

1ª edição - 2013

© Gazeta Jurídica Editora e Livraria Ltda ME

CIP-Brasil. Catalogação na fonte.

Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

G112m

Gabbay, Daniela Monteiro

Mediação & judiciário no Brasil e nos EUA : condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no judiciário / Daniela Monteiro Gabbay ; coordenadores: Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. - Brasília, DF : Gazeta Jurídica, 2013.

356 p. : 23 cm. (MASC - Meios alternativos de solução de conflitos ; 1)
Inclui bibliografia e índice
ISBN 978-85-66025-09-5

1. Ação judicial - Brasil. 2. Ação judicial - Estados Unidos. 3. Poder judiciário - Brasil. 4. Poder judiciário - Estados Unidos. 5. Mediação - Brasil. 6. Mediação - Estados Unidos. I. Pellegrini, Ada. II. Watanabe, Kazuo. III. Título. IV. Série.

13-0863. CDU: 347.9

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer forma ou meio, inclusive eletrônico. Sanções previstas nos artigos 102 e 104 da Lei dos Direitos Autorais – Lei 9610, de 19 de fevereiro de 1998 e no artigo 184 do Código Penal – Decreto-Lei 2848, de 7 dezembro de 1940.

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS PELA

GAZETA JURÍDICA EDITORA E LIVRARIA LTDA ME

SHIS. QL 02, Conjunto 5 Casa 14, Lago Sul

CEP: 71610-055 - Brasília - DF

Diretora: ADRIANA BELTRAME

Presidente do Conselho Editorial: PETRONIO CALMON

IMPRESSO NO BRASIL / printed in Brasil

Apresentação

Coleção MASC

A Coleção ADRs renova-se e prossegue, agora com novo nome, mais afeição à tradição latino-americana (MASC-Meios alternativos de solução de conflitos) e com nova editora, Gazeta Jurídica, conduzida por Petrónio Calmon e Adriana Beltrame, especialistas na matéria, que dão continuidade às obras publicadas pela Gen-Forense. A coordenação continua confiada a Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe.

A partir de junho de 2011, quando se iniciou a série ADRs, foram publicados 5 volumes da coleção, todos dedicados à arbitragem, à mediação e à conciliação, ou seja à heterocomposição e à autocomposição, vistas, aliás, não apenas como meios alternativos de pacificação de conflitos fora da Justiça estatal, mas como meios complementares de acesso à Justiça e à ordem jurídica justa, num amplo quadro de política judiciária: relembre-se a série de volumes editados pela Gen-Forense, composta das seguintes obras: 1 - MIN. CÉSAR PELUSO e MORGANA RICHA: “Conciliação e Mediação: Estruturação da Política Judiciária Nacional” – junho de 2011; 2 – CARLOS ALBERTO DE SALLES: “Arbitragem em Contratos Administrativos” – 2º semestre de 2011; 3 – NILTON CÉSAR ANTUNES DA COSTA: “Decisões e Sentenças Arbitrais” – 1º semestre de 2012; 4 – ANA LÚCIA CATÃO, LÚCIA FIALHO CRONENBERGER e SILVANA CAPPANARI: “Mediação no Judiciário – desafios e reflexões sobre uma experiência” – 2º semestre de 2012; 5 – VALERIA FERIOLI LAGRASTA LUCHIARI: “Mediação Judicial” – dezembro de 2012.

processo menos invasivo e custoso como a mediação poderia tanto resolver o conflito quanto anteceder e informar a escolha por outro processo adequado. Salvo algumas contraindicações, os autores elencam uma série de benefícios para esta preferência pela mediação por ambas as partes, e sintetizam:

Finalmente, se o processo mais apropriado para a disputa é definido como aquele que melhor satisfaça aos interesses de ambas as partes e crie uma repartição do bolo mais vantajosa (tendo mais probabilidade de produzir um resultado eficiente de acordo com a lei de Pareto), a mediação, tendo o potencial mais elevado no quesito criação de valores, deveria ser a primeira escolha processual³⁰⁸.

5.2 Cultura jurídica: sujeitos ativos e passivos das mudanças

Além do momento inicial de triagem, há desafios relacionados ao comportamento, aceitação e perspectiva daqueles que participam do processo de mediação: as partes, os advogados, os mediadores, os juízes e o juízo. Falou-se nos capítulos acima em mudanças legislativas, judiciais e institucionais em favor da mediação, mas nenhuma delas será possível se não estiverem acompanhadas de mudanças culturais, de comportamento e de mentalidade.

Assim, poderá haver – e é importante que ocorra – a criação de setores de conciliação/mediação, o encaminhamento dos conflitos a esses setores, e um momento procedimental e gerencial destinado à realização das sessões de mediação, mas caso as partes, os advogados, mediadores, juízes e juízo não se preparem para a autocomposição, com a profissionalização, capacitação e remuneração do terceiro, tempo e dedicação à sessão, abertura dos advogados e das partes ao diálogo, assim como o esforço do juiz e juízo para a adoção de critérios adequados à triagem dos conflitos e à redução da pauta para a sessão de mediação, todos esses avanços legais e

308 Tradução livre. No original: *Finally, if the most appropriate process for dispute is defined as the one that best satisfies the interests of both parties and creates the largest possible pie (has the largest probability of producing a Pareto efficient outcome), mediation, having the highest value-creating potential, should be the process of first choice. Ibidem, p.35.*

institucionais podem não se tornar efetivos, com o risco de criar apenas uma etapa procedimental e formal que mais afasta do que aproxima as partes da pacificação do conflito³⁰⁹. A seguir, alguns dados sobre a realidade, coletados a partir da pesquisa empírica, e que devem ser constantemente avaliados para pautar as necessárias adaptações e novos desafios que se colocam aos sujeitos destas mudanças.

5.2.1 Partes e Advogados

Conforme já exposto, a formação cultural dos operadores do direito é litigante, voltada predominantemente para a solução contenciosa e adjudicada dos conflitos, através do processo judicial. Ressalta Kazuo Watanabe que é esse o modelo ensinado pelas faculdades de direito do país e o modelo de profissional do direito exigido pelo mercado para as principais carreiras profissionais, como a advocacia, a magistratura, o ministério público e as procuradorias públicas, havendo uma cultura da sentença e não da pacificação³¹⁰.

Alguns advogados receiam ter uma perda de mercado com a expansão dos meios alternativos de solução de conflitos ou que o procedimento se torne ainda mais longo, entre outros receios já abordados anteriormente (perda da voz predominante no processo, assunção do risco de exposição do cliente na sessão, saída da zona de conforto, mudanças nas formas de cobrança de honorários, etc).

Sob a perspectiva das partes, no Brasil os dados do Índice de Confiança na Justiça (ICJBrasil) revelam que quase metade dos entrevistados

309 Nesse mesmo sentido, Nancy Welsh e Bobbi MacAdoo consideram que a institucionalização da mediação não deve ser um fim em si mesma: *Institutionalization, without more, does not ensure that any of court-connected mediation's justice goals have been achieved*. Cf. MacAdoo, Welsh, *Look before you leap cit.*, p. 408.

310 WATANABE, *Cultura da sentença cit.* p. 685. A resolução nº 125, de 29/11/2010 do CNJ, tentando contribuir à reversão deste quadro, estabeleceu que cabe ao CNJ *buscar a cooperação dos órgãos públicos competentes e das instituições públicas e privadas da área de ensino, para a criação de disciplinas que propiciem o surgimento da cultura da solução pacífica dos conflitos, de modo a assegurar que, nas Escolas de Magistratura, haja módulo voltado aos métodos consensuais de solução de conflitos, no curso de iniciação funcional e no curso de aperfeiçoamento.*

(41%) declararam que já entraram com algum processo ou ação na Justiça - pessoalmente, ou alguém residente em seu domicílio³¹¹. Conforme exposto, perguntados se uma vez em juízo aceitariam tentar um acordo reconhecido pelo Judiciário, através de outra pessoa que não o juiz, as respostas foram: 38% dos entrevistados disseram que sim, que aceitariam utilizar meios de solução de conflitos alternativos ao Judiciário (destaque-se que na faixa de renda mais elevada, superior a R\$ 6.120,01, o percentual sobe para 45%), mas a maioria respondeu negativamente, indicando que apesar da pouca confiança que tem no Judiciário ainda prefere utilizá-lo se comparado a soluções alternativas (mediação e conciliação, por exemplo)³¹².

No processo judicial, os advogados representam as partes, falam em nome delas e geralmente controlam a forma pela qual os pedidos e questões são apresentados em juízo, fazendo uma seleção do que é relevante e do que é irrelevante para o caso³¹³. A mediação busca quebrar esse paradigma, dando mais voz às partes e fazendo com que elas sejam protagonistas do processo de solução de conflitos³¹⁴. A presença das partes na sessão influi diretamente na percepção da justiça do processo e da justiça do resultado.

311 Cf. *Relatório IC/Brasil cit.*, p. 15.

312 Cf. *Relatório IC/Brasil cit.*, p. 22.

313 Sobre a relação entre partes e advogados, vide SARAT, Austin; FELSTINER, William L. F. *Divorce Lawyers and their clients: power and meaning in the legal process*. NY: Oxford University Press, 1995; e COOLEY, John W. *A advocacia na mediação*. Tradução: René Loncan. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. Sobre o papel do advogado na mediação, vide ainda Juan Vezzulla, que destaca que o advogado é o profissional que a sociedade consulta quando busca resolver um conflito e que indica os caminhos para resolver legal e satisfatoriamente o problema. Assim como o advogado prepara o caso para ser apresentado no Tribunal, também deverá preparar o caso para a negociação, a conciliação e a mediação, ressaltada a importante participação das partes, de forma cooperativa. Cf. Vezzulla, *Mediação cit.*, p. 105. Sobre a perspectiva das partes em relação à mediação, que não necessariamente coincide com a perspectiva dos seus advogados, vide pesquisa empírica realizada por Nancy Welsh com base nas seguintes perguntas: (i) *What do individual disputants want and expect from the mediator and from the institutionalized mediation process itself?* (ii) *After the process has concluded, what do these disputants perceive as value-added?* (iii) *What parts of the process or what mediators interventions raise particular concerns?* WELSH, *Stepping back through the looking glass cit.*, pp. 607-672.

314 Algumas pesquisas nos EUA revelam, por outro lado, a preferência dos advogados pela mediação avaliativa, selecionando mediadores com conhecimento técnico para

Na pesquisa empírica realizada neste livro foram analisados diferentes cenários nos programas de mediação e conciliação: i. ambas as partes representadas ou assistidas por seus advogados; ii. nenhuma parte assistida por advogado (auto-representação); iii. apenas uma das partes assistida por advogado; iv. ambas as partes presentes na sessão com seus advogados; v. advogados presentes na sessão sem as partes; vi. apenas um dos advogados e uma das partes presentes na sessão.

O que é mais comum, principalmente quando a mediação é incidental ao processo judicial, é que ambas as partes estejam assistidas por seus advogados³¹⁵, embora eles possam ou não estar presentes na sessão de mediação/conciliação. Já nos setores pré-processuais e no programa de justiça comunitária pesquisados, a assistência e a presença do advogado não são exigidas e nem são normalmente observadas.

Em algumas situações admite-se que os advogados estejam presentes sem as partes (que estão disponíveis por telefone), desde que investidos de poderes para negociar. É o que ocorre nos casos envolvendo companhias de seguro, por exemplo, quando o valor da demanda não excede ao da cobertura contratual, o que foi observado nos programas pesquisados nos EUA.

Em São Paulo, no setor de conciliação processual em 1ª e 2ª instâncias, a presença do advogado na sessão é necessária, mesmo que desacompanhado das partes, pois, havendo acordo, há a extinção do processo. No setor de mediação de Santana, por outro lado, a presença de ambas as partes é obrigatória e recomenda-se a presença dos advogados apenas na pré-mediação, inclusive para informá-los que o mediador não fornece qualquer informação jurídica aos mediados e não há a redação de eventual acordo na sessão. Essas tarefas são de competência do advogado, e realizadas fora da sessão.

entender os seus argumentos e o mérito do caso. Nestas mediações, os advogados tendem a dominar o processo e suplantam a voz das partes. Cf. MCADOO, WELSH, *Look before you leap cit.*, p. 423 e WELSH, *Stepping back through the looking glass cit.*, pp. 589-590.

315 Nos programas pesquisados nos EUA, a auto-representação é mais comum em casos envolvendo direito de família, havendo um protagonismo maior dos advogados nas demandas cíveis.

No Centro de Mediação do Fórum Central do Rio de Janeiro, apenas no caso de ser obtido o acordo os advogados precisam ser consultados e o assinam juntamente com as partes. Contudo, determina a Resolução nº 19/2009 que se uma das partes comparecer assistida por advogado, a outra, se quiser, poderá ter assistência judiciária prestada pela Defensoria Pública.

Em algumas entrevistas, principalmente em programas de mediação e não de conciliação, notou-se que a presença do advogado durante a sessão pode dificultar e inibir o protagonismo das partes na solução o conflito, cujas vozes são muitas vezes suplantadas pelas de seus advogados, com preocupações em relação aos honorários, cujas formas de cobrança nem sempre estão adaptadas aos meios autocompositivos de solução de conflitos. Durante a formulação e revisão do acordo, por outro lado, houve um forte reconhecimento nas entrevistas do papel e da presença fundamentais dos advogados.

Paralelamente, nas Associações dos Advogados tem ocorrido a criação de Comissões de Mediação e Arbitragem e de Meios Alternativos de Solução de Disputas, tanto no Brasil quanto nos EUA³¹⁶.

Uma outra questão importante diz respeito à litigância repetitiva. Enquanto no Brasil os litigantes repetitivos nos programas de mediação e conciliação tendem a ser os mesmos litigantes repetitivos que atuam no Judiciário, nos EUA, onde o volume de casos é menor, o que chamou atenção foi o fato de serem os próprios mediadores e advogados os *repeat players*, percebendo-se, inclusive, que atuam conjuntamente em mediações privadas fora do Judiciário. Em alguns programas há controle a esse respeito (como em Maine), mas o impedimento existe apenas para obstar que os mediadores atuem na esfera privada em mediações com as mesmas partes, por seis meses, e não impede relação repetitiva entre os mediadores e os advogados. São os advogados que costumam indicar os mediadores do caso.

316 Reconhecendo oportunidades da advocacia na mediação, em 2009, o Prêmio Inovare, que visa identificar e disseminar práticas pioneiras e bem sucedidas da Justiça brasileira, concedeu prêmio à Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) do Rio de Janeiro, juntamente com a advogada fluminense Gabriela Asmar, por projeto vencedor na categoria Advocacia que visa à ampliação do campo de trabalho dos advogados, fazendo com que conheçam mais os demais métodos de resolução de conflitos, como a mediação e a arbitragem, e possam adequar a busca da resposta que dão a seu cliente a cada caso em concreto.

Em São Paulo, na Unidade Avançada de Atendimento (pré-processual), a grande maioria dos casos diz respeito a contratos bancários (cartão de crédito, financiamento, empréstimo) e renegociação de dívida, sob a iniciativa do devedor. Nos setores processuais (1ª e 2ª instância) em São Paulo, também há litigância de massa, relacionada principalmente a prestadoras de serviço (água, luz, telefone), instituições financeiras e seguradoras, replicando o perfil das demandas que geram contencioso de massa e demandas repetitivas no Judiciário. Os demais programas pesquisados no Brasil não apresentaram litigância repetitiva, por serem programas muito recentes e com um menor volume de demandas.

O foco dos litigantes repetitivos tende a ser mais restrito, girando em torno do que aconteceria se as partes fossem ao Judiciário e quanto o réu estaria disposto a pagar e o autor a receber para evitar a demora, os riscos e os custos de um julgamento³¹⁷. Esse foco se ajusta mais à conciliação do que à mediação, pois nesta última as relações continuadas precisam ser trabalhadas de forma mais ampla, não se voltando apenas ao acordo. Por outro lado, não se deve esquecer que a litigância repetitiva normalmente existe em apenas um dos pólos da demanda, e do outro lado pode estar um litigante para quem aquela talvez seja a única ação judicial já proposta. Esse litigante não repetitivo também precisa ter voz no processo³¹⁸.

317 Nesse sentido, Nancy Welsh e Leonard Riskin: *The repeat players tend to focus narrowly on two questions: First, what would happen if the parties litigated the case? Second, how much is the defendant willing to pay and the plaintiff willing to accept to avoid the delay, risks, and costs of Trial?* The lawyers and mediators then implement mediation procedures that they think will enable them to address those questions efficiently. Cf. RISKIN, Leonard, WELSH, Nancy. *Is that all there is?* The problem in Court-Oriented Mediation. *George Mason Law Review*, vol. 15, p. 866.

318 Cf. Nancy Welsh e Leonard Riskin: *As we emphasized, a person injured in an accident, terminated from a job, or sued for negligence is unlikely to experience the event as routine. The repeat players can see such matters as routine only through professional or occupational filters, which allow in only certain kinds of information and produce only certain kinds of outcomes through certain kinds of procedures. We hope that inviting the litigants themselves to reflect upon and influence the selection of the issues for discussion in their mediations will enable more one-shot players to get what they need in the procedures and outcomes of their cases. Our proposals may even produce and intriguing by-product-making these cases and the journey toward resolution come alive for at least some of the repeat players. As Marcel Proust wisely wrote: the real Voyage of discovery consists not in seeing new landscapes, but in having new*

Em artigo acerca das perspectivas de advogados e clientes sobre os programas anexos às Cortes nos EUA, Deanne Siemer faz interessante sugestão para que os litigantes repetitivos, no caso, as entidades governamentais que tenham um número elevado de casos no Judiciário, apresentem uma política de participação em relação aos meios alternativos de solução de conflitos que esteja disponível para fins de acompanhamento e controle (inclusive em termos estatísticos) pelas Cortes³¹⁹.

Notou-se também nos setores de mediação a realização de *caucus* (sessões individuais do mediador com cada parte), o que não se observou nos programas de conciliação, pesquisados no Brasil, que trabalham com um volume maior de casos e cujas sessões não chegam a durar mais do que 45 minutos, em média. Nos setores de mediação, como o do Fórum de Santanópolis e o do Fórum Central do Rio de Janeiro, que trabalham com casos de família, o *caucus* foi observado com mais frequência.

5.2.2 Mediadores e Conciliadores

Nos programas pesquisados nos EUA, os mediadores podem ser parte do quadro de funcionários da Corte (em tempo integral ou parcial), podem ser mediadores contratados para determinada sessão, mediadores privados, ou mesmo juízes (aposentados ou na ativa), embora quando na ativa o juiz mediador não seja o mesmo juiz que irá julgar a causa.

A regra geral é que a mediação seja atividade remunerada nos programas norte-americanos, e a forma, fonte e valor dependem da relação

eyes. *Ibidem*, p. 932. Sobre a litigância repetitiva, Marc Galanter contrapõe os *repeat players* aos *one shot players*. Segundo este autor, o *repeat player* leva vantagem em litigância de massa e não sofre significativas perdas com o desfecho desfavorável das demandas em que se vê envolvido, possuindo recursos para perseguir seus interesses a longo prazo. Cf. GALANTER, Marc. Why the 'Haves' come out ahead: speculations on the limits of legal change. *Law and Society Review*, vol. 9, n. 2, 1975, p. 4.

319 Nas palavras do autor: *each governmental entity that has significant numbers of civil cases on the court's docket should provide the court with its policy on participation in ADR procedures. These policy statements should be available for inspection in the clerk's Office. If statistics indicate that government cases respond less well to ADR than might be expected, it is important to explore with the responsible public officials the possible cause of this pattern.* SIEMER, Deanne. Perspective of Advocates and Clients on Court-Sponsored ADR. In: SANDER, Frank (Org.). *Emerging ADR Issues in State and Federal Courts*, American Bar Association, 1991, p. 187.

de trabalho que os mediadores mantêm com as Cortes. Quando atuam como autônomos, costumam receber por hora ou sessão realizada. Há normalmente a formação de fundos nos Tribunais Estaduais, compostos por taxas judiciárias pagas pelas partes e por destinação orçamentária do Tribunal, e alguns contam inclusive com verba federal para investimentos em projetos-piloto, manutenção dos programas voltados aos meios alternativos de solução de conflitos e pagamento dos mediadores.

Esta é uma importante diferença em relação aos programas de mediação/conciliação no Brasil, onde até então a regra geral é que os mediadores exerçam atividade voluntária e não remunerada, o que gera maior rotatividade no quadro de mediadores/conciliadores dos programas, e dificulta o processo de profissionalização³²⁰.

Em todos os programas pesquisados, no Brasil e nos EUA, o conciliador/mediador não precisa ser advogado³²¹, podendo ser psicólogo, assistente social, engenheiro, biólogo, policial, dentre outros. Nos setores processuais de conciliação no Brasil, contudo, muitos conciliadores são advogados que estão prestando concurso público, pois esta atividade conta como tempo de exercício da advocacia para fins do concurso³²².

Os mediadores devem passar por treinamentos e capacitações, e em alguns programas de mediação (como na Flórida) há um processo de certificação sujeito à renovação a cada dois anos. No Brasil, a Resolução nº

320 Tal como exposto acima, no item 5.1 referente à regulamentação legislativa e judiciária sobre a mediação no Brasil, a remuneração do mediador é reconhecida como uma meta a ser alcançada, mas depende de lei que disponha a seu respeito. De acordo com a Resolução nº 125 do CNJ, de 29/11/2010, caberá aos Núcleos permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos regulamentar, se for o caso, a remuneração dos conciliadores e mediadores, nos termos da legislação específica. A referência à remuneração dos mediadores foi suprimida pela Emenda n. 1/2013 do CNJ, que está no Anexo E deste livro.

321 A única exceção nos programas pesquisados é o de Connecticut, onde na *Superior Court* o mediador é o juiz. Há um debate no Brasil sobre a necessidade de os mediadores serem advogados: de acordo com o Projeto de Lei de Mediação, os mediadores judiciais devem ser advogados, sujeitos à fiscalização da OAB, enquanto o Projeto de novo Código de Processo Civil não manteve esta exigência.

322 Vide art. 58 da Resolução 75/2009 e Enunciado Administrativo nº 3 do Conselho Nacional de Justiça.