

MODALIDADE DE MEDIAÇÃO
KAZUO WATANABE

O tema diz respeito às modalidades de mediação, as quais, inclusive, são várias. Antes das considerações do anteprojeto, discorrerei a respeito da tipologia dos meios de tratamento de conflitos e, em seguida, sobre a mediação especificamente.

Quando se fala em meios alternativos de solução de conflitos, os americanos, que usam o termo *ADR – Alternative Dispute Resolution*, têm uma visão, e os europeus, outra. Para os americanos, ao que pude apreender, os meios alternativos são todos aqueles que não sejam o tratamento dos conflitos pelo Judiciário. Nesses meios, incluem-se a negociação, a mediação, a arbitragem e, eventualmente, outros que possam ocorrer para o tratamento dos conflitos. Para alguns cientistas europeus, o meio alternativo é a solução pelo Judiciário, porque, historicamente, os conflitos foram solucionados pela sociedade sem a intervenção do Estado organizado, à época em que não havia ainda a força, um Estado bem organizado. De sorte que os meios normais eram a negociação, a mediação. Mais tarde, mesmo no sistema romano, percebemos que o juiz privado vem antes do juiz estatal. O juiz estatal só se institucionaliza na fase final da *cognitio extra ordinem*.

Essas considerações são relevantes apenas como dado informa-

tivo. O que importa é que, hoje, pelo menos no Brasil, temos um meio normal, usual, que é a solução pelo Poder Judiciário, pela autoridade do Estado, e os meios alternativos, ainda em fase de organização. Fala-se muito em arbitragem. A lei está sob questionamento perante o Supremo Tribunal Federal, mas já sabemos que a maioria dos Ministros está a favor da constitucionalidade. Hoje temos a proposta da Lei de Mediação, obrigatória nas causas cíveis.

Historicamente, no Brasil, foi sempre assim. Vamos remontar à história do Império. A Constituição do Império, de 1824, a primeira, promulgada dois anos após a nossa Independência, no seu art. 160, deixou dito o seguinte: *Nas causas cíveis e nas penais civilmente intentadas, poderão as partes nomear árbitros. Suas sentenças serão executadas sem recurso se, assim, o convencionarem as mesmas partes.*

A Constituição, expressamente, autorizava a arbitragem. Seu art. 161 dizia: *Sem se fazer constar que se tem intentado o meio de reconciliação, não se começará processo algum, e, sem se demonstrar que se tentou uma solução amigável, ninguém será admitido em juízo.*

Esse era o preceito constitucional da Constituição de 1824.

E dizia o art. 162 que para tal fim, ou seja, o das tentativas de reconciliação ou o de mediação: *Haverá juízes de paz, os quais serão eleitos pelo mesmo tempo e maneira por que se elegem os vereadores das Câmaras. Suas atribuições e distritos serão reguladas por lei.*

Assim, passa a existir, formalmente, a figura do juiz de paz, que já existia antes, sendo consagrada pela Constituição. Ao longo da nossa história constitucional, percebemos que essa Instituição veio sendo mantida, mas perdendo cada vez mais as suas atribuições; até que, no Regime Militar, perdeu completamente a função jurisdicional. Juiz de paz passa a ser mero juiz de casamento. Com a Constituição de 1988, a Instituição recupera as atribuições anteriores, mas, ainda, não vemos efeito prático dessa modificação.

Os historiadores dizem que a figura do juiz de paz foi uma concepção dos liberais contra os conservadores, pois, com essa Instituição, procuravam fazer face ao excessivo autoritarismo do Estado. Como todos os conflitos eram solucionados pelos funcionários do Judiciário, o juiz de paz, pessoa eleita pelo povo, portanto, teoricamente, de sua confiança, ao atuar, estaria quebrando um pouco do autoritarismo estatal. Por que, então, ao longo da história brasileira, essa

Instituição não se manteve? Há um trabalho de pesquisa, do Desembargador Miranda Rosa, do Rio de Janeiro, publicado pela *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio*, com o título: *Justiça de Paz: Uma Instituição Desperdiçada*, no qual mostra que, apesar de as instituições manterem essa figura, dando-lhe funções também jurisdicionais e, principalmente, função pacificadora, esta não sobreviveu no Brasil. Essa pesquisa foi feita em várias cidades do Rio de Janeiro, o que demonstrou não haver muita notícia positiva quanto ao trabalho do juiz de paz.

Esse resultado demonstra a cultura do povo brasileiro, muito dependente de autoridade, e os sociólogos procuram apontar tal característica. Não há sequer uma organização da sociedade em termos de um trabalho coletivo. Os meios alternativos de solução de conflitos necessitam de um terreno fértil para prosperar, que consiste, exatamente, na existência de uma mentalidade receptiva a esses modos de solução e de tratamento de conflitos.

Quando participei da elaboração do anteprojeto da Lei das Pequenas Causas, tive a oportunidade de visitar o Japão para ver o juizado de conciliação e também o Tribunal de Pequenas Causas de Nova Iorque. Percebi que, principalmente no Japão, existe uma cultura diferente; o que lá

funciona pode não funcionar no Brasil. É necessário considerarmos as bases culturais para pensarmos em uma estratégia mais adequada de tratamento dos conflitos de interesse. Para dar a dimensão da diferença entre Brasil e Japão, citarei um dado: o Japão tem uma população de 120 milhões de habitantes – o Estado de São Paulo tem 40 milhões de habitantes, quer dizer, 1/3 da população do Japão; são 150 mil advogados no Estado de São Paulo; o Japão tem 19 mil advogados para 140 milhões de pessoas. Não é verdade afirmar que o japonês não é conflituoso, basta estarem presentes dois japoneses para constituírem uma associação, e há conflitos, mas há mecanismos para solucioná-los.

Ouvindo a palestra de um professor japonês, fiquei impressionado com a sua afirmativa de que os meios informais de controle da sociedade são mais rigorosos que os meios formais. Os formais seriam: a Polícia, o Judiciário, o Ministério Público; os meios informais seriam: a família, a vizinhança, as escolas, os locais de trabalho etc. Esse rigor que existe na sociedade tem aspectos negativos certamente: no Japão, há muito mais suicídio de crianças do que no Brasil. Convenço-me, cada vez mais, que, sem pensarmos na organização adequada da sociedade, mas apenas em aprimorar processos, não estaremos resolvendo o problema de tratamento adequado dos

conflitos de interesses que ocorrem na sociedade.

Vejo os juizados de pequenas causas – que começaram como uma forma de permitir acesso mais fácil à camada mais humilde da população – como a experiência, em princípio combatida, que funcionou, sendo utilizada, hoje, como uma forma de solucionar a crise da Justiça e não para facilitar o acesso à Justiça pela população mais humilde.

Ampliaram a competência dos juizados sem que o Estado cuidasse de organizá-los e aparelhá-los melhor, bem como dar tratamento adequado para seus funcionários. Estamos presenciando – pelo menos observo isso no Estado de São Paulo –, em alguns juizados, a distribuição de senhas para atendimento, a formação de filas, transformando-se em uma espécie de “INPS” dos juizados. Todas essas instituições, essas formas de tratamento dos conflitos de interesse, devem ser pensadas e implementadas com essa preocupação fundamental e não com a preocupação de solucionar a crise da Justiça. Não é porque o Poder Judiciário está sobrecarregado de serviço que tentaremos descobrir formas de aliviar a carga. Tenho um grande receio de que a mediação venha a ser utilizada com esse enfoque e não com o maior, que seria dar tratamento adequado aos conflitos que ocorrem na

sociedade; não se pode pensar nela como uma forma de aliviar a sobrecarga a que o Judiciário está sendo submetido hoje, porque daremos à mediação o mesmo encaminhamento que estamos dando hoje aos juizados especiais.

Quando se trata de solução adequada dos conflitos de interesses, insisto em que o preceito constitucional que assegura o acesso à Justiça traz implicitamente o princípio da adequação; não se assegura apenas o acesso à Justiça, mas se assegura o acesso para obter uma solução adequada aos conflitos, solução temporária, que esteja bem adequada ao tipo de conflito que está sendo levado ao Judiciário.

Observa-se, na prática, que alguns conflitos, principalmente aqueles que ocorrem entre duas pessoas em contato permanente (marido e mulher, dois vizinhos, pessoas que moram no mesmo condomínio), exigem uma técnica de solução como a mediação, em virtude de se buscar nesses conflitos muito mais a pacificação dos conflitantes do que a solução do conflito, porque a técnica de hoje de solução pelo juiz, por meio de sentença, é uma mera técnica de solução de conflitos, e não uma técnica de pacificação dos conflitantes, ou seja, é um ponto extremamente importante para pensarmos em como instituir melhor a

mediação, inclusive discutindo o anteprojeto que está sendo publicado. Como exemplo, existe aquela história sobre o problema de dois vizinhos que brigam pelas bananeiras, que jogam água na parede do outro ou pelos galhos, e quando o caso é levado ao juiz, este profere a sentença, segundo a lei, determinando que os galhos sejam cortados ou não, dependendo da solução que ele entender mais adequada. Digamos que ele determine o corte dos galhos; no ano seguinte, o galho terá crescido e os vizinhos voltarão novamente ao tribunal para obter a solução do juiz sobre o mesmo conflito.

Se as partes não forem pacificadas, se não se convencerem de que elas devem encontrar uma solução de convivência, isto é, se a técnica não for a da pacificação dos conflitantes, e sim a da solução dos conflitos, as mesmas partes retornarão ao tribunal outras vezes. Então, existe diferença no tratamento de conflitos entre duas pessoas em contato permanente e entre aquelas que não se conhecem. Num batida de carro numa esquina qualquer, por exemplo, o problema, muitas vezes, resolve-se no pagamento de uma indenização; nessa hipótese, a solução do conflito resolve o problema, mas em outras nas quais as partes necessitem de uma convivência futura, continuada, há necessidade muito mais de pacificação do que de solução de conflito.

No anteprojeto que se discute, não se fez a distinção segundo a natureza dos conflitos, quer dizer, todos os de natureza cível, excluídos aqueles que estão enumerados no art. 5º, devem ter uma tentativa de negociação prévia ou incidental.

A respeito da modalidade de mediação determinada pelo juiz, obrigatória quanto à tentativa, mas não quanto ao mérito, a conciliação ou não é de inteira liberdade das partes. Eu, particularmente, estaria mais favorável à mediação determinada pelo juiz no curso de um processo, quando ele sente haver possibilidade de as partes se entenderem quando um terceiro intervier e fizer a mediação. Quanto a determinar que todas as causas cíveis tenham uma tentativa prévia ou incidental, tenho dúvida, que já manifestei aos membros da Comissão, até sugerindo que convertêssemos o julgamento em diligência para observarmos a experiência da Argentina, Colômbia e Estados Unidos, porém tenho receio de que se dermos a todos os conflitos, isto é, a todas as causas a serem ajuizadas ou já ajuizadas, a mesma necessidade de tentativa de mediação sem que haja uma indicação de que as partes queiram adotar essa solução amigável, há grande perigo de essa tentativa obrigatória virar um formalismo desnecessário. Digo isso porque participamos da reforma do Código de Processo Civil e procuramos, em rela-

ção ao processo ordinário, introduzir uma modificação no art. 331 do Código de Processo Civil, com o objetivo de fazer com que o juiz seja mais ativo antes do saneamento do processo, em face das partes, e, assim, estaria obrigado a fixar os pontos controvertidos, conversar com as partes e buscar a conciliação. Essa modificação foi introduzida para, realmente, fazer com que ele se envolvesse mais nessas técnicas de pacificação das partes, mas o que se percebe é que, na prática, dependendo da mentalidade ou da formação do juiz, ele está transformando esse procedimento numa mera formalidade; designa-se uma audiência para este fim, pergunta-se às partes se há ou não possibilidade de acordo; à negativa, ele profere o saneador e, depois, a instrução da causa, se for o caso.

Tenho receio de que o mesmo tratamento venha a ser dispensado em relação à mediação se não fizermos uma flexibilização na regra de obrigatoriedade da mediação, seja prévia ou incidental. Na verdade, o anteprojeto, ao disciplinar a mediação prévia, diz que ela é facultativa, isto é, se a parte quiser tentar a mediação antes de ajuizar a demanda, ela fará a solicitação, mas se não requerer a mediação prévia, haverá obrigatoriamente a mediação incidental. Diz o anteprojeto que, com exceção das hipóteses em que há pedido de antecipação de tutela

(vai para o juiz e, posteriormente à decisão do juiz, negando ou concedendo antecipação), é que haveria a mediação. O primeiro ato a ser praticado é o envio do processo para o mediador.

Em todas as causas, mesmo naquelas em que, às vezes, o juiz sente, já no contato com as partes, a possibilidade ou não de uma solução amigável, ou naqueles casos em que venha a sentir absoluta impossibilidade (naquele momento, pelo menos) de uma solução amigável, obtida pela intermediação de terceiros, pelo anteprojeto, há necessidade de tentativa de mediação. O processo seria enviado ao mediador. O anteprojeto, na sua versão mais moderna, fixa um prazo máximo de sessenta dias para a conclusão da mediação. De qualquer forma, é um tempo de espera razoável.

Como se fazer a adequação? Pelo tipo de conflito, às vezes, a mediação é extremamente importante; em outros casos, poderá não ser tão frutífera. Nos casos em que o juiz sentir que não está madura a idéia das partes quanto a essa tentativa, não sei se seria razoável exigir-se a tentativa obrigatória no início da causa. Prefiro escolher a solução dada pelo Direito norteamericano de, no momento em que o juiz sentir que há a possibilidade de acordo, mandar para um mediador. Tal solução existe também no Direito ja-

ponês: se o juiz sente a possibilidade de um acordo entre as partes, determina o envio do processo para o juizado de conciliação, que tentará, então, incidentalmente, no curso do processo, um acordo.

Leio alguns autores que tratam da mediação e da conciliação como meios alternativos e, às vezes, fico em dúvida se, na prática, ocorre realmente a diferença entre uma modalidade e outra.

A doutrina diz que a negociação se distingue da mediação e da conciliação, porque, na negociação, não há intervenção de terceiro, as próprias partes buscam a solução do conflito; na mediação e na conciliação, existe a interposição de terceiros. Na prática, às vezes, tenho dificuldade de fazer uma distinção precisa entre elas.

Teoricamente, creio ser possível fazer distinções: na mediação, o terceiro é neutro, procura criar as condições necessárias para que as próprias partes encontrem a solução, mas não intervém no sentido de adiantar alguma proposta de solução; na conciliação, isso não ocorreria, ou seja, a intervenção do terceiro é para interferir um pouco mais na tentativa de obter a solução do conflito, de apaziguar as partes, e, nesse momento, o conciliador poderá sugerir algumas soluções para o conflito. Porém, na prática, o

mediador oferece alguma sugestão quanto à solução do conflito. Seria uma figura de mediador/conciliador.

Não sei se existiria uma forma pura de mediação. O que está no anteprojeto, embora tenha o nome de mediação, é muito mais conciliação, porque é um terceiro que vai intervir para obter uma solução amigável do conflito. Seguramente ele adiantará algumas propostas e idéias quanto à solução do conflito.

Se quisermos uma mediação pura, o projeto terá de dizer isso claramente, bem como terá de preparar intensa e adequadamente os mediadores para dizer-lhes que não podem tentar a conciliação, mas a negociação. Não sei se, para efeito do objetivo buscado pelo anteprojeto – a solução de um conflito a ser instaurado em juízo ou de um conflito já instaurado –, a mera negociação seria suficiente. Tenho a impressão de que os mediadores acabarão fazendo a conciliação. Doutrinariamente podemos fazer essa distinção, mas não sei se, no anteprojeto, veremos a figura do mediador/conciliador.

Temos uma sociedade extremamente individualista. Se compararmos uma sociedade ocidental com uma oriental, esta – apontam os estudiosos – tem muito mais espírito coletivo do que aquela.

Se compararmos o Brasil com os Estados Unidos, por informações adquiridas pela leitura, a sociedade americana tem muito mais espírito coletivo. Talvez pela sua forma de viver em comunidade, percebemos que, naquelas pequenas comunidades americanas, existe o espírito comunitário, talvez por força da religião, da liderança comunitária.

Numa sociedade como a nossa, para lançarmos uma semente tão generosa como a da mediação, precisaríamos preparar muito bem o terreno e as nossas academias para que os futuros profissionais do Direito entrem no mundo prático com uma mentalidade mais compromissada com a sua atuação social.

Temos de tentar desenvolver cada núcleo comunitário em torno das idéias da pacificação social, senão todos esses projetos de mediação e de conciliação acabarão virando formalismo. Cedo ou tarde, se a experiência der certo, não faltará quem proponha a transformação disso como numa panacéia geral, como ocorreu – repito – em relação ao juizado de pequenas causas e aos juizados especiais, os quais hoje são vistos numa panacéia, ou seja, querem transformar todos os processos que temos hoje em juízos especiais de solução desses conflitos, e acabaremos, então, “matando a galinha dos ovos de ouro”.

Os juizados estão funcionando bem em relação à Justiça Federal – tenho a impressão de que essa nova lei que surgiu terá toda a possibilidade de êxito –, mas não se pode ampliar demais sua competência, porque acabaremos comprometendo o objetivo maior, o de acesso facilitado à Justiça a uma camada mais humilde da população.

A mediação tem de ser praticada como uma forma de pacificação da sociedade e não apenas como uma forma de solução de conflitos. Gostaria de deixar isso bem destacado para os juízes, advogados, promotores, enfim, para os profissionais do Direito que ainda têm aversão ou preconceito por essas formas alternativas.

Hoje, depois de vinte anos de magistratura, é muito mais importante a atuação do juiz, do profissional do Direito na pacificação da sociedade do que na solução do conflito. É mais relevante para o juiz um acordo amigável, mediante uma conciliação das partes, do que uma sentença brilhante proferida e que venha a ser confirmada pelos tribunais superiores.

Os tribunais superiores precisam começar a aferir o mérito do juiz por uma atitude diferente diante da sua função judicante, que não consiste apenas em proferir sentença, dizendo qual a forma correta, se é preto ou branco, se é certo ou errado, solucionando apenas o conflito e não trabalhando para a pacificação da sociedade.

É importante haver uma mudança da mentalidade dos profissionais do Direito e da própria sociedade.

KAZUO WATANABE: Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Professor e Advogado.