

Conflitos de interesses e vantagens da mediação

Bento Herculano Duarte

Doutor e mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC-SP. Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN) e do Damásio Educacional. Desembargador do TRT da 21ª Região. Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho e do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP).

Sumário: **1** Considerações introdutórias. Conflitos de interesses. Volume de processos judiciais. Cultura de litigiosidade - **2** Mecanismos de solução dos conflitos - **3** Conciliação e mediação. Natureza da mediação. Conceito - **4** Princípios e vantagens da mediação. Objeto. Lei nº 13.140/2015 - Referências

1 Considerações introdutórias. Conflitos de interesses. Volume de processos judiciais. Cultura de litigiosidade

Mesmo a aparente placidez das florestas esconde terríveis combates. Insetos se alimentam de plantas. Há plantas que comem insetos, pássaros que disputam vermes, trepadeiras que sugam o sangue das árvores.¹ Os espermatozoides brigam entre si, aos milhões, para apenas um (raramente alguns poucos) vencer a guerra da fecundação. Pela poesia de Márcio Túlio Viana, “até o rio, em seu caminho para o mar, abre feridas na terra. E até a própria terra, às vezes, parece insatisfeita consigo, acomodando-se com terríveis tremores, ou vomitando fogo por seus enormes vulcões”.²

Extraí-se, portanto, que a própria natureza contém conflitos, pois, conforme afirma Leonardo Boff, a natureza nem sempre é dócil, suave e boa: é mistura de beleza e dor, união e ruptura, desacertos e reajustes.³ Que dizer dos conflitos entre os homens, alguns ambiciosos ao extremo, outros não dotados de senso de honestidade e moralidade? Mas aqui não nos cabe trilhar o caminho da antropologia.⁴

O fato é que, conforme nos ensina a história do direito e, além, a teoria geral do processo, os bens jurídicos são limitados, enquanto os interesses são

¹ VIANA, Márcio Túlio. Conflitos coletivos do trabalho. In: *Presente e futuro das relações de trabalho - Estudos em homenagem a Roberto Araújo de Oliveira Santos*. Coord. Georgeton de Sousa Franco Filho. São Paulo: LTr, 2000. p. 308.

² *Op. cit.*, p. 309.

³ BOFF, Leonardo. *Apud* Márcio Túlio Viana, *op. cit.*, p. 308.

⁴ Ciência que se dedica ao estudo aprofundado do ser humano. É um termo de origem grega, formado por “*anthropos*” (homem, ser humano) e “*logos*” (conhecimento).

ilimitados, daí surgindo os chamados “conflitos de interesses”. A questão é: qual(is) a(s) melhor(es) forma(s) de se resolver os conflitos de interesses?

No plano material, o direito existe, sem dúvida, para impor regras de comportamento que conduzam ao convívio social. Pela definição de Araújo Cintra, Grinover e Dinamarco, o direito consiste no “conjunto de instrumentos de que a sociedade dispõe na sua tendência à imposição dos modelos culturais, dos ideais coletivos e dos valores que persegue, para a superação de antinomias, das tensões e dos conflitos que lhe são próprios”.⁵ Mas, como aplicar o direito em face dos inevitáveis conflitos? O caminho usual, pelo menos no Brasil, tem sido a jurisdição estatal.

Conforme dados divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça (Justiça em Números),⁶ no ano de 2014 passaram pela jurisdição dos 90 tribunais brasileiros 99,7 milhões de processos. O número do CNJ é o resultado da soma de 70,8 milhões de processos pendentes e 28,9 milhões de casos novos registrados. Mantida a média de crescimento anual de 3,4%, registrada nos cinco anos pretéritos, tramitaram em 2015 (dados ainda não divulgados) 103,1 milhões de processos judiciais no Brasil. Na média, esse montante significa um processo para cada dois brasileiros. E o volume tende a crescer, mormente em época de crise social, que resta indissociável da crise econômica.

Como é cediço, o que angustia a população e inquieta a todos, conducente inclusive ao descrédito da Justiça, é a malfadada morosidade, pelo que diversas medidas têm sido buscadas e implementadas. Aumentam os órgãos judiciários e o contingente de magistrados e servidores; reforma-se a legislação constitucional e, principalmente, a infraconstitucional. Após a promulgação da EC nº 14/2004, os presidentes do STF e do STJ foram ao Congresso Nacional lançar o ‘pacote’ da reforma infraconstitucional do Judiciário, consistente em anteprojetos de lei visando imprimir maior (?) agilidade ao processo judicial; estamos a viver o marcante nascimento do Novo CPC, cujo objetivo maior coincide com o combate à demora. A CF recebeu, por força da EC nº 45/2004, dentre os seus direitos fundamentais, o direito ao processo judicial em tempo razoável (art. 5º, inc. LXXVIII).

Foram criados os juizados especiais cíveis e criminais, eliminaram-se alguns procedimentos e recursos, veio o rito sumaríssimo na Justiça do Trabalho (que meramente enfatizou um rito já simplificado). Mas nada resolveu ou resolve, quando muito atenua. Gargalos existem, como o nó górdio da execução (cumprimento de sentença), alguns ramos funcionam melhor que outros, mas como um todo, a Justiça brasileira (e não só ela) é tremendamente ineficiente.

O que fazer? Como aperfeiçoar o fundamental serviço público da prestação jurisdicional?

⁵ ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 21. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 21.

⁶ Dados divulgados em 15 de setembro de 2015.

Nesse contexto, apesar do tema permitir gigante polêmica e infinitas contradições, situam-se duas questões, interligadas: o volume de demandas judiciais no Brasil e os mecanismos de solução de conflitos de interesses.

Quanto ao volume de demandas, o adágio já informa: contra números não há argumentos. Persiste, no Brasil, uma enorme cultura de litigiosidade, pela qual ao primeiro incômodo muitos correm em direção ao Poder Judiciário. Porém, paradoxalmente, não se pode olvidar que, caso houvesse um efetivo acesso à Justiça, deixando-se à margem, dentre outras, as questões do tempo e do custo do processo,⁷ se todo aquele que tivesse um direito material violado batesse às portas da jurisdição estatal, ocorreria o fenômeno da multiplicação das ações judiciais no país. Basta pensarmos, e.g., o frequente desrespeito aos direitos do consumidor.

Eis que surge o instituto da mediação, que consiste na participação de um terceiro, em prol de uma autocomposição, ou seja, da solução negociada, excluída a provocação da jurisdição estatal. Seria como uma briga entre vizinhos que se resolve sem que um precise entrar na justiça contra o outro, mas o acordo decorre da intermediação de um amigo comum, que age como facilitador, até mesmo para que haja a reunião entre os contendores.

Na esteira da preocupação com o crescimento das demandas judiciais e do estrangulamento do poder Judiciário, uma estrutura cada vez mais hipertrofiada e de difícil funcionamento, veio a Lei nº 13.140/2015, com uma minuciosa regulamentação da mediação no Brasil. Recebida sob aplausos, após rápido (?) debate decidiu o legislador que tal lei não se aplicaria, como de resto o instituto da mediação já não se aplicava (?), aos conflitos trabalhistas. Qual é o porquê disso? Isso seria bom ou mal?

2 Mecanismos de solução dos conflitos

Fulano quer algo de outrem e este não lhe satisfaz; eis o conflito. Mas fulano persiste em sua pretensão; quais seriam os caminhos para que se resolvesse tal conflito?

Quando surge um conflito, conforme a lição de Araújo Cintra, Grinover e Dinamarco, a sua eliminação pode-se verificar por obra de um ou de ambos os sujeitos dos interesses conflitantes ou por ato de terceiro. Na primeira hipótese, um dos sujeitos (ou cada um deles) consente no sacrifício total ou parcial do próprio interesse (autocomposição) ou impõe o sacrifício do interesse alheio (autotutela).

⁷ Sem falarmos na dificuldade específica de acesso à Justiça do Trabalho, pois estando o trabalhador empregado, naturalmente o risco de ser despedido impede que este ajuíze demanda, ainda que legítima, em face de seu empregador.

Na segunda hipótese, enquadram-se a defesa de terceiro, a conciliação, a mediação e o processo (estatal ou arbitral).⁸

Sob uma vertente mais didática, costuma se relacionar as seguintes formas de solução dos conflitos: a) Jurisdição estatal: resolução do conflito mediante uma ação que será julgada pelo Poder Judiciário; b) Arbitragem (para alguns, jurisdição privada): técnica de solução de conflitos por meio da qual os conflitantes aceitam que a solução de seu litígio seja decidida por uma terceira pessoa, em tese, da confiança de ambos; c) Autotutela: solução imposta por meio da força, geralmente de ordem física, por um dos litigantes contra o outro; d) Conciliação: ocorre quando um terceiro (conciliador) atua como intermediário entre as partes tentando facilitar o diálogo a fim de que os litigantes cheguem a um acordo; e e) Mediação: também ocorre quando um terceiro (mediador) se coloca entre os litigantes e tenta conduzi-los a um consenso.

Preferimos, buscando uma construção didática, fazer primeiro uma classificação antecedente. Os conflitos podem ser solucionados mediante heterocomposição ou por via da autocomposição. A primeira significa que um terceiro irá impor a solução que obrigatoriamente deverá ser seguida, ressalvada a possibilidade recursal. A segunda significa, como a indicar o vernáculo, que os próprios sujeitos conflitantes irão estabelecer a solução.

Há, porém, uma terceira via, que é a autotutela, erroneamente definida como “exercício arbitrário das próprias razões”, pois se aceita pela legislação, de arbitrária não tem nada, mas que significa a imposição pela força da vontade de um dos sujeitos. A autotutela é prevista como exceção em nosso direito, presente em campos diversos, institutos como a greve (Lei nº 7.783/89), a retenção de benfeitorias (art. 1.219 do CC), de bagagem (art. 1.467, inc. I, do CC), o desforço incontinenti do possuidor turbado ou esbulhado (art. 1.210, §1º, do CC), a legítima defesa (art. 25 do CP) e o estado de necessidade (art. 24 do CP).

A heterocomposição se delinea, indubitavelmente, com o processo judicial e a arbitragem. À margem a discussão quanto à natureza jurídica da arbitragem,⁹ o fato é que ela contém a característica inerente à heterocomposição, em função de ser um terceiro que emite a decisão e as partes ficam sujeitas ao que resta nela estabelecido.

E, a autocomposição, o que lhe caracteriza e como se subdivide? A autocomposição, como já dito alhures, tem como centro o aspecto de que são os próprios

⁸ *Op. cit.*, p. 22.

⁹ Como adverte Luiz Guilherme Marinoni, tal discussão implica em discutir o *sexo dos anjos*, pois se houver resistência à execução do laudo arbitral, apenas ao Estado se dá o poder de coerção. Importa cuidar, porém, para que “a arbitragem, frente à justiça do Estado, não se transforme em um plano de saúde privado frente à esquecida saúde pública” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio. *Processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 31). Em contraponto, Fredie Didier vê natureza jurisdicional na arbitragem.

sujeitos em conflito que estabelecem a paz mediante transação, com concessões recíprocas, ou por meio de renúncias. Na verdade, o conflito vem da resistência de alguém em face da pretensão de outrem, às vezes, havendo pluralidade de sujeitos, como “pretensões trocadas”.

No tópico seguinte, nos deteremos à distinção entre mediação e conciliação, se é que ela existe, e à natureza da conciliação judicial.

Não obstante, realcemos ainda aqui, a grande diversidade de classificações e o antagonismo entre as formas de solução dos conflitos de interesses. Tais mecanismos são enfocados sob as mais diversas perspectivas, o que gera implicações inclusive de ordem prática, a exemplo da possibilidade de maior ou de menor interferência estatal, da autonomia e da força do laudo arbitral, de homologação judicial da conciliação, da força da negociação coletiva na esfera trabalhista, etc.

3 Conciliação e mediação. Natureza da mediação. Conceito

A conciliação e a mediação são institutos que se aproximam, mas nem tanto. Há quem identifique ambas, há quem diga que a diferença entre elas é meramente procedimental, há quem as diga absolutamente diversas.

De antemão, faça-se a devida ressalva; pode se falar em conciliação sob duas perspectivas.

Uma vez instaurado o processo judicial, às partes é facultado conciliar. Tal conciliação exige, para a sua validade, sentença homologatória. Na Justiça do Trabalho, se for em sede de dissídio coletivo, ainda que as partes conciliem na primeira sentada, imediatamente, faz-se necessária uma sentença normativa que homologue, se for o caso, os termos da conciliação. A conciliação homologada equivale a uma sentença com trânsito em julgado, tanto que, para desconstituir termo de conciliação homologado, requer-se ação rescisória.¹⁰

Já na perspectiva da conciliação construída não sob a vista do juiz, mas a partir do conciliador, figura central no âmbito dos juizados especiais cíveis, tem-se regime diverso.

No Novo CPC, é a conciliação regulada pelos art. 165 a 175. Destarte, já o art. 165, §§2º e 3º, do NCP, prevê diferenças entre conciliação e mediação, na medida em que o conciliador tem uma participação mais ativa no processo de negociação, atua preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes e sugere soluções para o litígio. Já o mediador auxilia as partes a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam,

¹⁰ Na esfera trabalhista, a Súmula nº 259 do C. TST é categórica: Termo de conciliação - Ação Rescisória. Só por ação rescisória é atacável o termo de conciliação previsto no parágrafo único do artigo 831 da Consolidação das Leis do Trabalho.

pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos; atua preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes; e não propõe soluções para os litigantes. Portanto, a diferença entre mediação e conciliação, à luz do NCPC, está apenas na técnica que é empregada.

Na realidade, a conciliação, em sentido lato, é o resultado da composição amigável entre as partes em litígio, o que pode ocorrer extra ou judicialmente, como sob a facilitação de magistrado ou de outrem.

Uma vez a conciliação ocorrendo já tendo sido instaurado o processo judicial, resta claro que o acordo homologado consubstancia hipótese de heterocomposição. Se a composição ocorre antes ou fora do juízo, sem intervenção do Estado-Juiz, teremos hipótese de autocomposição. Mas, e a mediação, onde se situa?

Há quem diga que a mediação seja autocomposição, há quem a afirme heterocomposição.¹¹

A nosso ver, o conciliador, e eventualmente o juiz, agem como mediadores. Quanto ao magistrado, para que ele atue, pressupõe-se que haja um processo em juízo, pelo que a conciliação implicará em heterocomposição. O conciliador previsto no digesto processual civil, por igual, atuará em juízo, pelo que o consenso será endoprocessual e estabelecerá heterocomposição.

Portanto, a genuína mediação é aquela que ocorre sem que se tenha feito necessário o ajuizamento de ação judicial, portanto consistindo em técnica autocompositiva de conflitos. É o caso de uma mesa redonda na Superintendência Regional do Trabalho, onde o auditor atua como facilitador e cujo resultado de sua atuação exitosa consiste na elaboração de um contrato coletivo de trabalho.

Quanto ao mediador sugerir solução, o NCPC distingue as esferas de atuação sob a perspectiva do conciliador judicial, sendo inerente à função de mediador que ele venha esboçar o seu entendimento quanto à solução mais justa, ainda que não tenha poder além da sugestão, com diametral oposição em relação ao instituto da arbitragem.

A Lei nº 13.140/2015 assim conceitua mediação, em seu art. 1º, § único: “Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou a desenvolver soluções consensuais”.

Pela lição de Fernanda Tartuce, a mediação consiste “na atividade de facilitar a comunicação entre as partes para propiciar que estas próprias possam, visualizando melhor os meandros da situação controvertida, protagonizar uma solução consensual para a controvérsia”.¹²

¹¹ Posição de Araújo Cintra, Grinover e Dinamarco, conforme exposto no tópico 2.

¹² TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. São Paulo: Método, 2008. p. 208.

4 Princípios e vantagens da mediação. Objeto. Lei nº 13.140/2015

O instituto da mediação é orientado por certos princípios, destacando-se a imparcialidade e a independência do mediador, a isonomia de tratamento, a oralidade, a informalidade, a facultatividade, a confidencialidade, a boa-fé e a transparência.

Podem ser objeto de mediação, inclusive, os conflitos que versem sobre direitos indisponíveis, mas desde que admitam transação. Porém, nos termos do §2º do art. 3º da Lei nº 13.140/2015, nesse caso, o eventual acordo há de ser homologado em juízo, com oitiva do Ministério Público. Rechaça-se, aqui, apesar do permissivo legislativo, o sentido de mediação ‘pura’.

Poderá ser admitido mais de um mediador para funcionar no mesmo procedimento, quando isso for recomendável em razão da natureza e da complexidade do conflito e desde que as partes concordem (art. 15).

O NCPC previu a existência de empresas facilitadoras, denominadas de “câmaras privadas de mediação e conciliação”. Nesse sentido, até mesmo os órgãos e as entidades da administração pública podem criar câmaras para a resolução de conflitos entre particulares, que versem sobre atividades por eles reguladas ou supervisionadas. Exemplo disso são os PROCONs, que podem criar câmara com o objetivo de mediar a solução dos conflitos entre consumidores e fornecedores.

Nos termos da nova lei, a mediação poderá ser feita pela internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo (art. 46).

Quanto às vantagens da mediação, o fato é que, não importando o espectro do consenso, se requerendo homologação judicial ou não, o benefício do instituto já se evidencia pela sua, em regra, não compulsoriedade. Ou seja, ordinariamente a mediação é facultativa (§2º do art. 2º da Lei nº 13.140/2015), havendo de ser algo requerido.

Ressalve-se, porém, que se permite mediação obrigatória, desde que haja cláusula contratual nesse sentido (cláusula de mediação). Mas, na hipótese, as partes estão adstritas ao dever de comparecimento apenas à primeira reunião de mediação (§1º do art. 2º).

Não há dúvidas de que a autocomposição é a melhor forma de resolução de conflitos. Costuma-se dizer que é melhor um mal acordo que uma boa briga. Além do fato de que todos os adágios populares são procedentes, daí serem populares, a solução negociada contém inúmeras vantagens em relação à solução estatal.

A um, por se tratar de algo bem mais simples e acessível. Não se conforma por procedimentos em geral inflexíveis - apesar da nova figura do negócio jurídico sob a amplitude do NCPC. As partes podem fixar com grande liberdade o procedimento negocial respectivo.

Espera-se que a mediação também seja substancialmente mais econômica que o processo judicial, inclusive, podendo prescindir de assistência advocatícia.

Quanto à rapidez, há abissal diferença de perspectivas entre a negociação, mediante a facilitação de um particular livremente eleito pelas partes, e o tempo de um processo judicial. Objetivamente, aliás, a mediação visa fundamentalmente não somente desafogar o Poder Judiciário, mas propiciar soluções extremamente mais céleres, o que vai ao encontro da evolução social.

Dentre as principais vantagens da conciliação registre-se, ainda, termos uma presumível definitividade quanto à solução encaminhada e consagrada a partir da mediação. Como afirma Joel Figueira Dias Júnior, “a mediação propicia aos contendores o encontro da solução amigável capaz de resolver definitivamente a controvérsia, seja pela conciliação, seja pela transação”.¹³

Ora, o consenso implica, em tese, que ambas as partes restem atendidas, ainda que mais ou menos satisfeitas. Se a parte aceita a sugestão, ainda que apenas implicitamente encaminhada pelo mediador, ou mesmo com uma autêntica facilitação sem emissão de qualquer diretriz conclusiva, até psicologicamente fica desconfortável posterior confronto, na medida em que há liberdade formal de escolha, com autonomia de vontade.

Voltando ao início deste artigo, “o conflito é uma peculiaridade humana, tanto quanto o é a sociabilidade. É um fato humano normal nas relações sociais; é um conjunto de condições psicológicas, culturais e sociais que determinam um choque de atitudes e de interesses no relacionamento das pessoas envolvidas”.¹⁴ O problema, pois, situa-se em como resolver a colisão.

Em um país onde a cultura é a do acesso ao Poder Judiciário, apesar de sua pouca eficiência, com milhões de ações ajuizadas a cada ano, vemos com bons olhos a existência de mecanismos alternativos de soluções de litígios. A mediação, por sua vez, consiste em uma técnica onde um terceiro - a extrajudicial sendo a que apontamos como genuína - atua como facilitador, e onde o resultado pretendido é o consenso entre os contendores e, com isso, a pacificação social, objeto de toda e qualquer civilização.

A mediação, portanto, procura responder a um conjunto de desígnios distintos. Por um lado, busca atenuar um congestionamento alarmante conducente ao descrédito do Poder Judiciário, por outro, vem a ser um mecanismo ágil e simples que leva à resolução de conflitos. De forma satélite, visa corrigir o comum desequilíbrio entre os conflitantes. Enfim, chega o momento em que se faz *mister* a mudança de cultura, vendo-se com melhores olhos os mecanismos alternativos de solução de conflitos.

¹³ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem. Legislação Nacional e Estrangeira e o Monopólio Jurisdicional*. São Paulo: LTr, 1999. p. 52.

¹⁴ WARAT, Luis Alberto. *O ofício de mediador*. Florianópolis: Habistus, 2001. p. 80.

Referências

ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 21. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem. Legislação Nacional e Estrangeira e o Monopólio Jurisdicional*. São Paulo: LTr, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio. *Processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. São Paulo: Editora Método, 2008.

VIANA, Márcio Túlio. Conflitos coletivos do trabalho. In. *Presente e futuro das relações de trabalho - Estudos em homenagem a Roberto Araújo de Oliveira Santos*. Coord. Georgenor de Sousa Franco Filho. São Paulo: LTr, 2000.

WARAT, Luis Alberto. *O ofício de mediador*. Florianópolis: Habistus, 2001.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

DUARTE, Bento Herculano. Conflitos de interesses e vantagens da mediação. *Revista Fórum Trabalhista – RFT*, Belo Horizonte, ano 5, n. 21, p. 9-17, abr./jun. 2016.
