressamente. Nada será feito contra a sua vontade e o mediador deve destacar que, nesse sentido, a participação das partes é voluntária.

Representantes legais. A doutrina tem sido uniforme no entendimento de que o advogado exerce um importante papel que é o de apresentar soluções criativas para que se atendam aos interesses das partes bem como o de esclarecer quais os direitos de seus representados. *Um advogado que tenha o seu valor reconhecido pelo mediador e que, por meios de técnicas apropriadas seja estimulado a tanto, tende a desenvolver um comportamento apropriado para a eficiente resolução da disputa.* Uma das primeiras tarefas do mediador na declaração de abertura deve ser endereçar especificamente as preocupações dos advogados.

Mediador. O mediador é uma pessoa selecionada para exercer o *munus* público de auxiliar as partes a compor a disputa. No exercício dessa importante função, ele deve agir com imparcialidade e ressaltar às partes que ele não defenderá nenhuma delas em detrimento da outra – pois não está ali para julgá-las e sim para auxiliá-las a melhor entender suas perspectivas, interesses e necessidades. O mediador, uma vez adotada a confidencialidade, deve enfatizar que tudo que for dito a ele não será compartilhado com mais ninguém, excetuado o supervisor do programa de mediação para elucidações de eventuais questões de procedimento.

Juiz. No âmbito da autocomposição, a principal tarefa do magistrado consiste em aproximar as partes em disputa por meio do fortalecimento de vínculos sociais e comunitários. Na medida em que se percebe o Poder Judiciário como um “hospital de relações humanas”, organiza-se o próprio sistema processual como uma série de procedimentos para a resolução das questões específicas apresentadas pelas próprias partes.

b) Escopo da mediação

Um conflito possui um escopo muito mais amplo do que simplesmente as questões juridicamente tuteladas sobre a qual as partes estão discutindo em juízo. Distingue-se, portanto, aquilo que é trazido pelas partes ao conhecimento do Poder Judiciário daquilo que efetivamente é interesse das partes. Lide processual é, em síntese, a descrição do conflito segundo os informes da petição inicial e da

contestação apresentados em juízo. Analisando apenas os limites dela, na maioria das vezes não há satisfação dos verdadeiros interesses do jurisdicionado. Em outras palavras, pode-se dizer que somente a resolução integral do conflito (lide sociológica) conduz à pacificação social; não basta resolver a lide processual – aquilo que foi trazido pelos advogados ao processo – se os verdadeiros interesses que motivaram as partes a litigar não forem identificados e resolvidos.

Além do problema imediato que se apresenta, há outros fatores que pautam um conflito, tais como o relacionamento anterior das partes, as suas necessidades e interesses, o tipo de personalidade das partes envolvidas no conflito, os valores das partes e a forma como elas se comunicam. Muitos desses fatores considerados secundários por alguns operadores do direito estão, na verdade, na origem do conflito e, por isso, devem ser levados em conta na solução do problema.

A mediação deve considerar aspectos emocionais durante o processo e ao mediador não caberá decidir pelas partes, mas conduzi-las a um diálogo produtivo, superando barreiras de comunicação a fim de que as partes encontrem a solução.

c) O Procedimento

É comum que os manuais de Direito Processual Civil façam distinção entre processo e procedimento. Nesses textos se indica que o processo possui uma força que justifica e direciona a prática dos atos do procedimento, sua manifestação extrínseca, a fim de alcançar a composição da lide submetida ao poder jurisdicional. É como se o processo fosse trilhos que assegurassem a prática sucessiva e lógica dos atos do procedimento. Essa conceituação adapta-se à lógica da autocomposição. Na esfera da mediação, o processo tem como finalidade a solução de um conflito pelas partes que dele são parte e a superação, em definitivo, dos fatores que levaram à disputa. O procedimento consiste nas etapas que o mediador segue com intuito de alcançar essa finalidade.

Início da mediação

Nessa etapa o mediador apresenta-se às partes, diz como prefere ser chamado, faz uma breve explicação do que constitui a mediação, quais são suas fases e quais são as garantias. Deve perguntar às partes como elas preferem ser chamadas e estabelece um tom apropriado para a resolução de disputas. Sua linguagem corporal deve transmitir serenidade e objetividade para a condução dos trabalhos.

Reunião de informações

Após uma exposição feita pelas partes de suas perspectivas, a qual o mediador, entre outras posturas, terá escutado ativamente, haverá oportunidade de elaborar perguntas que lhe auxiliarão a entender os aspectos do conflito que estiverem obscuros.

Identificação de questões, interesses e sentimentos

Durante essa fase, o mediador fará um resumo do conflito utilizando uma linguagem positiva e neutra. Há significativo valor nesse resumo, pois será por meio dele que as partes saberão que o mediador está ouvindo as suas questões e as compreendendo. Além disso, o resumo feito pelo mediador impõe ordem à discussão e serve como uma forma de recapitular tudo que foi exposto até o momento.

Esclarecimento das controvérsias e dos interesses

Com o uso de determinadas técnicas, o mediador formulará, nesta fase, diversas perguntas para as partes a fim de favorecer a elucidação das questões controvertidas.

Resolução de questões

Tendo sido alcançada adequada compreensão do conflito durante as fases anteriores, o mediador pode, nesta etapa, conduzir as partes a analisarem possíveis soluções.

Registro das soluções encontradas

Nesta etapa, o mediador e as partes irão testar a solução alcançada e, sendo ela satisfatória, redigirão um acordo escrito se as partes assim o quiserem. Em caso de impasse, será feita uma revisão das questões e interesses das partes e também serão discutidos os passos subsequentes a serem seguidos.

d) Moderna Teoria do Conflito

O conflito pode ser definido como um processo ou estado em que duas ou mais pessoas divergem em razão de metas, interesses ou objetivos individuais percebidos como mutuamente incompatíveis. Em regra, intuitivamente se aborda o conflito como um fenômeno negativo nas relações sociais que proporciona perdas para, ao menos, uma das partes envolvidas. Em treinamentos de técnicas e habilidades de mediação, os participantes frequentemente são estimulados a indicarem a primeira ideia que lhes vem à mente ao ouvirem a palavra conflito.

A possibilidade de se perceber o conflito de forma positiva consiste em uma das principais alterações da chamada moderna teoria do conflito. Isso porque a partir do

momento em que se percebe o conflito como um fenômeno natural na relação de quaisquer seres vivos é possível se perceber o conflito de forma positiva.

POLÍTICAS PÚBLICAS EM RAD

A Resolução CNJ 125/2010

A criação de uma resolução do Conselho Nacional de Justiça que dispõe sobre a conciliação e a mediação partiu de uma premissa de que cabe ao Judiciário estabelecer a política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses resolvidos no seu âmbito – seja por meios heterocompositivos, seja por meios autocompositivos. Esta orientação foi adotada, de forma a organizar, em todo território nacional, não somente os serviços prestados no curso da relação processual (atividades processuais), como também os que possam incentivar a atividade do Poder Judiciário de prevenção de demandas com as chamadas atividades pré-processuais de conciliação e mediação.

A Resolução 125 do CNJ decorre da necessidade de se estimular, apoiar e difundir a sistematização e o aprimoramento de práticas já adotadas pelos tribunais. Desde a década de 1990, houve estímulos na legislação processual à autocomposição, acompanhada na década seguinte de diversos projetos piloto nos mais diversos campos da autocomposição: mediação civil, mediação comunitária, mediação vítima-ofensor (ou mediação penal), conciliação previdenciária, conciliação em desapropriações, entre muitos outros, bem como práticas autocompositivas inominadas como oficinas para dependentes químicos, grupos de apoio e oficinas para prevenção de violência doméstica, oficinas de habilidades emocionais para divorciandos, oficinas de prevenção de sobreendividamento, entre outras.

Nesse sentido, diante dos resultados positivos desses projetos piloto e diante da patente necessidade de se estabelecer uma política pública nacional em resolução adequada de conflitos o Conselho Nacional de Justiça aprovou em 29 de novembro de 2010 a Resolução 125. Os objetivos desta Resolução estão indicados de forma bastante 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).

De fato, com base nos considerandos e no primeiro capítulo da Resolução 125, pode-se afirmar que o Conselho Nacional de Justiça tem envidado esforços para mudar a forma com que o Poder Judiciário se apresenta. Não apenas de forma mais ágil e como solucionador de conflitos mas principalmente como um *centro de soluções efetivas* do ponto de vista do jurisdicionado. Em suma, busca-se mudar o “rosto” do Poder Judiciário.

O judiciário como efetivo centro de harmonização social

Em razão do foco em satisfação do público com serviços de pacificação social estabeleceu-se que “o acesso à Justiça não se confunde com acesso ao Judiciário, tendo em vista que não visa apenas a levar as demandas dos necessitados àquele Poder, mas realmente incluir os jurisdicionados que estão à margem do sistema” para que possam ter seus conflitos resolvidos (por heterocomposição) ou receberem auxílio para que resolvam suas próprias disputas (pela autocomposição).

Nota-se assim que o acesso à justiça está mais ligado à satisfação do usuário (ou jurisdicionado) com o resultado final do processo de resolução de conflito do que com o mero acesso ao poder judiciário, a uma relação jurídica processual ou ao ordenamento jurídico material aplicado ao caso concreto. De fato, as pesquisas desenvolvidas atualmente têm sinalizado que a satisfação dos usuários com o devido processo legal depende fortemente da percepção de que o procedimento foi justo, bem como, nas hipóteses permitidas por lei. Alguma participação do jurisdicionado na seleção dos processos a serem utilizados para dirimir suas questões aumenta significativamente essa percepção de justiça. Com isso, o acesso à Justiça passa a ser concebido como um acesso a uma solução efetiva para o conflito por meio de participação adequada – resultados, procedimento e sua condução apropriada – do Estado.

AS OUVIDORIAS E O PAPEL CONSENSUALIZADOR

Assim, ante o exposto, vislumbra-se aqui a oportunidade de um tratamento mais sistêmico e efetivo da demanda do judiciário, harmônico com outras ações e projetos do CNJ, que já enfrentam a questão do aumento da demanda processual e da cultura de litigiosidade em nossa sociedade.

Os relatórios estatísticos da Ouvidoria do CNJ, além de expressarem a importância que o tema possui e deve possuir para o Conselho Nacional de Justiça, indicam ainda uma oportunidade de atuação por parte da Ouvidoria; que, ao ser demandada por cidadãos preocupados com o andamento de seus processos, acaba

por estabelecer uma interlocução direta com cada um deles, quando do tratamento e encaminhamento das questões.

E é exatamente por meio desse canal de comunicação que a Ouvidoria passa a atuar de forma ativa para fornecer a cada um deles esclarecimentos acerca dos meios disponíveis para resolução consensuada de seus conflitos, bem como orientação para avaliar junto ao seu advogado a oportunidade e pertinência face à sua querela específica.

Encaminhamento de questões e exemplos de discurso organizado

Exemplificativamente, para explicar o funcionamento do programa de mediação o magistrado poderia ter um discurso mais direcionado:

“Faz parte das minhas atribuições como magistrado debater com as partes acerca dos benefícios que a mediação pode apresentar a esta demanda. Antes de entrarmos nesse tema preciso registrar, para não ser mal compreendido, que o objetivo deste Tribunal não é pressionar as partes para que cheguem a um acordo – nem como juiz de direito pretendo livrar-me de casos como este ou reduzir a minha pauta de julgamentos. Sempre haverá muito trabalho para juízes de direito neste Tribunal e este caso indo ou não para a mediação continuarei tendo a mesma jornada de trabalho. Levanto a questão da mediação porque acredito que parte do meu trabalho seja estimular as partes a ponderar acerca da melhor forma de resolver, de modo construtivo, as questões que os trouxeram aqui. Um importante aspecto do meu trabalho consiste em determinar, em conjunto com as partes, se, diante de seus valores e interesses, faz sentido tentarmos alguma forma autocompositiva ou conciliatória de resolução de disputas. Assim, trago esse debate à tona não para compelir ou impor, mas para racionalizar com as partes e advogados qual forma de resolução de disputa possui maior probabilidade de se mostrar eficiente diante das circunstâncias específicas de cada demanda. Há neste Tribunal um centro de mediação que tem obtido resultados notáveis. O índice de satisfação das partes, mesmo em casos em que não se chega a um acordo, é acima de 85%. Em alguns casos, as partes conseguem, auxiliadas por um mediador devidamente treinado, alcançar resultados em tempo significativamente menor do que seriam apresentados na sentença – economizando assim tempo e reduzindo o desgaste emocional decorrente de uma ação judicial. Em outros casos, as partes chegam a elaborar um termo de transação com soluções que não poderiam ser determinadas em uma sentença. Na maior parte dos casos enviados à mediação as partes conseguem, em razão da atuação dos mediadores, melhor compreender a situação, os argumentos, os

interesses e as questões presentes na demanda levada à mediação. Assim, mesmo quando não há um acordo em decorrência da mediação, a maior parte de seus usuários gostam muito desse processo seja porque ajuda a trilhar um possível acordo no futuro seja porque a mediação possibilitou que se compreendesse melhor quais são os pontos em debate permitindo que enfocasse em questões que são realmente relevantes para as partes. Em suma, a mediação forense potencialmente se mostra como uma ferramenta muito útil, que devemos considerar, em especial em função de algumas características que acredito estarem presentes nessa demanda. Registro ainda que caso queiram fazer uso do serviço de mediação, isso não provocará maiores demoras quanto ao andamento da presente demanda.”

Na eventualidade do advogado ou da parte indicar que já tentou negociar e não houve êxito nessas tratativas, pode o magistrado, entre diversas abordagens eficientes indicar que:

“Frequentemente as partes apresentam-se perante um juiz de direito com uma demanda que foi negociada diretamente pelas partes ou por intermédio de advogados. A experiência tem mostrado que mesmo nesses casos a mediação pode ser útil na medida em que um mediador com treinamento adequado auxilia a melhor delimitar as questões a serem debatidas e identificar os interesses subjacentes – aqueles que apesar de muitas vezes não serem juridicamente tutelados são relevantes para as partes. Existem muitos tipos de dificuldades surgidas em negociações que um bom mediador pode auxiliar a ultrapassar. Assim, um eficiente mediador pode reduzir o risco de que alguma questão artificial ou evitável venha a impedir as partes a chegarem a uma solução construtiva. Por exemplo, algumas vezes as partes deixam de chegar a um consenso por terem interpretado erroneamente a comunicação da outra parte ou porque tenham se equivocado quanto às alternativas que possuem para a eventualidade do acordo não ser alcançado. Assim, há casos em que uma parte entra com uma ação de indenização pleiteando R\$ 100.000,00 (cem mil reais) de danos morais por negativação indevida no SPC e efetivamente acreditando que receberá um valor semelhante ao pedido. De fato, sabemos que somente em situações muito excepcionais algum juiz de direito fixaria condenação em tal montante. Vale mencionar também que um bom mediador fará uso da confidencialidade desse processo para se reunir individualmente com cada parte para obter informações mais seguras sobre as expectativas, os interesses e as necessidades de cada um. A experiência tem mostrado que as partes são frequentemente mais francas e flexíveis quando eles lidam com um mediador que confiam pois este permite que visualizem melhor o tipo de solução consensuada que podem obter. Ainda, um bom mediador

pode reduzir a chamada “reação desvalorizadora” – um conceito de psicologia cognitiva referente à tendência em uma negociação das partes desacreditarem, desconfiarem ou desvalorizarem certa proposta tão somente porque foi apresentada pela parte contrária. Para auxiliar a resolver essa questão, o mediador frequentemente se coloca como fonte de eventuais propostas ou as apresenta de forma neutra e recontextualizada. Ao se trazer um mediador para uma disputa, as partes muitas vezes reduzem efeitos negativos de confrontos de personalidades e outros conflitos interpessoais. Isso porque algumas vezes a personalidade de uma das partes ou advogados prejudica a dinâmica da negociação. Um mediador adequadamente treinado pode neutralizar esse tipo de problema pelo modo com que requer que as partes se tratem, orientando a forma da comunicação entre estas e utilizando, quando necessário, de sessões individuais.”

Outra preocupação de advogados refere-se a orientações excessivamente diretivas de mediadores e o receio de que o mesmo se repetirá na mediação ou que qualquer avaliação feita pelo mediador será direcionada ao acordo e este não pode não ser necessariamente o objetivo das partes. Nesse caso, ainda como mero exemplo, poderia o magistrado indicar que:

“Frequentemente advogados em diligente defesa dos interesses de seus constituintes manifestam receio com pressões por mediadores ou conciliadores para se aplicar uma ‘decisão salomônica’ – isto é, se dividir a diferença entre oferta e pedido. Da mesma forma há receio de que o mediador tente pressionar as partes para um acordo. Esses são receios legítimos e que devem ser apresentados para o mediador em uma sessão individual. Os mediadores que trabalham junto aos centros de mediação foram cuidadosamente selecionados e treinados, sendo diligentes e éticos nas suas atuações. Todavia, caso haja qualquer forma de pressão por parte do mediador recomendamos que a parte encerre a mediação e comunique esse fato Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC). Cumpre ressaltar que até a presente data não houve reclamações nesse sentido. Vale mencionar também que ao recomendar que uma demanda siga para a mediação o que o Tribunal busca é apresentar para as partes oportunidades que o processo judicial tradicional não permite – oportunidades de participar em um procedimento mais flexível e informal a fim de que tanto o advogado como o cliente possam encontrar um modo mais rápido, menos oneroso e que proporciona como regra geral maior grau de satisfação.”

De igual forma, havendo preocupação das partes ou dos advogados de que na referida demanda há grande carga emotiva envolvida na disputa e que não seria

recomendável a mediação sob risco das partes chegarem às vias de fato, poderia o magistrado indicar que:

“A mediação tem sido especialmente bem-sucedida em casos envolvendo acentuada animosidade ou grande carga emotiva. Em diversos casos, como demonstrado em pesquisas de psicologia aplicada, comunicações e negociações não conseguem se desenvolver até que uma ou mais partes tenha tido uma oportunidade de expressar sua irresignação, raiva ou outro sentimento. O mediador pode, aplicando técnicas adequadas para tanto, promover um ambiente seguro e construtivo para que isso ocorra. Em alguns casos, os litigantes precisam ter alguma pessoa neutra que possa ouvir e registrar a intensidade de tais sentimentos antes que o caso esteja pronto a ser debatido com objetividade. Assim, considerem a utilização da mediação ao menos para auxiliar a resolver tais questões emotivas e estimular negociações construtivas.”

Frequentemente advogados que não conhecem bem a mediação tendem a acreditar que sua utilização seria um desperdício de recursos e tempo (e.g. advogado: *“Nesse caso a mediação seria uma perda de tempo porque não há como chegarmos a um acordo”*). Nessas hipóteses, poderia o magistrado indicar que:

“Agradeço a franqueza quanto à sua apreciação do presente caso. Neste Tribunal estamos fortemente engajados em respeitar o direito de ação da parte bem como o dever ético do advogado de orientar da melhor maneira possível seu cliente. Por esse motivo, indicamos que com muita frequência ouve-se de partes que determinado caso não chegará, em hipótese alguma, a acordo e constata-se que, passado algum tempo, a parte eventualmente transaciona. Considerando que ao se buscar a mediação como forma de resolução de disputas praticamente não há quaisquer prejuízos ao cliente e as partes que inicialmente indicam que não existe possibilidade de acordo e que posteriormente seguem para a mediação ficam com grande índice de satisfação quanto a esse processo – independentemente do resultado da mediação.”

Por outro lado, há situações em que os advogados equivocadamente acreditam que, por se tratar de lide na qual se discutem exclusivamente questões de direito, a mediação não seria um processo recomendável (e.g. advogado: *“Trata-se de debate tão somente sobre matéria de direito – cada parte acredita que tem o direito ao seu lado e que irá vencer”*). Exemplificativamente, poderia o magistrado esclarecer:

“Possivelmente seria vantajoso às partes cogitarem resolver suas disputas não apenas baseados em seus direitos ou provas que possuem mas também com base

em interesses e necessidades recíprocas. Algumas vezes outros fatores além dos 'direitos' acabam desempenhando papel fundamental na resolução de uma disputa. Registro ainda que, caso queiram fazer uso da mediação judicial, isso não provocará maiores demoras quanto ao andamento da presente demanda."

Como regra uma resposta de um magistrado a um questionamento de advogado deve conter:

- Agradecimento quanto à preocupação manifestada
- Validação do ponto apresentado pelo advogado/parte
- Indicação do objetivo de atender aos usuários (advogado e parte) da melhor maneira possível
- Apresentação da vantagem específica da mediação ou conciliação para o caso concreto.

Fonte: 6ª edição do Manual de Mediação Judicial do Conselho Nacional de Justiça, 2016.

“Ouidorias de Justiça: Agentes Potencializadores da Mediação e da Conciliação”

Fluxograma:

