



# CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO NO DIREITO CONTRATUAL.

Professora Fernanda Tartuce  
[www.fernandatartuce.com.br](http://www.fernandatartuce.com.br)  
Fernanda Tartuce (Pag. Prof - Facebook)  
@fernandatartuce (Twitter)  
fetartuce@uol.com.br



# Reflexão inicial

---

Se você não tem uma estratégia,  
você é parte da estratégia de alguém...

## Nova vertente: “desjudicialização”

---



Sinônimo: “extrajudicialização”

Em sentido amplo, os termos retratam a iniciativa de adotar procedimentos fora do âmbito do Poder Judiciário, incluindo

- Arbitragem;
- Mediações e conciliações extrajudiciais;
- Procedimentos que podem ser realizados pelos serviços extrajudiciais, serventias registrais e/ou tabelionato de notas.



Justiça Estadual - metas nacionais aprovadas pela Justiça Estadual para 2018:

**Meta 5:** Estabelecer  
política de **desjudicialização**  
e de enfrentamento do estoque de processos  
de execução fiscal, até 31/12/2018



# Reflexão importante

---

Compete ao profissional do direito refletir e ponderar com seu cliente sobre as conveniências ou não em optar pela via extrajudicial de solução de conflitos.



Contamos, no Brasil, com um **Microssistema da justiça conciliativa** integrado por 3 instrumentos normativos:

- Resolução 125/2010 do CNJ;
- Novo CPC: Lei nº 13.105/2015;
- Lei de Mediação: Lei nº 13.140/2015.

# Novo CPC, art. 3º



§ 2º O Estado promoverá,  
**sempre que possível,**  
a solução consensual dos conflitos.





## Papel atual do advogado - condutas

- Orientar o cliente;
- Assessorá-lo tecnicamente sobre seus direitos e os **meios** para obtê-los;
  - antes de sessões consensuais;
  - durante as audiências / sessões consensuais;
- Providenciar, caso celebrado um acordo, sua oficialização jurídica.





- 1) Empresário e principal fornecedor de matéria prima para seu produto;
- 2) Reclamações de consumidores;
- 3) Dilemas entre contratantes.

Qual é a melhor forma de enfrentá-los?



## Na abordagem de um conflito contratual...

Qual é a melhor estratégia?

- a) O enfrentamento pela via contenciosa?
- b) A busca de saídas pela via consensual?





## Questão importante

---

Como determinar  
o melhor método para a resolução  
de uma controvérsia específica?



3 elementos/questões centrais devem ser levados em conta para decidir qual a forma mais adequada:

1. **objetivos** almejados na solução da controvérsia;
2. qual **forma** de resolução de conflitos tem recursos que muito provavelmente **facilitariam** a resolução;
3. **motivo** pelo qual não se consegue chegar a um consenso e qual forma de solução de conflitos pode superar esse óbice.



## Na abordagem do conflito...

... É útil buscar diagnosticar com atenção:

- O que se quer? Por que?
- Qual a fonte da resistência?
- Razões são puramente objetivas / jurídicas?
- O que ensejou as violações (visão **retrospectiva**)?
- O que os envolvidos desejam para o futuro (visão **prospectiva**)?

# Objetivos buscados



Nos meios consensuais (como mediação e conciliação),  
visa-se a:

- Minimizar custos;
- Ter respostas rápidas;
- Assegurar privacidade;
- Manter o relacionamento



## Autocomposição – possíveis vantagens:

---

- Possível continuidade nas relações;
- Aprimoramento na comunicação;
- Prevenção de futuros conflitos;
- Manutenção da reputação e boa consideração entre as partes;
- Maior chance de cumprimento da decisão que não foi imposta, mas “construída” pelas partes.



# Objetivos buscados



Na adjudicação  
(por arbitragem ou solução judicial), eles são:

- Estabelecer precedentes;
- Obter justificação;
- Arriscar por máxima vantagem.



## Autocomposição - possíveis desvantagens:

---

- Pode evitar a formação de um precedente favorável;
- Não costuma haver publicidade no procedimento;
- Excessivo desequilíbrios entre as partes pode atrapalhar;
- Pode abrir espaço a negociantes de má fé com intuito protelatório.



# Fator importante

---

Continuidade do vínculo / do contrato:

É **necessário** ou **desejável**?

## 2ª questão central para a escolha



Que forma de resolução de conflitos possui recursos

que provavelmente

facilitariam a resolução da controvérsia?

## Elementos interessantes



- boa relação entre os advogados das partes;
- boa relação entre as partes;
- disposição em fechar um acordo;
- disposição de uma ou de ambas as partes em se desculpar;
- disposição de resolver o problema;
- existência de muitas questões envolvidas na controvérsia;

## 3ª questão central para a escolha



Por que motivo não se consegue chegar ao consenso  
e de que a forma de resolução de conflitos  
pode superar esse óbice?

## Impedimentos comuns



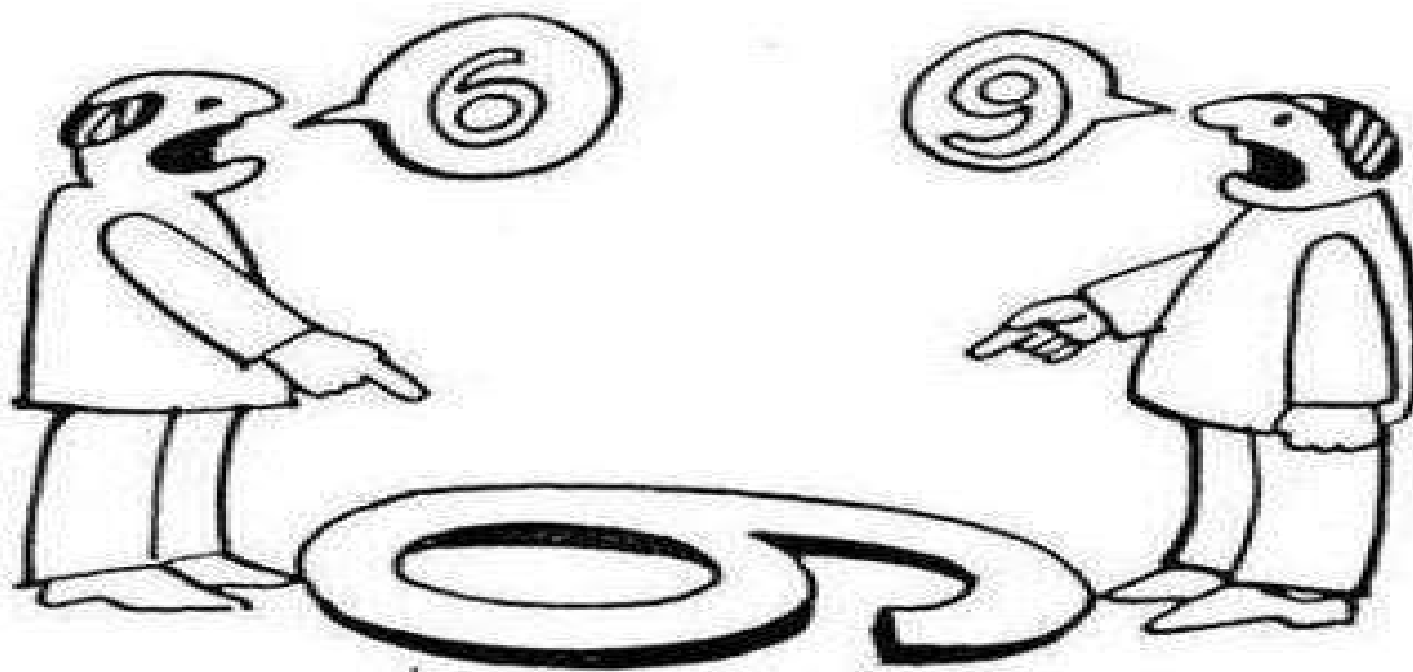
- ❖ falta de comunicação;
- ❖ necessidade de expressar emoções;
- ❖ diferentes maneiras de ver os fatos e o direito;
- ❖ questões de princípio;
- ❖ Pressões externas;
- ❖ interesses conflitantes entre advogados e clientes;
- ❖ síndrome do grande prêmio.





# Compreender que há outros pontos de vista é o início da sabedoria.

THOMAS CAMPBELL





## Meios de composição de conflitos

- 1) Por atitude dos próprios contendores
  - \* em **auto defesa** (autotutela);
  - \* em **autocomposição**:
    - negociação;
    - **mediação**
    - **conciliação**
- 2) Pela decisão imperativa de um terceiro.
  - \* heterocomposição
    - a) arbitragem
    - b) solução judicial



# Negociação

---

As próprias partes,  
sem intermediação,  
reorganizam-se e envolvem-se diretamente  
em tratativas para buscar acordos.



## Distinção importante

---

Posição

(postura externada)

X

Interesse

(revela desejos e preocupações subjacentes)



Na base de muitas controvérsias aparecem os anseios pelas necessidades humanas básicas:

- \* Segurança,
- \* Bem estar econômico,
- \* Sentimento de pertença;
- \* Reconhecimento;
- \* Controle sobre a própria vida.



## Possíveis problemas na negociação direta

---

- Falta de conhecimentos sobre negociação;
  - Falta de equilíbrio entre as partes;
  - Falta de crença na boa fé do outro;
  - Barreiras cognitivas e culturais.

## Possíveis problemas na negociação direta

---



- Falta de conhecimentos sobre negociação;
- Desequilíbrio entre as partes;





## Lei 13.140/2015, art. 10

---

### Subseção II - Dos Mediadores Extrajudiciais

Art. 10. As partes poderão ser assistidas por advogados ou defensores públicos.

Parágrafo único. Comparecendo uma das partes acompanhada de advogado ou defensor público, o mediador suspenderá o procedimento, até que todas estejam devidamente assistidas.

# Possíveis problemas na negociação direta

---



- Barreiras

cognitivas

e culturais.



# Barreiras cognitivas

Presume-se que as pessoas decidam racionalmente e sejam capazes de pesar diferentes resultados possíveis e avaliar cada resultado objetivamente... Mas os negociadores muitas vezes pensam e interagem de formas que violam os axiomas básicos da racionalidade. Como consequência, um negociador pode **deixar de reconhecer ou aceitar um acordo que serve racionalmente ao seu interesse próprio**

(Robert Mnookin, Mais que vencer).



# Barreiras culturais

---

Velhos hábitos, árduos de ser mudados,  
relacionados a  
valores transmitidos socialmente,  
crenças e símbolos  
compartilhados por um grupo social.



# Barreiras cognitivas e culturais

- (i) percepções unilaterais sobre fatos e direitos;
- (ii) necessidade de expressar emoções;
- (iii) comunicação ruim;
- (iv) Excesso de confiança ;
- (v) síndrome da loteria;
- (vi) questões de princípios;
- (vii) barreiras psicológicas como aversão à perda e desvalorização reativa



## Como um mediador pode ajudar?

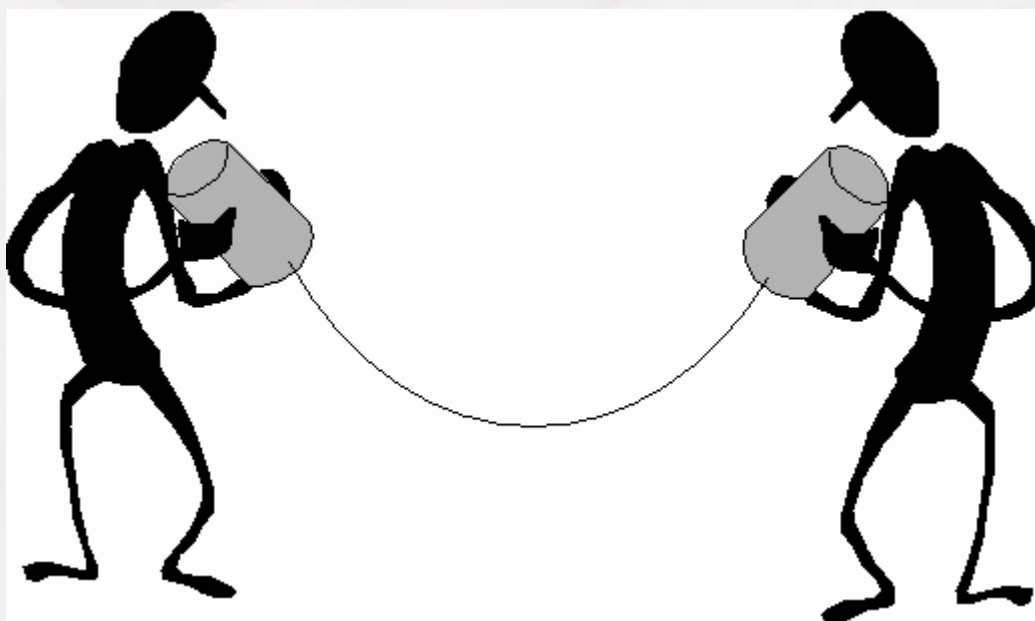
- Encorajando a troca de informações;
- Ajudando as partes a entender as visões uns dos outros;
  - Fazendo-os entender que suas preocupações foram ouvidas;
- Promovendo um nível produtivo de expressão emocional





## Finalidade principal dos meios consensuais

Propiciar o (re)stabelecimento da comunicação.







## Mediação - conceito

---

Meio consensual de abordagem de controvérsias em que uma pessoa isenta e devidamente capacitada atua tecnicamente para facilitar a comunicação entre as pessoas para propiciar que estas próprias possam, a partir da restauração do dialogo, encontrar formas produtivas de lidar com as disputas.



## NCPC, Art. 165.

---

§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que **houver vínculo anterior entre as partes**, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que **eles possam**, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.



## NCPC, Art. 165.

---

§ 2º O conciliador,  
que atuará  
preferencialmente nos casos em que  
**não houver vínculo anterior** entre as partes,  
poderá sugerir soluções para o litígio,  
sendo **vedada** a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou  
intimidação para que as partes conciliem.



## Autocomposição Bilateral

---

Transação: contrato típico –  
art. 840 do Código Civil:

“É lícito aos interessados prevenirem  
ou terminarem o litígio  
mediante concessões mútuas”.

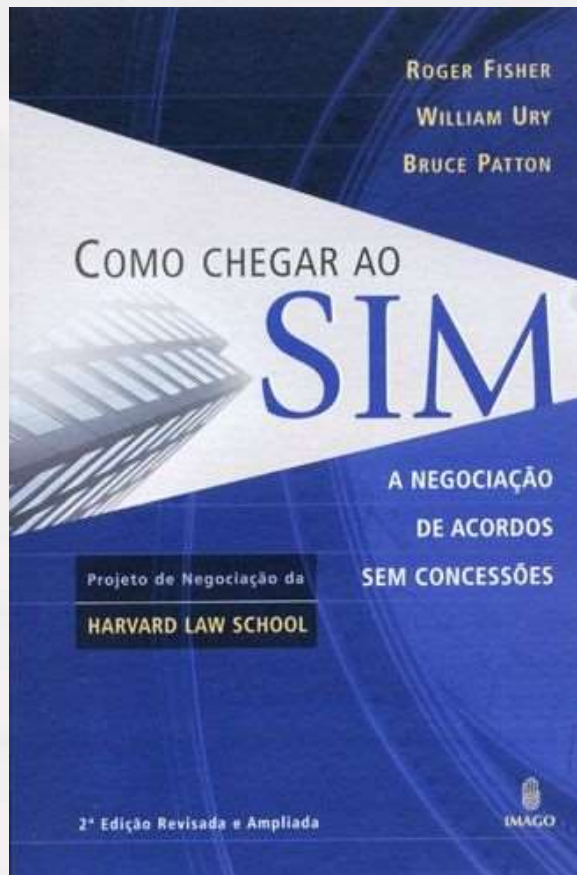


# Atenção

É lícito renunciar se a parte quiser,  
mas não é necessário fazê-lo...

Soluções negociadas não precisam  
implicar em renúncia!

## Obras interessantes







Autonomia da vontade;

Autodeterminação;

Respeito à vontade dos envolvidos.





Anexo III - Art. 1º, §2º. Autonomia da vontade –

Dever de respeitar os diferentes pontos de vista dos envolvidos, assegurando-lhes que cheguem a uma decisão voluntária e não coercitiva, com liberdade para tomar as próprias decisões durante ou ao final do processo, podendo inclusive interrompê-lo a qualquer momento.



Autonomia da vontade/ autodeterminação:

com base em tal diretriz, nada impede que os meios consensuais sejam escolhidos:

- Havendo ou não cláusula;
- Havendo ou não litígio;
- Havendo ou não decisão.

Havendo interesse das partes, é viável tentar o consenso.



### Não colabora para promover o consenso

- 1) Simplesmente perguntar se há acordo;
- 2) Expor desvantagens da passagem judiciária;
- 3) Intimidar e pressionar;
- 4) Prejulgar e comprometer a parcialidade;
- 5) Impor o acordo (gerar uma “pseudo-autocomposição”).



## Promover o consenso implica em...

1. Colaborar para o encontro do interesse (oferecendo espaço para negociação);
2. Participar ativamente da comunicação (aproximando as partes);
3. Fazer perguntas e ouvir atentamente;
4. Ajudar a pensar em soluções criativas/ estimular partes a serem flexíveis.



## Cláusula de mediação

---

É recomendável que as partes  
passem a inserir  
**CLÁUSULAS DE MEDIAÇÃO**  
nos contratos em geral que venham a firmar.



§ 1º Na hipótese de existir  
previsão contratual  
de cláusula de mediação,  
as partes **deverão comparecer**  
à primeira reunião de mediação.



§ 2º Ninguém será **obrigado**  
a permanecer  
em procedimento de mediação.





Art. 22. A previsão contratual de mediação deverá conter, no mínimo:

I - prazo mínimo e máximo para a realização da primeira reunião de mediação, contado a partir da data de recebimento do convite;

II - local da primeira reunião de mediação;

III - critérios de escolha do mediador ou equipe de mediação;

IV - penalidade em caso de não comparecimento da parte convidada à primeira reunião de mediação.



§ 1º. A previsão contratual pode substituir a especificação dos itens acima enumerados pela indicação de regulamento, publicado por instituição idônea prestadora de serviços de mediação, no qual constem critérios claros para a escolha do mediador e realização da primeira reunião de mediação.



Se, em previsão contratual de cláusula de mediação, as partes se comprometerem a não iniciar procedimento arbitral ou processo judicial durante certo prazo ou até o implemento de determinada condição, o árbitro ou o juiz suspenderá o curso da arbitragem ou da ação pelo prazo previamente acordado ou até o implemento dessa condição.



“As partes elegem a Mediação como meio prévio e obrigatório de solução para as controvérsias que venham a surgir entre elas, oriundas ou relacionadas à presente relação contratual, inclusive as relativas à interpretação, validade, eficácia, execução e a qualquer forma de extinção do presente contrato, e concordam expressamente que o procedimento da Mediação será administrado pela (entidade de mediação), de acordo com as disposições do seu Regulamento de Normas Éticas e Procedimentais de Mediação que estiverem em vigor na data do início do referido procedimento”.



## Exemplo de cláusula de mediação (continua)

“Caso a tentativa de consenso não logre êxito na Mediação e as partes decidam submeter a controvérsia à tutela judicial ou arbitral, poderão a qualquer tempo, ainda que iniciado o processo judicial ou arbitral, retomar o procedimento de Mediação, hipótese em que requererão ao juiz ou ao árbitro a suspensão do respectivo processo por prazo suficiente para a solução consensual do conflito.”



## Exemplo de cláusula Med-Arb

“Se a controvérsia não tiver sido solucionada dentro do prazo acordado no Termo de Participação assinado para o início ou reinício da Mediação, a controvérsia será submetida à resolução por meio de Arbitragem, a ser administrada pelo/a (nomear a entidade arbitral), aplicando-se o correspondente Regulamento de Arbitragem”.





# Confidencialidade

As informações expostas nas conversações inerentes à mediação são protegidas pela confidencialidade, não podendo uma parte violar a confiança da outra usando contra ela o que ouviu na mediação – ressalvadas algumas exceções...



## Lei 13.140/2015, art. 30



Toda e qualquer informação relativa ao procedimento de mediação será **confidencial** em relação a terceiros, não podendo ser revelada sequer em processo arbitral ou judicial salvo se as partes expressamente decidirem de forma diversa ou quando sua divulgação for exigida por lei ou necessária para cumprimento de acordo obtido pela mediação.



## Lei 13.140/2015, art. 30 § 1º

O dever de confidencialidade aplica-se ao mediador, às partes, a seus prepostos, advogados, assessores técnicos e a outras pessoas de sua confiança que tenham, direta ou indiretamente, participado do procedimento de mediação, alcançando:

I – declaração, opinião, sugestão, promessa ou proposta formulada por uma parte à outra na busca de entendimento para o conflito;



- II – reconhecimento de fato por qualquer das partes no curso do procedimento de mediação;
- III – manifestação de aceitação de proposta de acordo apresentada pelo mediador;
- IV – documento preparado unicamente para os fins do procedimento de mediação.



§ 2º A prova apresentada em desacordo com o disposto neste artigo não será admitida em processo arbitral ou judicial.



## Resultado da mediação

---

Independente de acordo.

Havendo acordo, poderá ser subscrito

- para constituir título executivo extrajudicial;
- para ser constituído título executivo judicial a partir da homologação pelo juiz .



Os contratantes são as pessoas mais aptas a encontrar saídas apropriadas para seus dilemas.

Em situações de erro na prestação de serviços ou no fornecimento de produtos, por exemplo, quem melhor que os contratantes para entender o que pode satisfazê-los?

A busca de saídas criativas e a elaboração de propostas peculiares podem ser bem interessantes nesses casos.

(TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. SP: Método, 2018, p. 340).



# Reflexão final

"Você é livre  
para fazer suas escolhas,  
mas é prisioneiro  
das consequências."

(Pablo Neruda)