

Souza Netto e Longo: Mediação no ajuizamento de demandas

16/07/2020

A pandemia da Covid-19 nos trouxe inúmeros prejuízos e crises de toda a ordem. São mais de 70 mil mortes, milhares de desempregados, empresas falidas ou em recuperação, crise na saúde, na economia, na política. Mas, felizmente, ela não nos trouxe apenas resultados negativos. A pandemia reafirmou a importância da solidariedade, da colaboração e do papel fundamental que os outros indivíduos ocupam nas nossas vidas.



Já foi mencionado em outro trabalho [\[1\]](#) que na "pós-

modernidade", as pessoas se viram numa aguda crise de identidade. A coisificação do ser humano, o desejo focalizado irrefreavelmente no "ter", antes do "ser", fez com que o homem dos nossos tempos passasse a ser acentuadamente frustrado e melancólico. Talvez todo o vazio existencial e a desorientação axiológica do século XXI se devam mesmo à volatilidade das compreensões do homem acerca do mundo e dele mesmo. Essa situação se agrava ainda mais com a pandemia da Covid-19.

No entanto, a mencionada desorientação (perda de referência) dos seres humanos poderia, no nosso sentir, ser superada a partir da (re)tomada dos paradigmas cristãos, da solidariedade, cooperação, comunhão etc., não necessariamente numa perspectiva religiosa, mas essencialmente humanística. Independentemente de discussões teosóficas, a revisitação das orientações humanísticas da doutrina cristã seria capaz de auxiliar as pessoas na busca das suas identidades, valores e propósitos (por meio da auto-observação, através do outro). Segundo essa *metafísica horizontal*, portanto, os seres humanos seriam os focos prioritários do protagonismo existencial.

É relevante destacar essa perspectiva colaborativa e solidária precisa ser considerada também no plano jurídico, sobretudo com relação à superação consensual de conflitos negociais. A escalada dos conflitos sociais exige que os indivíduos procurem ser mais solidários, colaborativos e sensíveis com relação à posição ocupada pelo outro no cenário da disputa. Somente dessa forma será possível manter padrões razoavelmente aceitáveis de convivência

pacífica na sociedade.

Na mediação, por exemplo, é fundamental que cada uma das partes se coloque no lugar da outra. O deslocamento desse eixo de observação será muito importante para religar os canais de comunicação dos agentes e permitir que eles possam alcançar mais facilmente a composição amigável. A construção de ambientes mais colaborativos depende sempre da maior ampliação dos canais de comunicação entre todos os indivíduos que estiverem, direta ou indiretamente, relacionados com o conflito. A sensibilização pela substituição da perspectiva do observador é ainda mais relevante na mediação que nos demais métodos autocompositivos, como a conciliação ou negociação, tendo em vista que a mediação prestigia acentuadamente os aspectos emocionais e psicológicos da controvérsia.

A cada dia deste isolamento social temos visto mais lives, *webinars*, artigos e até decisões judiciais sobre um tema tão relevante nos dias de hoje: o dever de negociar e de tentar encontrar uma solução consensual para os conflitos ocasionados pela pandemia.

Anderson Schreiber, em sua tese de titularidade da Uerj [2], propõe o reconhecimento de um dever de renegociar contratos em desequilíbrio, delineando seus contornos e indicando as consequências da sua violação. Nas suas palavras, *"é imprescindível o reconhecimento de um dever de renegociar, entendido não como o dever de revisar o contrato extrajudicialmente ou de aceitar as condições sugeridas pelo contratante que sofre o desequilíbrio, mas sim como um dever de ingressar em renegociação, com base na boa-fé objetiva"*.

André Roberto de Souza Machado também se posicionou de forma favorável à referida tese afirmando que: *"Há razões objetivas para que as partes contratantes busquem a renegociação dos contratos afetados realmente pela pandemia e por suas medidas correlatas"* [3].

Parte dos civilistas sustenta que no nosso ordenamento jurídico não haveria obrigatoriedade de renegociação, mesmo nos casos de desequilíbrio contratual por fatores externos. Judith Martins Costa, em entrevista concedida no decorrer desta pandemia, indagada se seria possível deduzir a partir da cláusula geral de boa-fé objetiva um dever de renegociar, assim respondeu: *"Com todo o imenso respeito que tenho aos colegas que sustentam diferentemente, penso não ser possível deduzir do artigo 422 do Código Civil um dever geral de renegociar"* [4].

Mas será que a pandemia e os milhares de negócios jurídicos por ela afetados não irão contribuir para a mudança de entendimento sobre o tema?

Ana Tereza Basílio, em recente artigo, nos faz refletir sobre a questão à luz da Lei de Mediação, que acaba de completar cinco anos de vigência. A advogada lembra que à época foi debatida a criação do requisito de obrigatoriedade da mediação prévia para a propositura da ação judicial, mas muitos juristas foram contrários por entender que essa condição de procedibilidade será inconstitucional, por violar o acesso à Justiça [5].

Cabe lembrar que as Ordenações Filipinas de 1595, aplicáveis ao Brasil quando ainda éramos colônia de Portugal, assim previa: *"E no começo da demanda dirá o Juiz a ambas as partes, que antes que façam despesas, e se sigam entre elles os ódios e dissensões, se devem concordar, e não gastar suas fazendas por seguirem suas vontades, porque o vencimento da causa sempre he*

duvidoso (...)".

A Constituição Política do Império, de 1824, seguia a mesma linha, exigindo para o ajuizamento de uma demanda a prova de que o autor tinha tentado conciliar com o réu. O artigo 161 previa que *"sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará processo algum"* [6].

Faz sentido permitir que um contratante busque no Poder Judiciário a revisão de cláusulas contratuais se ele nem tentou renegociar os termos do contrato com a contraparte?

Nos últimos anos, temos assistido, com alegria, a um crescente movimento de valorização dos métodos alternativos à jurisdição, como a conciliação, a mediação, a arbitragem e a negociação. Merecem destaque a Lei nº 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais), Lei nº 9.307/96 (Lei da Arbitragem), Lei nº 13.105/2015 (Código de Processo Civil), a Lei nº 13.140/2015 (Lei da Mediação) e a Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, que instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário.

Um dos grandes desafios do Poder Judiciário é dar respostas adequadas ao grande número de demandas judiciais. A preocupação diz respeito não somente ao aspecto temporal, no sentido de que as decisões precisam ser tomadas dentro de um espaço de tempo razoável, mas também com relação à qualidade, pois é preciso que as decisões judiciais, além de céleres, sejam substancialmente consistentes e adequadamente fundamentadas.

Diante da pandemia, o Poder Judiciário não só tem falado sobre a mediação pré-processual como diversos Tribunais de Justiça já implementaram programas incentivando as partes a usarem a mediação antes de baterem às portas do Judiciário. Os Tribunais de Paraná, Rio de Janeiro, São Paulo, Espírito Santo e Rio Grande do Sul criaram espaços destinados à mediação pré-processual para temas empresariais [7].

O Conselho Nacional de Justiça também anunciou que lançará em breve uma nova plataforma digital para que os Tribunais realizem sessões de conciliação e mediação pré-processuais. Como destacado pelo conselheiro Henrique Ávila, presidente da Comissão de Acesso à Justiça do CNJ, *"não estamos fechando as portas do Judiciário. Estamos oferecendo uma saída para a sociedade. Tem muita causa que está no Judiciário e não precisaria estar. É falta de diálogo"* [8].

Outra importante iniciativa em prol da mediação pré-processual nesses tempos de pandemia veio da Justiça do Trabalho. A Recomendação nº 01/20 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho recomenda a adoção de diretrizes excepcionais para o emprego de instrumentos de mediação e conciliação de conflitos individuais e coletivos em fase processual e fase pré-processual por meios eletrônicos e videoconferência no contexto da vigência da pandemia.

Há que se mencionar, ainda, o Projeto de Lei nº 1.397/2020, de autoria do deputado Hugo Leal, em trâmite no Senado Federal, que pretende instituir providências emergenciais e transitórias de prevenção à insolvência dos agentes econômicos, em razão da pandemia da Covid-19 e que cria um procedimento de negociação preventiva, destinado à superação consensual de

controvérsias que envolvam empresários atingidos pelos efeitos da pandemia. É um procedimento, com natureza de jurisdição voluntária, que tem por objetivo criar um espaço para o devedor negociar com seus credores, antes de ajuizar uma recuperação judicial.

Enfim, são muitas as iniciativas favoráveis ao diálogo e à tentativa de superações consensuais de controvérsias antes do ajuizamento de uma demanda judicial. A despeito desse panorama, ainda não há consenso se a tentativa prévia de resolução consensual do conflito seria condição essencial para legitimar a judicialização do problema.

Newton de Lucca, há poucos dias, ressaltou que o estímulo à negociação e à mediação é medida absolutamente impostergável, *"sendo benéfico todo e qualquer esforço tendente à utilização dos institutos da mediação e da conciliação, seja como método eficaz de solução de controvérsias, seja, principalmente, para que tal método se torne um sucedâneo pré-processual da propositura de novas ações judiciais"* [9].

Como condição para demandar o Poder Judiciário, ao menos com relação aos conflitos relacionados a direitos patrimoniais disponíveis, seria importante que a legislação exigisse que o interessado demonstrasse a frustração da prévia tentativa de superação consensual da controvérsia, ou seja, exigir que a parte, antes de ingressar com uma demanda perante o Poder Judiciário, fosse obrigatoriamente forçada a tentar superar amigavelmente a controvérsia. Apenas nos casos de ineficiência dos instrumentos consensuais de superação de disputas seria reconhecido o direito de judicializar a questão. Dito de outro modo, *"antes de requerer a atuação da jurisdição estatal, isto é, antes do demandante bater às portas do Judiciário com sua petição, o cidadão deve ser orientado a perseguir, de forma solene e formal, a composição extrajudicial"* [10]. O momento é muito propício à discussão do tema. Vamos debater?

[1] NETTO, Antonio Evangelista de Souza. "O controle jurisdicional do plano de recuperação judicial: paradigma para o protagonismo cognitivo do magistrado no exercício da jurisdição". Curitiba: Appris, 2019.

[2] SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio Contratual e Dever de Renegociar*, 1ª. edição. São Paulo: Saraiva

[3] <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-edilicias/323961/a-aplicacao-do-dever-de-renegociar>

[4] <https://www.migalhas.com.br/coluna/german-report/328102/entrevista-judith-martins-costa>

[5] <https://www.conjur.com.br/2020-jun-22/ana-tereza-basilio-debates-lei-mediacao>

[6] A previsão constitucional do mencionado artigo 161 foi regulamentada pela Lei nº 15, de outubro de 1827, que em seu artigo 5º, §1º, estabelecia que ao juiz de paz competiria "(...)"

conciliar as partes, que pretendem demandar, por todos os meios pacíficos, que estiverem ao seu alcance: mandando lavrar termo do resultado, que assignará com as partes e Escrivão. Para a conciliação não se admitirá procurador, salvo por impedimento da parte, provado tal, que a impossibilite de comparecer pessoalmente e sendo outrossim o procurador munido de poderes ilimitados."

[7] <https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2020/04/22/tribunais-se-preparam-para-grande-demanda-de-recuperacoes-judiciais.ghtml>

[8] <https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2020/05/11/cnj-lancara-plataforma-on-line-para-conflitos-relacionados-a-covid-19.ghtml>

[9] <https://www.migalhas.com.br/coluna/german-report/330304/entrevista-prof-dr-newton-de-lucca>

[10] REIS, Adacir. "Mediação, negociação e cultura do contencioso". In: Revista Judiciária do Paraná, ano VIII, nº 5. Curitiba: Bonjuris, 2013, p. 17 e seguintes.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2020-jul-16/souza-netto-longo-mediacao-ajuizamento-demandas/>