

O NOVO CPC ADOTOU O MODELO MULTIPORTAS!!! E AGORA?!

The new CPC has adopted a multi-door courthouse model!!! What now?
Revista de Processo | vol. 244/2015 | p. 427 - 441 | Jun / 2015
DTR\2015\9714

João Luiz Lessa Neto

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco/Queen Mary, University of London. Membro da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo e da Comissão de Conciliação, Mediação e Arbitragem da OAB/PE. Advogado.

Área do Direito: Processual

Resumo: O Novo Código de Processo Civil adota o modelo multiportas de resolução de disputas. Cada caso será direcionado para a técnica mais adequada para a sua solução e todos os casos transacionáveis serão encaminhados para mediação ou conciliação, exceto se todas as decidirem de maneira distinta. Trata-se de uma importante mudança paradigmática em comparação ao CPC de 1973. Este artigo tem a posição de que a mudança legislativa, por si só, não será capaz de efetivamente implantar o modelo multiportas no Brasil, pois existem muitos obstáculos a serem enfrentados, incluindo a necessidade de qualificar e preparar os profissionais para atuarem no novo modelo, a criação dos centros que conduzirão as audiências ou sessões de mediação ou conciliação e o desafio de mudar uma cultura estabelecida entre os operadores jurídicos de resistência aos meios consensuais de resolução de disputas.

Palavras-chave: Processo civil - Novo CPC - Modelo multiportas - ADR.

Abstract: The New Brazilian Civil Procedure Code adopts a multi-door courthouse system. Each case will be directed to the most adequate technique of dispute resolution and all cases apt to settlement will be diverted to mediation or conciliation before going to trial, unless all parties choose otherwise. It's a major procedural change compared to the CPC of 1973. This paper takes the view that statute law provision is not sufficient to implement the multi-door courthouse system in Brazil, there are many challenges to be faced, including the necessity of qualifying professionals, creating appropriate places and venues for the mediation or conciliation sections and breaking down a deep-rooted culture of resistance to ADR among Brazilians legal professionals.

Keywords: Civil Procedure - New Brazilian CPC - Multi-door Courthouse - ADR.

Sumário:

- 1. Introdução - 2. O modelo multiportas no NCPC - 3. A implementação dos meios alternativos: os desafios - 4. Conclusões: enfrentando os desafios

Recebido em: 16.04.2015

Aprovado em: 09.06.2015

1. Introdução

O sistema processual civil brasileiro, a partir de uma decisão política que culmina com o Novo Código de Processo Civil (LGL\1973\5) – NCPC, passou a seguir o modelo multiportas de resolução de disputas. Consoante este modelo, cada disputa deve ser encaminhada para a técnica ou meio mais adequado para a sua solução. A mediação e a conciliação passam a ser fortemente estimuladas, num esforço de aproximação das partes e de empoderamento dos cidadãos, como atores da solução de seus conflitos.

Trata-se de uma mudança de grande envergadura em todo o funcionamento do sistema de justiça civil brasileiro. É uma mudança de concepção, que reclama uma mudança na estrutura funcional e física dos fóruns e tribunais brasileiros e que, igualmente, requer

uma modificação cultural e de formação dos operadores jurídicos.

Para que o modelo multiportas venha a funcionar adequadamente, há um longo caminho a ser percorrido, não basta a decisão legislativa de dividir o procedimento comum no NCPC em duas fases (uma de esforço de solução consensual e outra propriamente litigiosa). É preciso profissionais habilitados para assistir a negociação das partes, advogados capazes de entender, estimular e assessorar adequadamente os seus clientes durante as audiências de mediação ou conciliação,¹ sem falar na criação de espaço físico adequado e próprio para a aplicação destas técnicas, bem como na capacitação e cadastramento de mediadores e conciliadores judiciais.

A segmentação do procedimento comum em duas fases e o estímulo para que os cidadãos sejam atores da resolução de seus conflitos é uma proposta interessante e segue a tendência mundial de valorização dos meios consensuais de resolução de disputas. Contudo, sem que sejam vencidos alguns desafios ou entraves, o sistema multiportas não poderá funcionar adequadamente no Brasil.

A mediação e a conciliação não são uma novidade em nosso sistema jurídico. Pelo contrário, historicamente, na tradição luso-brasileira,² há diversos exemplos legislativos que tratam de mediação e conciliação, às vezes como fase prévia à admissibilidade do processo judicial. A Lei dos Juizados Especiais Cíveis cuida do tema, como, aliás, fazem outros diplomas legais, incluindo o próprio Código de Processo Civil (LGL\1973\5) de 1973.³ A novidade não está em conhecer a existência da mediação e conciliação ou mesmo de que podem as partes transacionar. Tudo isso é algo arraigado.

O que é novo é o impulso decisivo pela a implementação dessas técnicas, desenvolvidas por pessoal próprio e profissionais habilitados (mediadores e conciliadores), como parte da justiça civil e a preocupação em direcionamento das disputas para o meio mais adequado à sua solução. A novidade está na preocupação em efetivamente resolver os conflitos.

Apenas recentemente é que se passou a, decisivamente, incentivar os meios consensuais de resolução de disputas, com a identificação de que são meios mais adequados em muitos casos. O ponto central está na superação da percepção de que existe o julgamento judicial impositivo e tudo mais são meros meios alternativos, para a noção de que há um conjunto de meios possíveis para resolver uma disputa, em igualdade de importância com o processo civil tradicional.

A Res. CNJ 125, de 29.11.2010, estabeleceu uma política nacional para o tratamento adequado de conflitos no âmbito do Poder Judiciário. Ou seja, o Poder Judiciário não é mais um local apenas para o julgamento, mas para o tratamento adequado de conflitos. Tratamento adequado significa perceber as particularidades de cada caso e as potencialidades de cada técnica e meio. Não se trata de uma mera questão semântica, mas do próprio paradigma organizacional da justiça civil.

Na verdade, os esforços para a integração procedimental dos meios consensuais ao processo tradicional vêm de algum tempo. A definição de quais seriam os contornos adequados para esta integração foi alvo de acendrado debate, inclusive durante a tramitação legislativa do NCPC.⁴

O novo Código de Processo Civil (LGL\1973\5) adota e aprofunda essas reformas para a maioria dos casos transacionáveis. Como regra, antes do caso prosseguir para uma solução adjudicatória, ele deverá ser submetido aos processos de solução consensual. Na verdade, o art. 3.º do CPC (LGL\1973\5)/2015, estabelece que a solução adequada de conflitos é uma norma fundamental do processo. É fundamental, portanto, dentro do modelo processual adotado, a criação de espaços adequados para a negociação das partes, que retomam o protagonismo na solução da disputa, o que explica a conformação dada ao procedimento comum.

O NCPC institucionaliza as carreiras de mediador e de conciliador e cria um espaço processual próprio para a aplicação dessas técnicas. Os métodos de solução consensual passarão a ser parte da rotina do Poder Judiciário. Ocorrerá uma integração entre mecanismos adjudicatórios e consensuais de resolução de disputas. Não se deve mais, considerando o modelo no NCPC, falar no meio de resolução e suas alternativas, deve-se observar sempre o meio mais adequado para cada caso.

Trata-se de uma modificação que alcançará um grande número de caso judiciais: todos aqueles passíveis de autocomposição.

A mudança de concepção proposta pelas tendências reformatórias do sistema civil de Justiça passa por um redimensionamento do processo e do próprio papel do fórum e do juiz. Ao invés de se criar um modelo preocupado exclusivamente com a aplicação da lei pelo juiz, com o julgamento de conflitos, cria-se um modelo no qual as partes detêm uma maior autonomia na escolha do meio pelo qual querem resolver o seu conflito. Resolver conflitos assume um significado mais amplo e rico que o de julgar um litígio.

Trata-se de uma mudança paradigmática. Redimensiona-se o papel do processo e do Poder Judiciário.

2. O modelo multiportas no NCPC

O NCPC adota o modelo multiportas de processo civil. Cada demanda deve ser submetida à técnica ou método mais adequado para a sua solução e devem ser adotados todos os esforços para que as partes cheguem a uma solução consensual do conflito.

É norma fundamental do processo civil brasileiro a prioridade na utilização das técnicas para facilitar a resolução consensual dos conflitos (art. 3.º, §§ 2.º e 3.º, do CPC (LGL\1973\5)/2015). É dever do Estado promover, divulgando e fornecendo os meios necessários, e dos operadores jurídicos estimular, esclarecendo a população, a difusão e utilização dos meios adequados de resolução de disputas.

O procedimento comum no NCPC está organizado em duas fases. A primeira fase é de esforço para a resolução consensual da disputa. Apenas se não for possível a solução consensual, o processo seguirá para a segunda fase, litigiosa, voltada para instrução e julgamento adjudicatório do caso.

A primeira fase será conduzida pelo mediador ou conciliador, sem a participação direta do juiz. Distribuída a petição inicial, o juiz verificará o preenchimento dos seus requisitos e, não sendo caso de improcedência liminar, determinará a realização de uma audiência de mediação ou conciliação, designada com antecedência mínima de 30 (trinta) dias. A audiência será de mediação nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, e de conciliação quando inexistir tal vínculo (art. 165, §§ 2.º e 3.º, do CPC (LGL\1973\5)/2015).

O réu será citado para comparecer à audiência de conciliação ou mediação – e não para contestar, como ocorria no Código antigo. O réu não apresentará sua contestação até que todos os esforços para a solução consensual do litígio tenham sido adotados. O objetivo é evitar o agravamento do conflito, decorrente da apresentação da resposta do réu.

A realização da audiência de mediação ou conciliação é a regra para o procedimento comum e a presença das partes é obrigatória. A ausência injustificada de qualquer das partes, que devem estar acompanhadas por advogados, representa ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionada com a multa, pelo juiz, de até 2% da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado. A parte poderá constituir preposto ou mandatário com poderes específicos para negociar e transigir.

Apenas excepcionalmente a audiência não será realizada. Para que não se realize a

audiência é preciso que o direito não seja passível de autocomposição ou que as duas partes manifestem o desinteresse na sua realização. As partes têm que expressamente requerer por escrito para que a audiência não seja realizada. Caso exista litisconsórcio, será necessário que todas as partes manifestem o desinteresse na realização da audiência para que ela seja dispensada. Basta uma delas não se pronunciar ou requerer sua realização, que será designada audiência.

Como se vê, no NCPC a audiência de mediação e conciliação é a regra e apenas excepcionalmente não será realizada. O objetivo é implementar efetivamente o modelo multiportas e levar as partes a terem efetivo contato com as técnicas de negociação assistida, propiciando a efetiva solução adequada dos conflitos.

A audiência deve ser realizada no centro judiciário de solução consensual de conflitos (art. 165 do CPC (LGL\1973\5)/2015). A audiência será conduzida pelo mediador ou conciliador, sem a participação, presença ou conhecimento do juiz em relação ao que for dito, discutido e apresentado.

A audiência não deverá ser realizada na vara ou serventia judicial. Ela deve ser conduzida em um centro judiciário de solução consensual de conflito, que pode ser mantido pelo Poder Judiciário ou pertencer à instituição privada credenciada. O objetivo é que a audiência de mediação ou conciliação seja realizada em um local adequado, informal, que permita que as partes se sintam confortáveis para negociar francamente sobre o caso.

Além disso, para as ações de família, a audiência de mediação será obrigatória. A especificidade do procedimento especial das ações de família é justamente a obrigatoriedade do esforço de resolução consensual.⁵ Realmente, nenhum terceiro, estranho ao núcleo familiar, pode resolver o conflito melhor que os próprios envolvidos. As relações e conflitos familiares são exemplos típicos para os quais o julgamento impositivo não consegue adequadamente responder aos reais interesses dos envolvidos.

3. A implementação dos meios alternativos: os desafios

O modelo multiportas é essencialmente democrático e participativo. Ele parte da noção de empoderamento e de que o cidadão deve ser o principal ator da solução de seu conflito. No processo civil tradicional a parte é um sujeito passivo, que não se manifesta ou atua no processo. De modo geral, apenas fala através de seu advogado, por petições escritas. No modelo multiportas ela tem a chance de falar diretamente, de expor suas preocupações, objetivos e interesses, para que possa diretamente construir a solução de seu conflito. Adotar este modelo é uma alteração na própria lógica tradicional de atuação do Poder Judiciário perante a sociedade. As perspectivas que se descortinam têm sentido e alcance democrático.

Do ponto de vista teórico, embora a opção por um modelo de audiência de mediação “quase-obrigatória” seja passível de críticas, o NCPC criou um desenho adequado para a implantação do modelo multiportas no Brasil. Contudo, a lei, por si só, não basta. Ela não é capaz de efetivamente implantar o modelo no país. É preciso avançar em diversos sentidos.

Não é fácil o caminho para o bom funcionamento dos mecanismos adequados de resolução de disputas de maneira integrada ao processo adjudicatório tradicional. Há uma resistência velada e uma dificuldade de implantação desses mecanismos, além da inadequada formação do profissional jurídico para lidar com uma maneira de encarar o conflito que não foca apenas na solução jurídica, mas nos diversos interesses dos envolvidos.

Em outras palavras, há desafios de ordem (a) estrutural; (b) educacional; e (c) cultural a serem superados para que o modelo multiportas possa vir a ser efetivamente implantado e exitoso no Brasil.

3.1 O desafio estrutural

O NCPC prevê que todos os casos transacionáveis, exceto aqueles em que ambas as partes expressamente se manifestem em sentido contrário, serão submetidos à fase de esforço de resolução consensual da disputa. A audiência de mediação ou conciliação será designada pelo juiz e será realizada nos centros judiciários de solução consensual de conflitos ou, ainda, em câmaras privadas de conciliação e mediação, cadastradas junto aos Tribunais.⁶

É preciso criar toda a estrutura física para recebimento de todos os processo judiciais! É necessário criar, montar, estruturar os centros judiciários e estabelecer os parâmetros e critérios para a habilitação e credenciamento dos centros privados de mediação e conciliação que desejem manter convênio com o Poder Judiciário.

É necessário contratar pessoal, organizar rotinas, conceber os serviços. Há um desafio de ordem física e gerencial a ser enfrentado pelos tribunais, para que o modelo legal seja implantado.

No modelo do NCPC, a audiência de mediação ou conciliação, não será realizada nas varas judiciais, mas em um espaço próprio, pensado e adequado para um momento informal e capaz de colocar as partes em uma situação confortável para a negociação e empoderamento.

É preciso, entretanto, construir (no sentido físico e literal) tais locais na grande maioria dos fóruns do Brasil. Não basta construir o espaço, é preciso designar servidores, criar infraestrutura de abastecimento, de tecnologia da informação, organizar as rotinas e procedimentos. Há, como se vê, um grande caminho a ser percorrido até que os centros judiciários de solução consensual de conflitos venham a efetivamente existir e funcionar adequadamente.

Por outro lado, é preciso definir as regras para credenciamento de mediadores, conciliadores e instituições privadas que, em parceria com o Poder Judiciário, desenvolverão essas atividades.

Não há como conceber o adequado funcionamento do procedimento comum no NCPC, sem a criação da estrutura e condição adequadas para absorver a demanda por seções ou audiências de mediação e conciliação.

3.2 O desafio educacional ou de formação

O desafio educacional ou de formação é duplo. Precisa-se preparar os operadores jurídicos desde a faculdade e é indispensável, de imediato, educar os operadores jurídicos e treinar e capacitar adequadamente os mediadores e conciliadores para que desenvolvam o seu mister.

É preciso formar profissionais habilitados e capazes de conduzir adequadamente uma negociação, com ou sem a participação de um terceiro facilitador. É preciso urgentemente reformular o ensino nas faculdades de Direito.

Ainda são poucas as faculdades de Direito que oferecem as disciplinas relativas aos meios adequados de resolução de disputas como parte de suas grades curriculares. As aulas de processo, por outro lado, de modo geral, estão ligadas à exegese e análise do próprio Código de Processo Civil (LGL\1973\5). Há uma deficiência de formação do profissional jurídico. Os alunos aprendem a litigar, mas não são ensinados a negociar adequadamente, a partir de uma compreensão das circunstâncias, das necessidades reais e análise jurídica dos possíveis desfechos do caso.

As faculdades de Direito, permeadas pelo paradigma legalista e cientificista, passam ao aluno a noção de que o conflito é, para o direito e para o jurista, um problema exclusivamente jurídico, a ser resolvido com a aplicação da lei. Nessa perspectiva

tradicional, que o NCPC busca superar, ao Judiciário não importa o conflito, mas, tão somente, resolver a lide processual. Este é um paradigma arraigado em nosso Direito e no processo civil.

É curioso observar que num curso como o de Direito, em que os profissionais trabalham eminentemente tentando convencer uns aos outros, não exista, no Brasil, espaço nas grades curriculares para o ensino dos valores, técnicas e habilidades da negociação, diretamente ou com o apoio de mediadores e conciliadores, e dos fundamentos do instituto da arbitragem. Trata-se de uma lacuna notável nos cursos jurídicos.

Negociar é parte da vida humana, não há atuação humana sem negociação.⁷ Nas profissões jurídicas isso é agudizado. Os profissionais jurídicos não apenas negociam para si, mas o fazem para os outros, sempre há o esforço pelo convencimento e pela persuasão.

É necessária a reformulação das grades dos cursos jurídicos. Para que as potencialidades propiciadas pelo modelo multiportas possam ser adequadamente exploradas é preciso formar os bacharéis para que conheçam as técnicas de negociação e que sejam aptos para a atuação em sessões ou audiências de mediação e de conciliação.

A própria disciplina tradicional de Teoria Geral do Processo precisa ser readequada para que apresente os elementos da Teoria Geral da Resolução de Disputas. Não se trata de uma mudança meramente semântica. É preciso que, desde a introdução do conteúdo processual, sejam apresentados os possíveis desfechos de uma demanda e a percepção de que há mais em qualquer conflito do que uma análise puramente jurídica, de que é preciso identificar os interesses subjacentes para que se possa, adequadamente, estabelecer uma estratégia para a resolução do conflito, contemplando a diversidade de técnicas e meios disponíveis.

Em suma, é preciso aprofundar o movimento que já se observa de inclusão das disciplinas de negociação, mediação e conciliação nos currículos das faculdades de direito e, igualmente, introduzir nas grades a disciplina da arbitragem.

Além disso, é preciso atualizar e (re)educar os profissionais que já estão formados. O NCPC exige uma formação mínima para o cadastro dos mediadores ou conciliadores que atuarão vinculados ao Poder Judiciário. É preciso que o mediador ou conciliador se submeta a curso realizado por entidade credenciada, conforme parâmetro curricular definido pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça, para que possa se inscrever no cadastro nacional e no cadastro de Tribunal de Justiça ou de Tribunal Regional Federal (art. 167, § 1.º, do CPC (LGL\1973\5)/2015).⁸

Sem dúvida, trata-se de uma boa medida para garantir uma mínima capacitação daqueles que conduzirão as audiências judiciais de mediação ou conciliação.

Tal medida, contudo, é claramente insuficiente. Não basta formar os mediadores e conciliadores: é preciso habilitar e preparar todos os profissionais jurídicos. É preciso preparar os advogados para o seu papel durante o esforço de resolução consensual de um conflito e para que possam, adequadamente, aconselhar os seus clientes sobre as possibilidades e caminhos de resolução que podem ser adotados. Este é um dever do advogado⁹ e uma norma fundamental do processo civil brasileiro (art. 3.º, § 3.º, do CPC (LGL\1973\5)/2015).

Os advogados ainda são vistos com personagens que, por vezes, dificultam a negociação e o acordo de seus clientes, por uma série de motivos, incluindo a maneira como, muitas vezes, é feita a contratação de honorários advocatícios. É preciso habilitar o advogado para o novo cenário que se descortina pela centralidade do seu papel enquanto agente conhecedor do caso e dos interesses de seu cliente. Como agente apto a melhor analisar as potencialidades do caso e a estabelecer os limites da negociação.¹⁰

O advogado precisa perceber que continua atuando na defesa do melhor interesse de

seu cliente. Entretanto, para fazê-lo, não precisa necessariamente ganhar a causa, mas encontrar a melhor saída para o caso. Nem sempre ganhar o processo é o melhor para o interesse do cliente; pode ser ou não. O advogado precisa ser capaz de avaliar as reais possibilidades do caso e, em conjunto com o cliente, discutir as soluções possíveis e desejáveis.¹¹

É preciso, igualmente, preparar os servidores do Judiciário, juízes e membros do Ministério Público para o papel da mediação e da conciliação no processo civil e sobre as funções que devem desenvolver.

Sem a formação dos profissionais jurídicos, a previsão de uma fase inicial no processo civil brasileiro de esforço de resolução consensual do caso, com a designação de uma audiência própria para isso, corre o risco de virar “letra morta” ou, pior, tornar-se uma etapa ritual sem sentido.

3.3 O desafio cultural

O desafio cultural, talvez, seja o de mais difícil enfrentamento. Ele decorre de uma percepção arraigada e distorcida que se construiu sobre os meios consensuais de resolução de disputas. Em outras palavras, o desafio cultural passa pela quebra de um “pré-conceito” que envolve a visão corrente sobre os meios consensuais.

Certamente a expressão “desafio cultural” remete a um espectro demasiadamente amplo de enfoques. Contudo, há, dos vetores que são particularmente preocupantes: (a) a noção de que a solução consensual é uma “justiça de segunda linha”; (b) a ideia de que os meios consensuais devem ser implantados para ajudar a “desafogar” o Poder Judiciário.

O desafio cultural está diretamente relacionado ao desafio educacional. O que é desconhecido repugna-se. O desconhecimento sobre as possibilidades e técnicas de solução consensual de litígios gera uma visão, equivocada, de que elas seriam uma justiça de segunda linha.¹²

Na verdade, este tipo de pensamento revela uma concepção estatista, e mesmo autoritária, de Direito e de processo. As partes seriam incapazes de resolver os seus próprios problemas, dependeriam sempre da intervenção do Estado¹³ para encontrar uma solução justa.

Evidentemente, é desejável um processo judicial adjudicatório célere e efetivo e existem casos que só podem ser adequadamente tratados através de uma decisão impositiva (basta pensar na situação em que uma das partes simplesmente se recusa a negociar ou nas implicações criminais de um caso). Reconhecer a importância dos meios consensuais de resolução de disputas em nada significa desconhecer a relevância do processo adjudicatório.¹⁴

A noção discursiva subjacente de que as partes necessariamente desistem de alguma coisa ao transacionar ou ao construir uma solução negociada é equivocada. As partes certamente poderão encontrar uma solução distinta daquela que seria obtida pelo julgamento impositivo, mas isso não significa, necessariamente, que desistem de algo; apenas que elas construíram um desfecho diferente. A questão passa pela premissa filosófica sobre o que é uma solução justa.¹⁵

O paradigma racionalista¹⁶ e legalista impõe a noção de que a aplicação do Direito retornaria as partes a uma situação de justiça, turbada pela prática de um ato ilícito. Sob este viés, apenas o julgamento impositivo, aplicando a lei, é que seria capaz de encontrar a solução certa para o caso.

Evidentemente, tal concepção é distorcida. Primeiramente por não existir uma e somente uma solução juridicamente correta para um dado caso, como pretendia o racionalismo moderno. Em segundo lugar, a negociação (e as técnicas que lhe facilitam)

não trabalha exclusivamente com a noção de direito ou num código binário de licitude e ilicitude. Pelo contrário, ela lida com a noção de interesses, o que pressupõe a análise mais ampla do conflito e de seus desdobramentos. Ela lida, portanto, com uma série de externalidades em relação ao conflito puramente jurídico. Por isso, é possível construir uma solução que não é do tipo perde-ganha e que poderá ser substancialmente distinta daquela obtida pelo julgamento.

Não é o simples fato de se encontrar uma solução diferente daquela que se obteria pelo julgamento impositivo que significa que as partes perdem algo ao transacionar. Tal visão é reducionista. Rigorosamente, encontra-se ou constrói-se algo distinto, lidando-se com as externalidades que incidem sobre o caso.

Além disso, é necessário desenvolver a percepção de que as técnicas de apoio à solução consensual de conflitos funcionam de maneira distinta e, até certo ponto, independente da fase litigiosa. O risco ao se institucionalizar a mediação e a conciliação em uma etapa do processo judicial é que esses métodos venham a ser contaminados pela percepção litigiosa e legalista do conflito.¹⁷ Isso, naturalmente, desvirtua uma das principais possibilidades abertas pelas técnicas de negociação assistida: encontrar uma solução diferente daquela que se encontraria pelo julgamento impositivo.

A noção de alternatividade está vinculada à concepção de que o processo adjudicatório estatal é "o" meio de resolução de disputas, os outros são alternativas a este. Essa visão é própria da identificação paradigmática entre direito e lei, o paradigma racionalista, próprio da modernidade, de um direito ideal(izado) a ser aplicado enquanto abstração.

A lei não está ausente dos processos de mediação e conciliação (e nem mesmo na negociação direta entre as partes). Pelo contrário, ela representa fortemente uma baliza para as negociações, particularmente quando as partes estão assistidas por advogados. Por isso, diz-se que as partes barganham na sombra da lei.¹⁸ As prescrições legais influenciam de maneira determinante o comportamento das partes no processo negocial. O desfecho decorrente de uma mediação ou a transação obtida não está à margem da lei, ao contrário é reconhecido juridicamente e o seu próprio teor sofre uma influência da legislação estatal.

Isso tudo, naturalmente, influencia e deve ser levado em consideração pelo mediador, em sua atuação de facilitar a negociação. Embora ele não deva induzir as partes a um dado desfecho, ele deve, em atenção ao princípio da decisão informada, esclarecer as partes sobre as implicações do caso, inclusive as repercussões jurídicas. Por isso, ele deve considerar o possível desfecho do caso, na hipótese de julgamento impositivo, para adequadamente esclarecer as partes.¹⁹

O resultado de um processo consensual de resolução de disputas não é, nem precisa ser, uma cópia da sentença que se obteria no processo adjudicatório. São processos diferentes, com lógicas diferentes. A condução adequada de um processo de solução consensual pode levar a uma solução muito mais satisfatória para as partes, por envolver consenso e aceitação e por trabalhar sobre a disputa e o conflito e não sobre a lide.

É preciso alterar a percepção que se tem dos meios consensuais. Muitas das críticas que recaem sobre o estímulo ao uso dos meios alternativos de resolução de disputas versam sobre o risco das partes serem forçadas a transigir. A crítica recai sobre a distorção. Se há coação não há consenso, nem vontade livre. A crítica análoga seria dizer que a sentença e o processo judicial tradicional não traz justiça, pois os juízes podem ser subornados. Se há juízes corruptos, que sejam punidos, mas isso não diminui em nada a importância do processo adjudicatório, considerado em si mesmo.

Entretanto, há uma preocupação na implementação dos mecanismos adequados de resolução de disputas no ambiente judiciário que merece uma reflexão: é a alegação corrente de que a mediação e a conciliação importarão em celeridade processual e trarão economia de recursos.²⁰

Tal concepção é perigosa e potencialmente prejudicial ao próprio desenvolvimento dos mecanismos adequados de resolução de disputas.²¹ A implementação de centros judiciários e a difusão dos mecanismos adequados de resolução de disputas pode até trazer a consequência de reduzir o volume de processos judiciais. Mas esse não pode ser o motivo e a razão para a adoção do modelo multiportas.

O que se deve procurar é a construção de um espaço dialético que estimule a resolução da disputa. Deve-se mediar e conciliar para encontrar uma composição dos interesses, não para evitar que processos sejam julgados. Há uma grande diferença entre o entrelaçamento construtivo, que pressupõe diálogo e alternativas e a massificação que ocorre em muitos "mutirões de conciliação".²²

O foco na implementação dos meios adequados de resolução de disputas deve estar em oferecer um melhor sistema de Justiça Civil, mais amplo e completo. Um sistema de Justiça que seja capaz de entender as demandas sociais e a complexidade envolvida em cada conflito e oferecer alternativas de tratamento. Os meios adequados de resolução de disputa não são a solução para os problemas do processo judicial, são uma complementação do sistema de Justiça Civil.

4. Conclusões: enfrentando os desafios

O NCPC, consolidando o caminho que timidamente já se trilhava no Brasil, adotou uma estrutura procedimental multiportas, com a previsão da realização de audiências de mediação ou conciliação em um formato "quase-obrigatório". É um modelo interessante e que poderá ter um impacto significativo e positivo no sistema brasileiro de Justiça Civil.

Entretanto, lembrando o poema "Nosso Tempo" de Carlos Drummond de Andrade: "As leis não bastam. Os lírios não nascem da lei", há muito o que ser feito para que o sistema multiportas possa minimamente funcionar no país. É preciso investimento público em larga escala. Está-se falando em, virtualmente, todos (ou grande parte) dos processos judiciais transacionáveis serem direcionados para mediação ou conciliação. É preciso construir os espaços onde serão conduzidas as audiências, é preciso capacitar pessoal e, além de tudo isso, criar um ambiente favorável e com uma percepção adequada sobre os métodos e técnicas de solução consensual de disputas.

Não é suficiente a alteração legislativa. Na verdade, se os desafios não forem enfrentados, rápida e energicamente, há o sério risco do modelo multiportas virar "letra morta" ou, por não se conseguir sequer acolher a demanda decorrente do número de casos judiciais encaminhados para mediação ou conciliação, entravar o funcionamento do Poder Judiciário.

1 VASCONCELOS, Carlos Eduardo. Mediação de conflitos e práticas restaurativas. 3. ed. São Paulo: Método, 2014. p. 80-81.

2 GOUVEIA, Mariana França. Curso de resolução alternativa de litígios. Coimbra: Almedina, 2011. p. 28.

3 Cf. CARNEIRO, Athos Gusmão. A conciliação no novo Código de Processo Civil (LGL\1973\5). vol. 2. p. 95-96. Revista de Processo. São Paulo: Ed. RT, 1976.

4 GRINOVER, Ada Pellegrini. Conciliação e mediação endoprocessuais na legislação projetada. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. vol. 13, n. 91, p. 71-77. São Paulo: IOB, set.-out. 2014.

5 CUNHA, Leonardo Carneiro da. Procedimento especial para as ações de família no

Projeto do novo Código de Processo Civil (LGL\1973\5). In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe de; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o Projeto de novo Código de Processo Civil (LGL\1973\5)*. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 31-32.

6 VASCONCELOS, Carlos Eduardo. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. 3. ed. São Paulo: Método, 2014. p. 88.

7 FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Getting to yes: negotiating agreement without giving in*. 3. ed. Londres: Penguin Books, 2011. p. xxvii.

8 Sobre diretrizes para capacitação vide: VASCONCELOS, Carlos Eduardo. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. 3. ed. São Paulo: Método, 2014. p. 68-76.

9 BLAKE, Susan; BROWNE, Julie; SIME, Stuart. *A practical approach to alternative dispute resolution*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 36-38.

10 MNOOKIN, Robert H.; PEPPE, Scott R.; TULUMELLO, Andrew S. *Beyond winning: negotiating to create value in deals and disputes*. Cambridge: Harvard University Press, 2000. p. 93-94.

11 BROWN, Henry; MARRIOTT, Arthur. *ADR: principles and practice*. Londres: Sweet & Maxwell, 2011. p. 405.

12 WALKER, Janet; FRICKER, Nigel. *Alternative dispute resolution – State responsibility or second best?* *Civil Justice Quarterly*. vol. 13, p. 48-49. Londres: Sweet & Maxwell, 1994.

13 Sobre a apropriação estatal da resolução de disputas, vide: MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 57 e ss.

14 Tal ponto é percebido pelo próprio Frank Sander, um dos principais pensadores do modelo multiportas de processo. In: SANDER, Frank; ALLEN, H. William; HENSLER, Deborah. *Judicial (mis)use of adr? A debate*. *University of Toledo Law Review*. n. 27, p. 893. Toledo: University of Toledo, 1996.

15 MENKEL-MEADOW, Carrie. *Pursuing settlement in an adversary culture: a tale of innovation co-opted or “the law of ADR”*. *Florida State University Law Review*. vol. 19, n. 1, p. 12. Tallahassee: FSU.

16 Sobre o tema: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

17 MENKEL-MEADOW, Carrie. *Pursuing settlement in an adversary culture: a tale of innovation co-opted or “the law of ADR”*. *Florida State University Law Review*. vol. 19, n. 1, p. 17-18. Tallahassee: FSU.

18 Mnookin e Kornhauser, no final da década de 1970, publicaram um texto, hoje célebre, sobre como a sombra da lei influencia a tomada de decisão num processo de negociação (ainda que assistida por um terceiro, como ocorre na mediação) em uma fase pré-processual. Vide: MNOOKIN, Robert. H.; KORNHAUSER, Lewis. *Bargaining in the shadow of the law: the case of divorce*. *Yale Law Journal*. vol. 88. New Haven: Yale University, 1979.

19 MUNROE, Carla E. *Court-based mediation in family law disputes: an effectiveness rating and recommendations for change*. *Probate Law Journal*. vol. 13, p. 131.

20 Na verdade, estudos demonstram que a institucionalização da mediação no ambiente judicial nos Estados Unidos levou à uma relação complexa entre a mediação e o julgamento impositivo, alterando a percepção dos juristas e jurisdicionados sobre o papel da mediação ligada ao Poder Judiciário. Vide: BUSH, Robert A. Baruch. Staying in orbit, or breaking free: the relationship of mediation to the Courts over four decades. North Dakota Law Review. vol. 84, n. 3, p. 705-708. Grand Forks: UNDSL, 2008.

21 PRESS, Sharon. Institutionalization: savior or saboteur of mediation? Florida State University Law Review. vol. 24, n. 4, p. 904-906. Tallahassee: FSU, 1997.

22 PINHO, Humberto Dalla Bernardino; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. O papel da mediação no século de vocação da jurisdição e no (re)dimensionamento da democratização do processo civil. In: SPENGLER, Fabiana Marion; PINHO, Humberto Dalla Bernardino (orgs.). Acesso à justiça, jurisdição (in)eficaz e mediação: a delimitação e a busca de outras estratégias na resolução de conflitos. Curitiba: Multideia, 2013. p. 172.