

Alguns aspectos jurídicos sobre a mediação de conflitos

Adolfo Braga Neto*

Persiste ainda no Brasil muito desconhecimento sobre a mediação de conflitos. Por isso importante seria num primeiro momento lembrar que a atividade é um método de resolução de conflitos em que um terceiro independente e imparcial coordena reuniões conjuntas ou separadas com as partes, com o objetivo, dentre outros, de promover o diálogo entre elas a fim de possibilitar maior reflexão sobre suas questões, com vistas a construção de soluções.

Pode-se fazer uso do método em diversas áreas, em especial onde existe inter-relação passada, que continuará ou não a futuro. Em geral conduz a bons resultados em todos os tipos de conflitos familiares, comerciais, cíveis, trabalhistas, organizacionais, internacionais, escolares, comunitários, meio ambiente, etc. Enfim, em todas as áreas que envolvam uma relação continuada entre pessoas físicas e jurídicas.

A mediação parte de uma premissa de devolução às partes do poder de gerir e resolver o conflito, no sentido de que são elas as mais indicadas para solucionar suas questões, pois sabem o que é melhor para elas próprias e enfrentam momentaneamente dificuldades em melhor administrá-lo.

A pergunta mais freqüente dos operadores do direito sobre a mediação de conflitos é seu embasamento legal. É sabido que a legislação brasileira não a prevê formalmente e que sua natureza jurídica é contratual, posto ser duas ou mais vontades orientadas para um fim comum de contratar um profissional para que este as auxilie a produzir conseqüências jurídicas, extinguir ou criar direitos, baseados nos princípios da boa fé e da autonomia das vontades, preservando durante seu procedimento o da igualdade das partes, pressuposto processual do direito pátrio brasileiro.

Como contrato pode ser classificado como plurilateral por estarem ajustadas no mínimo 3(três) pessoas físicas ou jurídicas. Consensual, uma vez que nasce do consenso entre as partes envolvidas. Informal, visto pressupor regras flexíveis de acordo com os interesses das partes. Oneroso, posto ser objeto de remuneração ao profissional que colaborará com os mediados. Na verdade é um contrato de prestação de serviços, no qual de comum acordo as partes contratam um mediador para que as auxilie na busca de soluções para o conflito que estão enfrentando. Ele, portanto possibilita a criação de um contrato a futuro ou compromissos assumidos a futuro, constituindo-se seu objetivo principal.

Como contrato, ainda, há que se pensar a partir de seus princípios e norteadores os seguintes requisitos mínimos:

a) Qualificação completa das partes e dos seus advogados devendo estes apresentarem os documentos legais que lhes conferem poderes de representação legal, nos termos da lei;

b) Qualificação completa do Mediador e do co-Mediador se for o caso de co-mediação;

c) Regras claras estabelecidas para o procedimento;

d) Número indicativo de reuniões para bom andamento do processo de mediação;

e) Honorários bem como as despesas incorridas durante a mediação e formas de pagamento, os quais, na ausência de estipulação expressa em contrário, serão suportadas na mesma proporção pelas partes;

f) Previsão de que qualquer das partes, assim como o mediador pode, a qualquer momento, retirar-se da Mediação, comprometendo-se a dar um pré-aviso desse fato ao Mediador e vice-versa.

g) Inclusão da confidencialidade absoluta relativa a todo o processo e de conteúdo da Mediação, nos termos da qual as partes e o Mediador se comprometem a manter em total sigilo a realização da mediação e não utilizar qualquer informação documental ou não, oral, escrita ou informática, produzida durante ou em resultado da Mediação, para efeitos de utilização posterior em juízo arbitral ou judicial.

Por outro lado o cenário jurídico brasileiro da década de 80 propiciou a inclusão da palavra mediação como método de resolução de conflitos em leis esparsas, numa tentativa de implementá-la em situações específicas. A Lei 9.870/99, em seu artigo 4º prevê a possibilidade da utilização de um mediador em casos de conflitos entre pais ou associação de pais e alunos e escolas, decorrentes de reajuste de mensalidades escolares.

No âmbito das relações capital x trabalho, buscou-se implementá-la, porém sem qualquer preocupação de definir o instituto. A Lei 10.101/01 dispõe sobre a participação dos trabalhadores nos lucros e resultados das empresas, prevendo em seu artigo 4º, que naquelas negociações, caso ocorra algum impasse, se utilize a mediação. O artigo 11 da Lei 10.192/01, por seu turno, estabelece a possibilidade de, uma vez frustrada a negociação, as partes utilizarem um mediador. Este dispositivo foi, posteriormente regulamentado, pelo Decreto nº 572/95 e as Portarias do Ministério do Trabalho e Emprego nº 817 e 818/95.

Além disso em meados do ano de 1998, se deu o início do processo legislativo de tramitação junto a Câmara de Deputados do Projeto de Lei nº 4837 de autoria da Deputada Zulaie Cobra Ribeiro. O texto estava contido em apenas 7 artigos e definia a mediação de conflitos como uma “atividade técnica exercida por terceira pessoa, que, escolhida ou aceita pelas partes interessadas, as escuta e orienta com o propósito de lhes permitir que, de modo consensual, previnam ou solucionem conflitos”, podendo ser sobre qualquer matéria “que admita conciliação, reconciliação, transação ou acordo de outra ordem, para os fins que consiste a lei civil ou penal”.

Este texto permitia que a mediação pudesse versar sobre parte ou todo o conflito. Possibilitava, também, que o juiz em qualquer tempo e grau de jurisdição buscasse convencer as partes da conveniência de se submeterem à mediação extrajudicial ou com a concordância das mesmas nomear mediador, estabelecendo o prazo de 3 (três) meses, prorrogável por mais 3(três), a suspensão dos prazos inerentes aos direitos em discussão para a tentativa de composição. Criou, com isso, dois tipos distintos de mediação: a judicial e a extrajudicial. A primeira se realizaria durante o curso do processo seja civil seja penal com a coordenação de um mediador judicial, que estaria sujeito a compromisso autorizando o mesmo a se escusar ou ser recusado por qualquer das partes no prazo de 5 dias de sua nomeação, aplicando-lhe, no que couber, normas que regulam a responsabilidade e

remuneração dos peritos. E a segunda realizada fora do Judiciário, sem regras específicas como as citadas acima.

Em 2002, este texto foi aprovado na sua íntegra no plenário da Câmara dos Deputados, sendo encaminhado ao Senado Federal, sob a relatoria do Senador Pedro Simon. Em julho de 2006, o plenário do Senado aprovou um novo texto, ampliando o conteúdo original de 7 para 47 artigos. E hoje, de volta a Câmara dos Deputados se encontra no Plenário para aprovação. Na verdade este novo texto além de incorporar todos os 7 artigos anteriores incluiu mais outros 40 numa tentativa de regulamentar toda a atividade tanto no âmbito judicial quanto no âmbito extrajudicial, a fim de incorporá-la no ordenamento jurídico pátrio como uma das iniciativas para desafogar o Judiciário, limitando seu uso restritivamente ao âmbito civil, criando com isso a chamada mediação paraprocessual.

Quatro são as modalidades de mediação previstas neste texto, a saber: mediação judicial e extrajudicial. Ambas se subdividem em prévia e incidental. O critério escolhido para defini-las é a qualidade do mediador que será determinado pelas regras estabelecidas pelas seccionais estaduais da Ordem dos Advogados, caso seja judicial e pelo Tribunal de Justiça caso seja extrajudicial. A primeira distinção foi inspirada no texto original da Deputada Zulaiê Cobra, porém se referia a mediação judicial realizada dentro do Poder Judiciário e a extrajudicial fora deste último. A opção do legislador conforme o texto aprovado pelo Senado ao contrário não adota este critério, mas sim o da divisão entre os profissionais não se importando o local onde será realizada a mediação, podendo ser em sede do Judiciário ou fora dele.

O texto exige que o acordo resultante da mediação chamado de “termo de mediação” deverá ser assinado pelo mediador, pelas partes e seus advogados. Aos advogados, neste aspecto, cabe oferecer o assessoramento legal necessário durante toda a mediação, pois o mediador além de se isentar de qualquer tipo de orientação ou aconselhamento legal possui um dever ético de exigir das partes a devida assistência legal com relação aos compromissos assumidos durante o procedimento e, sobretudo, no acordo alcançado.

Mediador é, nos termos previsto neste texto, toda e qualquer pessoa capaz, entenda-se a capacidade civil, que possua conduta ilibada e formação técnica ou experiência prática adequada à natureza do conflito. Consagra-se assim a exigência de formação para o mediador podendo ser substituída por conhecimentos específicos relativos a experiência prática adquirida na área de natureza do conflito. Mais adiante, reza o artigo que trata deste tema que caberá conjuntamente à Ordem dos Advogados do Brasil por suas seccionais, aos Tribunais de Justiça Estaduais, à Defensorias Públicas Estaduais e às instituições especializadas em mediação devidamente registradas nos Tribunais estaduais a formação e

seleção de mediadores, para o que serão implantados cursos apropriados, com a fixação de critérios de aprovação, com a publicação do regulamento respectivo.

A propósito da formação, deve-se oferecer algumas reflexões com relação à atuação do mediador e ao próprio procedimento. É bom enfatizar que se costuma afirmar que a mediação de conflitos aporta novos paradigmas, que o eixo de atuação e referência do mediador centraliza-se em princípios diferentes daqueles que a sociedade brasileira está habituada em seu cotidiano. Por isso, o profissional que irá atuar nesta atividade deve buscar capacitar-se a partir dessas premissas fundamentais, cujo eixo de referência rompe com a lógica do “ganhar para não perder” ou mesmo de “concessões mútuas”.

A capacitação acima mencionada, deve trazer o conhecimento mais aprofundado do conflito e todas as suas diversas manifestações sejam elas ocultas ou explícitas. Passa por um aprendizado que deve percorrer passo a passo o procedimento como um todo para que os conceitos trazidos sejam incorporados de maneira gradual, que privilegia a prática de forma a permitir incorporar todas as técnicas da mediação, as quais se constituem ferramentas de trabalho fundamentais para o mediador. Passa pelo permanente estudo. E passa também pela interdisciplinariedade, que enriquece de maneira fundamental a atividade, graças às distintas e ricas contribuições das diferentes profissões.

São mediadores judiciais os advogados com pelo menos 3 anos de efetivo exercício de atividades jurídicas capacitados, devidamente selecionados e inscritos no Registro de Mediadores das seccionais da OAB. Além disso, são considerados no exercício de suas funções auxiliares da justiça, equiparados aos funcionários públicos. E como tal, estão sujeitos aos impedimentos previstos pelo CPC arts 134 e 135. E ainda respondem por possível exclusão da lista de Registro de Mediadores da OAB quando agirem por dolo ou culpa na condução da mediação, violarem a confidencialidade e a imparcialidade, prestarem serviço em que estão impedidos, forem condenados em sentença criminal transitada em julgado, tendo para tanto o devido processo administrativo junto a OAB na conformidade do Título III que trata dos processos disciplinares da Lei nº 8906/94 sobre o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil.

Mediador extrajudicial é toda e qualquer pessoa capaz, de conduta ilibada e com formação técnica ou experiência prática adequada à natureza do conflito, independentes oriundos de qualquer profissão que não os advogados. Como os mediadores judiciais são considerados no exercício de suas funções auxiliares da justiça, equiparados aos funcionários públicos. Estarão sujeitos aos impedimentos estabelecidos aos juízes previstos pelo CPC arts 134 e 135. E ainda respondem por possível exclusão da lista de Registro de Mediadores dos Tribunais de Justiça dos Estados quando o solicitarem, agirem por dolo ou

culpa na condução da mediação, violarem a os princípios da confidencialidade e a imparcialidade, prestarem serviço em que estão impedidos ou forem condenados em sentença criminal transitada em julgado. A fiscalização de suas atividades será de responsabilidade dos Tribunais de Justiça Estaduais.

A co-mediação é considerada como tal, quando o procedimento for coordenado por mais de um profissional. Existem vários tipos de co-mediação por gênero, interdisciplinar e mais algumas outras, cuja intervenção dos mediadores prima por ampliar questionamentos. No texto ora em análise a co-mediação será recomendável pela natureza ou complexidade do conflito. No entanto, será obrigatória em questões que versem sobre o estado da pessoa e Direito de Família, cabendo aos psiquiatras, psicólogos e assistentes sociais a qualidade de co-mediadores.

A mediação prévia é aquela realizada quando inexistente processo judicial. Poderá ser judicial ou extrajudicial, dependendo da qualidade do mediador que coordenará os trabalhos. Será judicial quando o interessado, por seu representante legal apresentar seu pedido em formulário padronizado junto ao Poder Judiciário requerendo a realização da mediação prévia, interrompendo com isso a prescrição. Deverá ser realizada no máximo em 90 dias a contar do recebimento do pedido. O requerimento do pedido será distribuído ao mediador judicial que designará dia, hora e local onde se realizará a reunião de mediação, convocando todos os interessados por qualquer meio eficaz e idôneo de comunicação. Este tipo de mediação faculta às partes a escolha do mediador podendo ser também outro mediador judicial que não aquele a quem foi distribuído ou extrajudicial se assim o desejarem as partes de comum acordo, sendo então com este outro tipo de mediador a mediação prévia extrajudicial. Além disso, tanto as partes, quanto o próprio mediador poderão se valer neste procedimento de co-mediadores com profissionais especializados na área que guarde afinidade com a natureza do conflito. E ainda, na possibilidade da outra parte convocada pelo mediador prévio não ser encontrada ou não comparecer à reunião, a mediação prévia se tornará frustrada. Porém, caso compareçam e resulte em acordo, o mediador devolverá o pedido ao distribuidor acompanhado do “termo de mediação” para as devidas anotações, podendo ser homologado a pedido das partes sendo transformado neste ato em título executivo judicial.

A mediação incidental será obrigatória quando existir processo judicial de conhecimento a exceção das ações de interdição; falências; recuperação judicial; insolvência civil; inventário; arrolamento; imissão de posse; reivindicatória; usucapião de bem imóvel; retificação de registro público; cautelares; ou quando autor ou réu for pessoa de direito público e a questão versar sobre direitos disponíveis; quando o autor optar pelo procedimento do juizado especial ou pela arbitragem, ou ainda quando a mediação prévia tiver sido realizada nos 180 dias anteriores ao ajuizamento da ação.

Este tipo de mediação ocorrerá obrigatoriamente após a protocolização da petição inicial junto ao juízo, devendo ser distribuído ao mediador antes mesmo do juiz da causa que o será logo após o primeiro, para a tentativa de composição amigável. Não somente interrompe a prescrição, mas também induz litispendência e produz os mesmos efeitos previstos no artigo 263 do Código de Processo Civil, que considera como proposta a ação, mas não produz efeitos para o réu enquanto este não for citado como previsto no art. 219 do CPC. A exemplo da mediação prévia, caberá ao mediador o chamamento das partes por qualquer meio eficaz e idôneo de comunicação, com a designação do dia, hora e local para início dos trabalhos, acompanhado da recomendação de que as partes deverão comparecer com seus advogados. Este chamamento conforme determinação do texto considera que o mediador intimará as partes por aqueles meios. E mais adiante neste mesmo artigo prevê a possibilidade de o requerido não ter sido citado no processo judicial, a intimação para a reunião de mediação o considerará em mora, tornando prevento o juízo, induzindo litispendência, fazendo litigiosa a coisa e interrompendo a prescrição.

A mediação incidental poderá ser judicial ou extrajudicial, dependendo da qualidade do mediador que coordenará os trabalhos. Será judicial quando o autor da ação, por seu representante legal, aceitar a nomeação do mediador judicial, mas poderá ser realizada por outro mediador judicial ou extrajudicial a pedido das partes de comum acordo e aí será mediação incidental extrajudicial.

Na hipótese do requerido não ser encontrado, ou não comparecer qualquer das partes, a mediação incidental será considerada frustrada. E uma vez não alcançado o acordo não somente na hipótese acima citada, mas também após o comparecimento das partes e seu manifesto desinteresse pela composição, o mediador devolverá a petição inicial e lavrará o termo com a descrição da impossibilidade da composição para dar prosseguimento ao feito. Por outro lado, alcançado o acordo o mediador lavrará o “termo de mediação” com a descrição detalhada de todas as suas cláusulas, devendo remeter ao juiz da causa que, por sua vez examinará o preenchimento das formalidades legais e uma vez satisfeitas, o homologará, tornando-o título executivo judicial, e determinará o arquivamento do feito. Caso o acordo seja em grau de recurso sua homologação será realizada pelo relator.

O texto determina que em havendo pedido de liminar, a mediação incidental terá curso após a decisão prolatada sobre a mesma, mas se houver a interposição de recurso contra a referida decisão não a prejudicará. Quanto à antecipação das despesas do processo judicial prevista no art 19 do CPC só será devida após a retomada do curso do processo, isto é, somente na hipótese de não se alcançar acordo na mediação incidental, caso em que o valor pago a título de honorários do mediador também na forma prevista neste artigo do CPC será abatido das despesas do processo.

Além disso, o legislador optou por proceder a modificações do art. 331 do CPC, ampliando o número de seus incisos para 6. Ao tratar da audiência preliminar, versa o texto que o juiz da causa independentemente das partes terem passado por tentativas anteriores de composição prévia ou incidentalmente poderá tentar a conciliação entre elas. Ou ainda ele poderá se valer de conciliadores constantes da lista dos Tribunais Estaduais ou mesmo de juiz conciliador se por eles instituído.

O texto ainda inclui a tentativa da implementação de uma espécie de sistema multi-portas no moldes norte-americanos, pois o juiz, fazendo uso deste artigo, poderá sugerir outros métodos além da mediação, por exemplo, a arbitragem ou a avaliação neutra de terceiro, cujo prazo para esta última será fixado pelo próprio juiz não sendo vinculante para as partes com o objetivo de orientá-las para a tentativa de composição amigável.

As disposições finais estabelecem que a “vacatio legis” será de 4 meses a contar da data de sua publicação e o Tribunais Estaduais terão 6 meses para expedir as normas relativas às exigências da lei, inclusive fixar os valores de remuneração para as atividades do mediador e co-mediador, os quais obrigatoriamente deverão constar do acordo resultante da mediação. Importa ressaltar que tal previsão optou por definir a atividade do mediador e co-mediador como prestação de serviço e como tal deverá ser remunerado em valores fixados por aqueles Órgãos. Além disso, exige que a atividade deverá ser prestada “em local de fácil acesso, com estrutura suficiente para atendimento condigno dos interessados”, quer seja no âmbito privado quer seja no âmbito público.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR6023 da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT: Braga Neto, Adolfo – Aspectos Jurídicos sobre a mediação de conflitos. Revista Fórum Cesa, Belo Horizonte, ano 2 n. 3, p 69-72, abr/jun 2007

* Advogado, Mediador, Professor, Consultor da ONU e Banco Mundial

Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2357> Acesso em: 23 abr. 2008.