

Samuel Saliba: Mediar ou não mediar, eis a questão

A famosa frase de Hamlet, de William Shakespeare, trata de uma hesitação da personagem, que não sabe o que fazer. Questiona-se: "*Será mais nobre sofrer na alma pedradas e flechadas do destino feroz ou pegar em armas contra o mar de angústias — E combatendo-o, dar-lhe fim?*". (FALCÃO, 2021, p. 297-



Essa dualidade, que de certa forma torna atemporal a obra —

e humaniza as personagens —, pode facilmente ser transposta para o Brasil contemporâneo, quando observamos que a cultura do litígio (infelizmente) ainda impera por sobre a cultura da mediação, a despeito de uma série de tentativas — sobretudo legislativas — em sentido contrário.

Oppitz (2020, p. 138) aponta que "*não obstante todas as vantagens e os progressos feitos a partir da Resolução 125/2010 do CNJ [1], os métodos consensuais de solução de conflitos ainda são desacreditados ou subutilizados*", "*especialmente no que diz com a mediação*". E Scuro Neto (2021) nos apresenta que "*em 2019*" teria havido "*conciliação somente em 12,5% dos processos*", inobstante o aumento, no âmbito da Justiça estadual, "*do número de Centros Judiciários de Resolução de Conflitos e Cidadania: de 362 (2014) para 1.284 unidades em 2019*".

A partir da Constituição Federal de 88, e da inafastabilidade da jurisdição (Brasil, 1988), verificou-se um grande aumento na procura pelo Judiciário, que se tornou "*o locus mais democrático para composição dos conflitos de interesses, disponibilizando amplo acesso*" para a população. (Mandarino; Freitas, 2015, p. 349-350; Guazzelli, 2021; Oppitz, 2020, p. 127).

Isso provocou a atuação do Legislativo, notadamente com as leis 8.952/94 e 9.245/95, tendentes a alteração do CPC/73, para atualizá-lo diante da CF/88, além da Lei 9.099/95, que instituiu os juizados especiais cíveis e criminais. Mesma coisa quanto à lei sobre arbitragem, dos juizados especiais federais e juizados especiais da Fazenda Pública: vieram na tentativa de, por meio da *promoção da autocomposição*, assegurar que o Judiciário ficasse com as demandas envolvendo questões mais complexas, notadamente envolvendo direitos indisponíveis, crimes graves etc., bem como naqueles casos onde após *efetiva* tentativa de composição as partes não conseguiram chegar a um acordo.



Refere o ministro do STJ Humberto Martins (2019), no ponto, que *"buscar soluções consensuais não significa que os conflitos que não forem resolvidos ou não puderem ser resolvidos fora da via judicial estarão excluídos da apreciação do Judiciário"*, pois o Direito de ação deve ser respeitado, bem assim questões jurídicas e/ou probatórias complexas, além de partes hipervulneráveis, entre outros fatores que mantêm indene a jurisdição [2].

A coroação desse movimento veio com o CPC/2015, que em diversos dispositivos — e de forma expressa — valoriza os métodos consensuais de solução de conflitos. Idem quanto à Lei 13.140/15, que *"dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública"*.

E inobstante a crise do/no Direito, bem assim da/na dogmática jurídica, de modo que no cenário da 4ª Revolução Industrial (Pinto, 2019, p. 129) há natural — e cada vez mais rápida — obsolescência dos textos normativos, fazendo com que elas, as leis, padeçam de baixa efetividade; necessária a valorização dos códigos e demais diplomas, como medida de respeito ao Direito (Streck, 2014, p. 165) produzido no seu *locus* mais adequado, o Parlamento (Pinto, 2019, p. 57).

Assim, importante a difusão da mediação, e também da conciliação, não apenas na comunidade jurídica, para que com a naturalização de tais práticas ingressem em nossa cultura e as pessoas, na dúvida, *tentem* a composição. Essa é a intenção do presente ensaio.

O ministro do STJ Joel Paciornik e colaboradores demandam que tanto a mediação quanto a conciliação objetivam *"a resolução da lide, trazendo a possibilidade de ganhos mútuos e materializando em maior medida os pilares da celeridade e eficácia processual"*. Sua utilização, dizem, *"traz uma série de vantagens, tanto para as partes, como para o sistema de Justiça, dentre elas a redução na sobrecarga dos tribunais e das altas despesas com os litígios, além da melhora na entrega da prestação jurisdicional, com análise acurada das questões profundas envolvendo os litígios"*. (apud Saliba, 2021). Destacam a *"maior celeridade e maior ânimo de cumprimento do objeto material, em razão de se tratar de um acordo de vontades"*, bem como o aumento de interesse das partes, *"que passam a assumir o protagonismo na resolução de seus conflitos"*. (apud Saliba, 2021).

No ponto, importante destacar que a própria lei, ao mesmo tempo em que preconiza que *"a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados"*, as diferencia quanto à (in)existência de relação entre as pessoas interessadas, e, assim, quanto à (forma de) participação da pessoa facilitadora. (Oppitz, 2020, p. 129).

Diz o CPC/15 que a pessoa *conciliadora* atuará, preferencialmente, *"nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes"*, podendo *"sugerir soluções para o litígio"*, observadas as cautelas para que haja voluntariedade. A pessoa *mediadora*, por seu turno, *"atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes"* — e sua função será de prestar-lhes auxílio na compreensão das questões e interesses em conflito, de modo que possam, *"pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si (...), soluções consensuais que gerem benefícios mútuos"*. (Brasil, 2015).



Refere Oppitz (2020, p. 129) que a *mediação* ser mostraria mais adequada quando houvesse "uma relação interpessoal" entre as pessoas envolvidas, e a *conciliação* se mostraria "*suficiente para resolver questões*" envolvendo "partes" sem "*vínculo interpessoal ou a intenção de estabelecê-lo*".

Riskin (1996, p. 35), tratando das técnicas de mediação, diferenciando conforme acima, refere um papel de *avaliação* e outro de *facilitação*, a depender da definição do conflito, se mais restrito ou mais amplo. Nos diz ele que em ambos os casos há uma terceira pessoa, imparcial e sem autoridade para *imposição* de uma solução, que auxiliaria as partes a resolverem um conflito ou planejarem uma transação. (Riskin, 1996, p. 8 e 11).

Assim, dependendo do espectro do conflito, se mais estreito (baseado em posições) ou largo (baseado em interesses), a pessoa *mediadora avaliadora*, tal como a pessoa conciliadora nos termos do nosso CPC, poderá estimular as partes a acordarem, propor acordos, prever consequências de processos judiciais, e avaliar pontos fracos e fortes de cada lado, bem assim prever impactos — nos seus interesses — no caso de não composição e conscientizar as partes acerca dos seus interesses. (Riskin, 1996, p. 35).

Conforme o autor, a pessoa mediadora avaliadora, ao fornecer avaliações, previsões ou orientações, remove parte da carga de tomada de decisão das partes e de suas pessoas advogadas, tornando — em alguns casos — mais fácil para que cheguem a um acordo. (Riskin, 1996, 44).

A pessoa *mediadora facilitadora*, diferentemente, *auxilia* as partes na avaliação, desenvolvimento e troca das propostas (baseadas em posições ou interesses, dependendo do espectro do conflito), bem como opções baseadas em interesses e o seu entendimento, e as *questiona* sobre os efeitos da não composição e da judicialização da questão, além dos seus pontos fracos e fortes. (Riskin, 1996, p. 35).

A abordagem facilitadora, diz Riskin (1996, p. 45), oferece muitas vantagens, notadamente se as partes são capazes de entender os interesses de ambos os lados ou desenvolver soluções potenciais, de modo que terão, com suas pessoas advogadas, um maior sentimento de participação e controle sobre a resolução do conflito. Poderão ajustar a definição do problema e qualquer acordo resultante, a fim de atender aos seus interesses, o que lhes ofereceria maior potencial para educação quanto suas próprias posições, interesses e situação.

Todavia, que se as pessoas em conflito não tiverem conhecimento suficiente ou capacidade de desenvolvimento de propostas ou negociação, umas com as outras, essa abordagem — *facilitadora* — apresentaria riscos, além de representar, caso mal conduzia, em desperdício de tempo se não atender aos interesses subjacentes, tanto no processo quanto no resultado. As pessoas participantes poderiam deixar de reconhecer questões ou interesses relevantes, para desenvolver totalmente opções ou para chegar a um acordo, tal como fariam com uma pessoa mediadora em uma abordagem mais *avaliativa* (Riskin, 1996, p. 46) — ou seja, a conciliação a partir do nosso CPC.



Conciliações e mediações, cada qual com sua própria racionalidade, procuram "não apenas solucionar a lide, mas o conflito subjacente", trazendo ganhos para todas as pessoas envolvidas, realizando o ideal de pacificação social; já que as soluções dadas por terceiras pessoas, especificamente pessoas magistradas [3], no mais das vezes, trazem fim apenas ao processo — deixando sem solução, como alerta Oppitz (2020, p. 127), "*o conflito subjacente ao judicializado*".

Nestas breves linhas procurou-se uma desmistificação desses importantes institutos autocompositivos (conciliação e mediação), alternativos à decisão judicial e que possuem grandes potencialidades, notadamente quanto à eficiência, para que, como referido acima, pela sua difusão, entrem na nossa cultura e todas as pessoas que precisem — eventualmente — litigar, na dúvida, efetivamente *tentem* a composição.

Referências bibliográficas

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 set. 2021.

BRASIL. Lei Federal n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 29 set. 2021.

FALCÃO, Fernanda Scope. Ser e não ser: as dualidades em Hamlet, leituras e (im)permanências — eis a questão! Contexto, Vitória, ES, n. 39, p. 38-71. 2021/1, p. 280-301. Disponível em: <https://periodicos.ufes.br/contexto/article/view/35858>. Acesso em: 29 set. 2021.

GUAZZELLI, Rafaela Junqueira. O uso de métodos alternativos na solução de conflitos na recuperação judicial. Revista Eletrônica Consultor Jurídico (ConJur), São Paulo/SP, 16 de agosto de 2021. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-ago-16/guazzelli-metodos-alternativos-solucao-conflitos-rj#_ftn3. Acesso em: 29 set. 2021.

MANDARINO, Renan Posella; Freitas, Maria Helena D'arbo Alves de. Ativismo judicial e judicialização da política da relação de consumo: uma análise do controle jurisdicional dos contratos de planos de saúde privado no estado de São Paulo. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, DF, v. 5, Número Especial, 2015, p. 347-360. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/3149>. Acesso em: 29 set. 2021.

MARTINS, Humberto. Pensar sobre os métodos consensuais de solução de conflitos. Revista Eletrônica Consultor Jurídico (ConJur), São Paulo/SP, 24 de junho de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-24/direito-civil-atual-pensar-metodos-consensuais-solucao-conflitos#sdfootnote5sym>. Acesso em: 29 set. 2021.



OPPITZ, Dulce Ana Gomes. Mediação e Conciliação: Eficácia na Solução dos Conflitos. *In* : BELINKEVICUS, Juciane. (Org). Práticas inovadoras na jurisdição: a experiência da Magistratura Gaúcha. Ajuris, Escola Superior da Magistratura, Núcleo de Inovação e Administração Judiciária; Tribunal de Justiça do estado do Rio Grande do Sul, Departamento de Suporte Operacional, Serviço de Impressão e Mídia Digital. V. 2. Porto Alegre/RS, 2020. Disponível em: <https://ajuris.org.br/wp-content/uploads/2021/05/praticas-invadoras-v2.pdf#page=128>. Acesso em: 29 set. 2021.

SALIBA, Samuel. Deixe-nos tentar mediar! Espaço Vital, 02 de setembro de 2021. Disponível em: <https://www.espacovital.com.br/publicacao-39268-deixenos-tentar-mediare>. Acesso em: 29 set. 2021.

PINTO, Samuel Saliba Moreira Pinto. O sistema de patentes como um possível elemento de limitação bioética para as nanotecnologias. 2019. 146 f. Dissertação (Mestrado em Direito) — Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2019. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/9330>. Acesso em: 29 set. 2021.

PINTO, Samuel Saliba Moreira. ADPF nº 291: tipologia decisória do STF e eficácia. JURIS – Revista Da Faculdade De Direito, Rio Grande, RS, v. 29, n. 2, 2019, p. 57—86. Disponível em: <https://periodicos.furg.br/juris/article/view/11146>. Acesso em: 29 set. 2021.

RISKIN, Leonard L. Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques: A Grid for the Perplexed, *Harvas Negotiation Law Review*, v. 1, n. 7, 1996, p. 7-51. Disponível em: <https://scholarship.law.ufl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1684&context=facultypub>. Acesso em: 29 set. 2021.

SCURO NETO, Pedro. Afinal, quem tem medo de acordo? *Revista Eletrônica Consultor Jurídico (ConJur)*, São Paulo/SP, 29 de janeiro de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jan-29/pedro-scuro-neto-afinal-quem-medo-acordo>. Acesso em: 29 set. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. A Crítica Hermenêutica do Direito e o novo Código de Processo Civil: apontamentos sobre a coerência e a integridade. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson. (Orgs.). Constituição, sistemas sociais e hermenêutica. Anuário do Programa de Pós Graduação em Direito da Unisinos. 1 ed. Porto Alegre/RS: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: UNISINOS, 2014.

[1] Resolução do Conselho Nacional de Justiça que "dispõe sobre a política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesse no âmbito do Poder Judiciário, trata a conciliação, a mediação e outros métodos consensuais como instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de demandas, *visto serem aptos a reduzir a judicialização, a interposição de recursos e a execução de sentenças*". (MARTINS, 2019, grifo do autor).

[2] Pensemos no sistema de Justiça criminal, que enquanto *garantia* afasta-se do modelo privatista do



processo civil.

[3] A arbitragem aproxima-se mais das alternativas autocompositivas, dado que a despeito de a decisão, a rigor, ser da pessoa árbitra, essa possui uma legitimidade que deriva da própria autonomia das partes. (GUAZZELLI, 2021).

Date Created

02/10/2021