Érica Barbosa e Silva

**A EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO
JURISDICIONAL CIVIL A PARTIR
DA CONCILIAÇÃO**

TESE DE DOUTORADO

ORIENTADOR: PROF. DR. KAZUO WATANABE

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Departamento de Direito Processual

São Paulo

2012

Érica Barbosa e Silva

A EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL CIVIL A PARTIR DA CONCILIAÇÃO

Tese apresentada ao Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação do Prof. Dr. Kazuo Watanabe, como requisito para obtenção do título de doutor.

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Departamento de Direito Processual

São Paulo

2012

“A vida só é possível reinventada”.

Cecília Meireles

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço ao Professor. Kazuo Watanabe, pela orientação e principalmente por sua generosidade ao colocar-se como meu debatedor, tantas vezes me instigando com diálogos fervorosos;

À Professora Ada Pellegrini Grinover, simplesmente pela convivência, pois ela é uma mulher incrível e, afinal, basta sua presença;

Ao Professor Carlos Alberto de Salles, que se revelou mais do um mestre, mas uma pessoa de muito valor.

Esses são professores inspiradores e sou imensamente grata por ter partilhado com eles tantas experiências, que, para mim, serão inesquecíveis.

Aos integrantes do Núcleo de Estudos de Mecanismos de Solução de Conflitos – NEMESC, coordenadores, apoios, monitores, alunos, enfim, a todos, porque motivaram a presente tese, pelas calorosas indagações, e me permitiram vislumbrar uma nova forma de Justiça;

À minha família, cujas fortes raízes me permitiram voar, sem medo da altura a que me alçava;

Aos amigos de antes, para quem agora posso voltar, e aos amigos que fiz nessa jornada, cuja valiosa amizade pretendo levar comigo vida afora. Saliento que todos, simplesmente todos, foram imprescindíveis;

Por fim e especialmente ao meu marido, Jefferson Zanutto, cujo amor tornou-me uma pessoa melhor.

Devo-lhe muito.

É verdade: sem amor, de nada valeria tudo isso...

A todos, meus sinceros agradecimentos!

RESUMO

O objetivo central desta tese é verificar *se e como* a utilização da conciliação pode conferir efetividade à prestação jurisdicional, compreendida pela pacificação com Justiça, destacando a dimensão qualitativa do instituto.

Contextualizou-se para tanto o tema, analisando o Poder Judiciário, a atividade jurisdicional e a cultura da pacificação na contemporaneidade, e se examinou em seguida o tratamento de conflitos por meios consensuais. A investigação do objeto desta tese tem início no terceiro capítulo, com a construção institucional da conciliação, a que se seguem – no quarto capítulo – as delimitações nas cortes de Justiça, depurando a respectiva aplicação aos conflitos civis, na tentativa de superar preconceitos e determinar em que medida denota efetividade. No quinto capítulo, analisa-se a conciliação aplicada, com destaque para a verificação do método, pela dinâmica existente entre a técnica e os sujeitos envolvidos, estabelecendo as balizas objetivas e subjetivas da conciliação na prestação jurisdicional civil. O sexto capítulo apresenta a tese, confirmando a hipótese estabelecida na introdução – há efetividade da prestação jurisdicional civil a partir da conciliação – e sintetiza suas condições.

A resposta ao conflito pela conciliação verifica-se pelo engendramento de soluções integrativas, que contemplem todas as partes envolvidas. Nessa construção institucional revelam-se diversos elementos constitutivos, dado que a negociação por princípios não contempla a infinidade de variações vistas no Judiciário. Daí por que a interdisciplinaridade, a comunicação de primeira e segunda ordem, a teoria dos sistemas, a teoria dos jogos e a tipologia dos conflitos são temas afeitos à conciliação, como meio apto de solucionar conflitos no sistema de Justiça atual. O estudo ora apresentado enaltece a conciliação por meio de bases constitutivas próprias, que afastem o instituto de informalismos e concentrem-se no entendimento de sua técnica, permitindo refinar os caminhos rumo à efetividade da prestação jurisdicional.

Palavras-chave: efetividade da prestação jurisdicional; resolução de conflitos; meios consensuais; mediação; conciliação.

ABSTRACT

The main goal of this thesis is to verify *if* conciliation must be used in the Courts and *how* to use it to improve their effectiveness. For the purpose of this work, effectiveness indicates the ability for a fair pacification of conflicts, in order to stress the qualitative view of the institute.

The analysis of the Judiciary, in which the thesis's subject is contextualized, takes in account the judicial activities and the culture of pacification, as it is presently conceived. This set foundations to analyze how disputes are dealt by consensual means of resolution.

The focus in the most important topic of this thesis begins in chapter 3, in which the institutional construction of conciliation is drawn. In other hand, chapter 4 works the limitations of conciliation in the Courts, discussing its application to private disputes, putting prejudices aside and determining to what extent effectiveness could be achieved. Chapter 5 analyzes conciliation as it is done, in particular the question of method and the balance between technique and involved people, determining the objective and subjective boundaries of conciliation in civil jurisdiction. The hypothesis presented in the introduction is confirmed in chapter 6, upholding— that conciliation makes judicial services more effective. Otherwise the final chapter sums up the conditions to get effective outputs through conciliation in the judicial environment.

The resolution of disputes through conciliation is obtained by mixing integrative means, taking in account all parts. In this institutional construction several constitutive elements rise up, since only negotiation through principles does not allow to reach all existing diversity of situations embraced by Judiciary. That is why an interdisciplinary approach is need, including first and second order communication, systems theory, theory of games and typology of conflicts. The present study assert the qualities of conciliation on its own constitutive bases, what means to get it hide of any informalism and embedded in its own technique, making it feasible to improve the effectiveness of judicial services.

Key-words: effectiveness of judicial services; dispute resolution; consensual means; mediation; conciliation.

RIASSUNTO

Si è prefissa questa tesi il compito di verificar *se e come* l'uso della conciliazione può conferir effettività alla prestazione giurisdizionale, intensa come pacificazione con giustizia, mettendo in rilievo la dimensione qualitativa dell'istituto.

A questo scopo si è allora contestualizzato il tema, essendo analizzato il giudiziario, l'attività giurisdizionale e la cultura della pacificazione nella contemporaneità, inoltre il trattamento delle controversie per mezzi consensuali. L'indagine dell'oggetto di questa tesi prende le mosse al capitolo terzo, con la costruzione istituzionale della conciliazione, cui si seguono – nel capitolo quarto – le delimitazioni nelle corti di giustizia, quando si depura la rispettiva applicazione delle controversie civili nell'intuito di superare pregiudizi e stabilisce in quale misura denota effettività. Nel quinto capitolo viene esaminata la conciliazione applicata, con enfasi nella verifica del método, nella dinamica tra la tecnica e i soggetti coinvolti, determinando i punti di riferimento oggettivi e soggettivi della conciliazione nella prestazione giurisdizionale civile. Il sesto capitolo presenta la tesi, che conferma l'ipotesi avanzata nella introduzione – c'è l'effettività della prestazione giurisdizionale civile a partire dalla conciliazione – di cui sintetizza le condizioni.

La risposta alla controversia per via della conciliazione si verifica dall'ingenerare soluzioni integrative che considerino ogni parte coinvolta. In questo costrutto istituzionale si identificano vari elementi costitutivi, dato che la trattativa su principi non prevede l'infinità delle variazioni ammesse nel giudiziario. Ecco perché l'interdisciplinarietà, la comunicazione di primo e di secondo ordine, la teoria dei sistemi, la teoria dei giochi e la tipologia delle controversie sono temi ugualmente consoni alla conciliazione, mezzi adatti a risolvere controversie nell'odierno sistema di giustizia. Lo studio che qui si presenta innalza la conciliazione per basi costitutive proprie, le quali allontanano l'istituto dagli informalismi e si concentrano sulla comprensione della sua técnica, rendendo possibile scegliere più accuratamente la via verso l'effettività della prestazione giurisdizionale.

Parole chiave: effettività della prestazione giurisdizionale; risoluzione delle controversie; mezzi consensuali; mediazione; conciliazione.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

I. DELIMITAÇÃO DO TEMA E JUSTIFICATIVA	12
II. CONTRIBUIÇÃO ORIGINAL	16
III. METODOLOGIA.....	18

PARTE I – CONTEXTUALIZAÇÃO E PREMISSAS TEÓRICAS

1. JUDICIÁRIO, ATIVIDADE JURISDICIONAL E CULTURA DA PACIFICAÇÃO	24
1.1. A FUNÇÃO DO JUDICIÁRIO NO ESTADO CONTEMPORÂNEO.....	25
1.2. CRISE DO JUDICIÁRIO E MEIOS CONSENSUAIS	31
1.3. ATUAL CONCEPÇÃO DE ACESSO À JUSTIÇA	41
1.3.1. UNIVERSALIZAÇÃO.....	42
1.3.2. CELERIDADE	47
1.3.3. ADEQUAÇÃO	51
1.4. FÓRUM DE MÚLTIPLAS PORTAS E A EXPERIÊNCIA NORTE-AMERICANA	53
1.5. JURISDIÇÃO E O SEU ESCOPO SOCIAL	63
1.6. CONSTRUINDO UMA CULTURA DE PAZ.....	69
1.6.1. SOCIEDADE.....	69
1.6.2. POLÍTICAS PÚBLICAS DE JUSTIÇA	75
1.6.3. ENSINO	82
2. TRATAMENTO ADEQUADO DE CONFLITOS POR MEIOS CONSENSUAIS	86
2.1. SISTEMAS, RELAÇÕES E INTERAÇÕES	86
2.1.1. COMPLEXIDADE E PENSAMENTO SISTÊMICO	87
2.1.2. A IMPORTÂNCIA DA INTERDISCIPLINARIDADE.....	92
2.1.3. SISTEMAS E COMUNICAÇÃO	97
2.1.4. ANALISANDO ESTRATÉGIAS: A TEORIA DOS JOGOS	103
2.2. COMPREENDENDO O CONFLITO.....	110
2.2.1. TIPOLOGIA DO CONFLITO.....	110

2.2.2. CONFLITO, DIREITO E ATIVIDADE JURISDICIONAL	122
2.3. MEIOS CONSENSUAIS	131
2.3.1. SISTEMATIZAÇÃO DOS PRINCIPAIS MEIOS CONSENSUAIS	132
2.3.1.1. NEGOCIAÇÃO.....	134
2.3.1.2. CONCILIAÇÃO	137
2.3.1.3. MEDIAÇÃO	138
2.3.1.4. <i>DESIGN</i> DE SISTEMAS DE DISPUTAS.....	143
2.3.1.5. AVALIAÇÃO DE TERCEIRO NEUTRO	144
2.3.2. ADEQUAÇÃO: VANTAGENS E DESVANTAGENS DOS MEIOS CONSENSUAIS.....	146

PARTE II – A CONCILIAÇÃO E A EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL CIVIL

3. A CONCILIAÇÃO: CONSTRUÇÃO INSTITUCIONAL	153
3.1. HISTÓRICO DO INSTITUTO NO BRASIL	153
3.2. CONCEITO: DESENVOLVENDO UMA NOVA PERSPECTIVA.....	167
3.3. OBJETIVO E ENVOLVIMENTO JUDICIAL CONTINUADO	181
4. AS DELIMITAÇÕES DA CONCILIAÇÃO NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.....	188
4.1. PRÉ-PROCESSUAL E PROCESSUAL	188
4.2. DIREITOS DISPONÍVEIS E INDISPONÍVEIS	194
4.3. RELAÇÕES DESIGUAIS E EMPODERAMENTO	201
4.4. EQUIDADE X NORMATIVISMO: EDIFICAÇÃO DA JUSTIÇA POR VALORES PESSOAIS E DA SOCIEDADE OU APLICAÇÃO DA DOGMÁTICA JURÍDICA COMO JUSTIÇA	214
4.5. TEMPO DA JURISDIÇÃO E TEMPO DA CONCILIAÇÃO: QUANTO DEMORA A CONSTRUÇÃO DA PACIFICAÇÃO?.....	223
5. A CONCILIAÇÃO APLICADA: VERIFICAÇÃO DO MÉTODO COMO RESPOSTA AO CONFLITO	232
5.1. TÉCNICAS E SUJEITOS: JUSTIFICATIVA DA ESCOLHA	232
5.2. TÉCNICAS.....	233

5.2.1. CONCILIAR É LEGAL? – PRÁTICAS ILEGÍTIMAS QUE ENFRAQUECEM O INSTITUTO.....	233
5.2.1.1. PARCIALIDADE DO CONCILIADOR	234
5.2.1.2. INTIMIDAÇÃO E PRESSÃO	238
5.2.1.3. ACORDO IMPOSTO.....	240
5.2.2. A CONDUÇÃO ADEQUADA DA CONCILIAÇÃO	242
5.2.3. TÉCNICAS E ETAPAS DA CONCILIAÇÃO	251
5.3. OS SUJEITOS DA CONCILIAÇÃO	257
5.3.1. O CONCILIADOR	260
5.3.1.1. FORMAÇÃO DO CONCILIADOR	266
5.3.1.2. CONTROLE E CÓDIGO DE ÉTICA.....	271
5.3.2. AS PARTES	273
5.3.3. OS ADVOGADOS	286
5.3.4. O JUIZ	291
5.3.5. O MINISTÉRIO PÚBLICO	296
5.3.6. OS AUXILIARES DA JUSTIÇA.....	298
6. EFETIVIDADE JURISDICIONAL PELA CONCILIAÇÃO: CONCLUSÕES.....	300
BIBLIOGRAFIA.....	321
ANEXO I. RESOLUÇÃO Nº 125 DO CNJ, DE 29 DE NOVEMBRO DE 2010.	

INTRODUÇÃO

Nas sociedades contemporâneas, há uma infinidade de conflitos, demasiadamente plurais e complexos. Assim, não é possível crer numa única forma de solução pautada na heterocomposição, preconizada pela adjudicação mediante a aplicação do ordenamento jurídico de forma imperativa¹. Há, nessa operação, um enquadramento do conceito abstrato do direito ao fato concreto que com ele guarda pertinência².

Atualmente, o alargamento da compreensão relacionada à efetividade³ da prestação jurisdicional requer estratégias que incrementem as respostas possíveis ao conflito⁴. O

¹ Sobre o termo adjudicação, v. Owen Fiss, in *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*, tradução coordenada por Carlos Alberto de Salles, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 26. O autor menciona que “a adjudicação é o processo social por meio do qual os juízes dão significado aos valores públicos” e, na respectiva nota, segue o esclarecimento: “*Adjudication* é a forma usual na literatura da língua inglesa para designar a atividade realizada pelo Judiciário na solução de conflitos. Não obstante o vocábulo correspondente em português seja mais utilizado nas relações de posse e propriedade (e.g., a “adjudicação compulsória”) é correta na sua extensão para o sentido utilizado na língua inglesa. O juiz ao julgar um determinado caso, aplica a norma ao caso concreto adjudicando – isto é, atribuindo – uma solução, entre outras possíveis para a controvérsia em questão”. No mesmo sentido e ratificando a utilização do termo, Carlos Alberto de Salles, “Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à justiça: a inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada”, in *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*, Organização de Luiz Fux, Nelson Nery e Teresa Wambier, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, p. 785, esclarece que “o julgador *adjudica* uma solução, entre outras em tese possíveis, pondo fim ao conflito existente entre as partes. O julgador aplica uma norma ao caso concreto, eliminando a controvérsia reinante entre as partes. A solução adjudicada diz respeito a uma aplicação normativa sobre a qual divergem as partes podendo ter por referência”.

² Para Maria Helena Diniz, *Compêndio de introdução à ciência do direito*, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 413, “a norma jurídica só se movimenta ante um fato concreto, pela ação do magistrado, que é intermediário entre a norma e a vida ou o instrumento pelo qual a norma abstrata se transforma numa disposição concreta, regendo uma determinada situação individual. Assim, o dispositivo do Código Civil que estabelece a proteção possessória, garantidor, permanece como norma abstrata até o momento em que o possuidor, alegando uma turbacão da posse, pede ao órgão judicante a aplicação da norma protetora. A aplicação do direito, dessa forma concebida denomina-se subsunção”.

³ Vale ressaltar que o presente estudo investigará a efetividade da prestação jurisdicional e não sua eficiência. Tal diferença é enfatizada por Mauro Cappelletti, “Algunas reflexiones sobre el rol de los estudios procesales en la actualidad”, in *Revista de Processo*, nº 64, out.-dez.1991, p. 149, ao mencionar que “Existe uma sutil pero profunda diferencia, e incluso una estricta conexión, entre efectividad y eficiencia: la primera concierne a las partes, su acceso a la maquinaria de protección; el último se refiere, em cambio, a la manera em la cual esa misma maquinaria trabaja”. Para Carlos Alberto de Salles, “Entre a eficiência e a equidade: bases conceituais para um direito processual coletivo”, in *Revista de direitos difusos*, vol. 36, mar.-abr. 2006, p. 21, “A eficiência pode ser vista como uma espécie de vetor que orienta os agentes em um sistema de mercado, expressando a maneira de se obter o máximo consumo de bens e serviços a partir de uma dada quantidade de recursos”.

⁴ Nesse sentido, Carlos Alberto de Salles, “Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à Justiça: a inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada”, ob. cit., p. 780/781, afirma que “A referida crise da jurisdição estatal reforça a necessidade de se lançar mão de mecanismos alternativos. Tal crise não é apenas relacionada ao grande número de feitos, mas também qualitativa, isto é, referida à adequação das soluções produzidas pelo sistema estatal. Se nos Estados Unidos, apenas uma pequena quantidade de casos chega às cortes e desses apenas uma pequena porcentagem chega a julgamento, sendo resolvidos precocemente através de acordo, no Brasil ainda que não hajam estatísticas a esse

tema do presente estudo se insere nesse contexto, pois pretende verificar se a conciliação pode ser legitimamente utilizada pelo Poder Judiciário como meio de resolução, capaz de solucionar conflitos pela pacificação com Justiça. É preciso ressaltar que a ciência processual por muito tempo voltou-se preponderantemente ao desenvolvimento de temas e técnicas ligados ao escopo jurídico do processo, como se a função primordial da jurisdição fosse o julgamento da controvérsia pelo exercício da atividade substitutiva imperativa. O objeto desta tese, porém, se insere na tendência do desenvolvimento de institutos processuais voltados à efetividade da Justiça⁵, analisando a prestação jurisdicional a partir do entendimento de que sua função primordial é a social.

I. DELIMITAÇÃO DO TEMA E JUSTIFICATIVA

O objetivo central desta tese é verificar *se e como* a utilização da conciliação pode conferir efetividade à prestação jurisdicional, compreendida pela pacificação com Justiça, pois é notadamente insuficiente afirmar que a institucionalização desse meio de resolução de conflitos corresponde a uma melhora da prestação jurisdicional⁶. Assim, a hipótese estabelecida é: há efetividade da prestação jurisdicional civil a partir da conciliação.

propósito, é intuitivo afirmar que a grande maioria dos processos absorvidos pela máquina judiciária estatal termina com uma decisão judicial, após longa instrução e esgotamento das vias recursais”.

⁵ Cf. Ada Pellegrini Grinover, “Deformalização do processo e deformalização das controvérsias” in *Revista de Processo*, n. 46, São Paulo, abr.-jun. 1987, p. 63, “Conquistada a maturidade científica de sua disciplina, era preciso que o processualista se voltasse em outra direção. Assim se fez e, aproximadamente a partir dos anos setenta, o processo brasileiro tomou novos rumos: primeiro os estudos constitucionais, em que as atenções se voltaram para o lado jurídico-constitucional, como resultante das forças políticas e sociais de determinado momento histórico; com isso, a transformação do processo, de instrumento meramente técnico, em instrumento ético de atuação da Justiça e de garantia da liberdade; a partir desta visão externa, a percepção da necessidade da plena e total aderência do sistema processual à realidade sócio-jurídica a que se destina, cumprindo sua primordial vocação, que é a servir de instrumento à efetiva realização dos direitos materiais; e para isso, a visão da técnica processual como instrumento dirigido à predisposição dos meios destinados aos diversos escopos processuais. E assim foi que, sem descurar o cientificismo do processo, os novos processualistas brasileiros deslocaram o eixo de suas preocupações para outros enfoques e posturas, rumo ao instrumentalismo substancial do processo e à efetividade da Justiça, quando todo o sistema processual passa a ser visto como instrumento para atingir os escopos jurídicos, sociais e políticos da jurisdição e a técnica processual, como meio para a obtenção de cada um deles”.

⁶ Para Bryant G. Garth, “ADR and Civil Procedure: A Chapter or an organizing a theme?”, in *37 Journal Legal Education*, 1987, p. 34, “I believe that the casebook approach of ‘adding a unit’ is useful but insufficient, not because ADR is such an attractive legal reform movement that we must promote it more, but because the best way to establish the connection between ADR and civil procedure is to bring a new perspective to civil procedure generally”.

Pretende-se investigar se realmente a conciliação possibilita uma melhora da prestação jurisdicional civil, bem como que balizas limitam esse instituto no âmbito institucional das cortes de Justiça. O objetivo deste estudo é identificar *se e em que medida* a conciliação é, de fato, um instrumento hábil para resolver conflitos com pacificação. Há um recorte para permitir o correto aprofundamento, próprio de uma tese de doutoramento – a análise empreendida refere-se à prestação jurisdicional civil, isto é, restringe-se à conciliação em conflitos civis.

Mais do que aplicar o direito com a prolação da sentença, cabe ao Poder Judiciário verdadeiramente pacificar os conflitos. Desenvolvem-se mudanças, criam-se novos procedimentos, altera-se o sistema recursal, tudo a fim de conceder a tutela jurisdicional com celeridade e segurança, dando a quem tiver razão o bem da vida. Entretanto, nesse panorama, é imprescindível mais uma mudança: a promoção do consenso pelo Judiciário, verificando as possíveis saídas para o deslinde que realmente conduzam as partes à pacificação. É justamente por isso que a busca por um processo civil de resultados se coaduna com a investigação sobre meios consensuais⁷⁻⁸.

Como se verá ao longo deste estudo, os meios consensuais são capazes de incrementar o sistema de Justiça, não por aniquilar rapidamente as demandas – o que, aliás, só acontecerá se houver acordo –, mas por traduzirem maior adequação da resposta ao conflito. Assim, podem ser vistos como formas de participação democrática na administração da Justiça, mas a adoção de uma vertente meramente quantitativa, voltados para produtividade⁹⁻¹⁰, deve ser afastada.

⁷ Para Cândido Rangel Dinamarco, in *Fundamentos do processo civil moderno*, 5ª Ed., v. 1, São Paulo, Malheiros, 2002, p. 318, “O processo civil de hoje é necessariamente um processo civil de resultados, porque sem bons resultados, e efetivos, o sistema processual não se legitima”.

⁸ Carlos Alberto de Salles, in *A arbitragem na solução de controvérsias contratuais da administração pública*, Tese de livre docência, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, p. 247, menciona como mais adequada a classificação entre meios consensuais, adjudicatório ou mistos, porque a classificação entre meios autocompositivos e heterocompositivos possui o inconveniente de ser focada na atividade das partes em relação à solução da controvérsia, sem destacar o papel do terceiro. Segundo o autor, “parece mais acertada propor uma divisão baseada na existência de uma adjudicação ou de uma solução de consenso na forma como a controvérsia é resolvida. Esse critério permite aquilatar qual a participação e objetivo dos terceiros atuantes na resolução do litígio”.

⁹ Para Marc Galanter, “Compared to what? Assessing the quality of dispute processing”, in *Denver University Law Review*, nº 66, 1989, p. xii, “The many reasons for preferring one dispute mechanism over another can be reduced to two basic arguments. The first of these, which we might call the “production” cluster, is that one or another mechanism will produce “more” with less expenditure of resources. Thus we find arguments that a given device will increase the number and speed of resolutions and lower their cost. (...) Even where it can be shown that one process is cheaper and faster than another, such a demonstration is necessarily incomplete, for it is necessary to ask whether what is obtained for the lower

Visando dar efetividade à prestação jurisdicional, a conciliação deve ser estudada por sua dimensão qualitativa – a investigação feita nesta tese parte dessa premissa. Nesse sentido, a conciliação é vista como uma técnica processual, utilizada não apenas para realizar a composição entre as partes, mas para que o Judiciário cumpra sua função social, dando oportunidade às partes de buscar a resolução do conflito¹¹.

Ademais, a resolução de conflitos por meios diversos da adjudicação não representa apenas uma possibilidade técnica, mas principalmente uma escolha política¹². Por isso, importa realçar que o Estado, estabelecendo formas plurais e adequadas aos vários tipos de conflitos, reforça o seu compromisso com a pacificação social. Inevitavelmente, essa concepção deve ser vista como um projeto de longo prazo, mais no sentido de que ajudará a sociedade a desenvolver uma cultura de pacificação do que especificamente desafogará o excesso de processos do Poder Judiciário em curto prazo.

A adequação de cada meio deve ser feita de acordo com a ponderação do caso concreto; evidente que a complexidade das relações e a pluralidade de conflitos exigem formas também plurais de solução. Dessa forma, quanto maior o número de meios de resolução, maior também a possibilidade de encontrar o que melhor se ajuste aos objetivos e necessidades das partes envolvidas, bem como de o Estado intervir para

cost is equally desirable. We arrive at the question of the benefits or qualities that we attribute the rival arrangements. This brings us to our second great cluster of arguments – assertions about the superiority of alternative processes or the outcomes that they produce”.

¹⁰ Destacando a utilização da mediação com a finalidade de desafogar o Judiciário, Águida Arruda Barbosa, “Estado da Arte da Mediação Familiar Interdisciplinar no Brasil”, in *Revista Brasileira de Direito de Família – IBDFAM*. Vol.8, n. 40, fev.-mar. 2007, p. 142, menciona que “Este uso equivocado da mediação afasta o instituto de sua potencialidade de atuar na redução das causas do imenso número de processos que esmagam os tribunais. Assim, a mediação tem sido apequenada, quando usada para anteparo cerceador do acesso à justiça, induzindo o cidadão a celebrar acordos que não satisfazem a dignidade da pessoa humana”.

¹¹ Para Lília Maia de Moraes Sales, in *Justiça e mediação de conflitos*, Belo Horizonte, Del Rey, 2004, p. 14, “É o diálogo solidário que possibilita a construção de soluções pelos indivíduos envolvidos no conflito, oferecendo-lhes o sentimento de inclusão”.

¹² Vale destacar que nem sempre será adequada a utilização da expressão “meios alternativos”, cf. Valeria Ferioli Lagrasta Luchiar, “A Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça: origem, objetivos, parâmetros e diretrizes para a implantação concreta”, in *Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional*, Coordenadores Morgana de Almeida Richa e Antonio Cezar Peluso, Rio de Janeiro, Forense, 2011, p. 231, porque “Os métodos consensuais (ou “alternativos”) de solução de conflitos não podem ser vistos apenas como meios ou métodos praticados fora do Poder Judiciário, como sugere o adjetivo “alternativo”, utilizado para qualificá-los, mas devem ser vistos também como importantes instrumentos, à disposição do próprio Poder Judiciário, para a realização do princípio constitucional do acesso à Justiça, havendo uma complementaridade entre a solução adjudicada, típica do Poder Judiciário, e as soluções não adjudicadas”.

pacificar conflitos. Assim, ressalte-se que aumentarão as potencialidades da conciliação, se o instituto estiver interligado a um sistema de múltiplas portas, pois permite maior individuação do instituto, como método, e especialidade no endereçamento dos conflitos que lhe são enviados. Essa também é uma premissa adotada no presente estudo.

Vale destacar que a adequação do modelo de solução de controvérsias é matéria própria do direito processual, que deve abrir o estudo de seus institutos e, considerando fatores externos, verificar se as escolhas políticas são condizentes com sua disciplina jurídica.

Para realizar tal intento, além dessa introdução, o estudo foi dividido em seis capítulos desmembrados em duas partes: os primeiros dois capítulos compõem a primeira parte e são estruturantes, pois estabelecem uma contextualização do tema, bem como esclarecem as premissas teóricas; os demais compõem a segunda parte e referem-se ao estabelecimento da relação entre a conciliação e a efetividade da prestação jurisdicional civil. Assim, os três capítulos subsequentes são de investigação, cabendo ao sexto o desenvolvimento da tese propriamente dita, com as conclusões do estudo realizado. Por fim, seguem a bibliografia e o anexo.

O primeiro capítulo apresenta o Poder Judiciário, a atividade jurisdicional e a cultura da pacificação na contemporaneidade, discorrendo sobre os desafios e as necessidades dos tempos atuais. Já o segundo capítulo prima pela interdisciplinaridade, uma vez que se volta ao estudo do tratamento de conflitos por meios consensuais, enfocando inicialmente os sistemas, suas relações e suas interações. Aprofundam-se depois as teorias sobre o conflito, a partir da sua tipologia, e, em seguida, busca-se estabelecer uma relação desse fenômeno humano com o direito e a atividade jurisdicional. Na parte final desse capítulo, há sistematização dos principais meios consensuais, verificando as vantagens e as desvantagens de cada meio, com vistas à necessidade das partes em conflito.

A investigação do objeto de análise desta tese tem início no terceiro capítulo, com a construção institucional da conciliação. Esse capítulo tem a finalidade de identificar as bases constitutivas do instituto, afastando conceitos outrora concebidos e apresentando

uma perspectiva diferenciada: estrutura o conceito com vistas a constatar a tipologia do conflito e a partir da técnica própria da conciliação.

O quarto capítulo investiga as delimitações da conciliação nas cortes de Justiça, depurando a aplicação do instituto aos conflitos civis, na tentativa de superar preconceitos e determinar em que medida sua aplicação denota efetividade. No quinto capítulo, há uma análise da conciliação aplicada, com destaque para a verificação do método, pela dinâmica existente entre a técnica e os sujeitos envolvidos na conciliação. Com isso, pretende-se estabelecer as balizas objetivas e subjetivas da conciliação na prestação jurisdicional civil, com vista à sua efetividade.

O sexto capítulo apresenta a tese, com as conclusões de toda a investigação realizada. Cumpre, porém, antecipar que a hipótese se confirma sob condições, pois há efetividade da prestação jurisdicional civil a partir da conciliação. Contudo, o instituto deve ser corretamente assimilado pelo ordenamento jurídico e pelos operadores do direito, bem como suas limitações devem ser respeitadas.

Em seguida estão a bibliografia e o anexo.

II. CONTRIBUIÇÃO ORIGINAL

Existe uma tradição cultural centrada no modelo contencioso que embasa o processo judicial. As partes litigam por seus advogados em polos opostos, buscando unicamente ganhar a causa, que se reflete em obter uma sentença favorável proferida pelo juiz competente, que decide de forma impositiva o litígio. Hoje, os meios consensuais foram definitivamente introduzidos, modificando de maneira cabal esse panorama. É o que se vê pela Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, datada de 29 de novembro de 2010¹³, sedimentando a implementação nacional de uma política diferenciada de Justiça, pautada no tratamento dos conflitos por meios consensuais, principalmente pela conciliação e mediação¹⁴.

¹³ A íntegra da resolução está disponível em <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010>>, acessado em 24.06.2011.

¹⁴ Segundo Francisco José Cahali, in *Curso de arbitragem*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, p. 45, a partir dessa resolução, “Como política pública, impõe-se ao Poder Judiciário disponibilizar ao

A perspectiva relacionada à função social da jurisdição não é nova, tendo sido utilizada em diversas pesquisas. Outrossim, nem a importância dos meios consensuais, nem tampouco a respectiva possibilidade de institucionalização no Judiciário constituem temas inéditos.

A contribuição original desta tese refere-se especificamente à escolha do tema e também à sua abordagem. A presente tese elege como objeto de pesquisa a conciliação, que, muitas vezes com vistas à mediação, é posta em plano secundário, questionada inclusive se apta a servir de meio para resolver conflitos. A conciliação desenvolvida nesta tese parte do entendimento de que o instituto exige técnica própria, razão por que precisa ser conduzida por um profissional.

Justamente por ser um instituto antigo, já teve momentos de glória e ostracismo, embora sempre tenha estado presente no ordenamento jurídico brasileiro. Agora, a abordagem da conciliação apresenta uma nova perspectiva: o consenso de que trata esta tese não se limita apenas ao que está compreendido na transação, mas estende-se a uma negociação baseada em princípios, capaz de dar às partes mais que soluções meramente distributivas.

A resposta ao conflito pela conciliação verifica-se pelo engendramento de soluções integrativas, que contemplem todas as partes envolvidas, denotando pacificação com Justiça.

Acresça-se ainda que nessa construção institucional relevam-se outros elementos constitutivos, mesmo porque a negociação por princípios corresponde apenas a uma gama de conflitos e não contempla a infinidade de variações vistas no Judiciário. Daí porque a interdisciplinaridade, a comunicação de primeira e segunda ordem, a teoria dos sistemas, a teoria dos jogos e a tipologia dos conflitos também são temas relacionados à conciliação, como meio apto de solucionar conflitos no sistema de Justiça atual.

Eis a contribuição original que se almeja dar à ciência jurídica brasileira: um estudo da conciliação por bases constitutivas próprias, que afastam o instituto de informalismos e

jurisdicionado o que se chamou de “tratamento adequado da demanda” por meio da conciliação e da mediação judiciais”.

se voltam ao entendimento da sua técnica, permitindo refinar os caminhos para chegar à efetividade da prestação jurisdicional.

III. METODOLOGIA

O presente estudo parte de uma investigação dogmático-processual, com foco na dimensão analítica, consistindo na compilação e sistematização não só da contextualização em que o tema se insere, mas também no aprofundamento das bases teóricas que o cercam e definem. Nesse sentido, é preciso esclarecer que não se elegeu um método único para o desenvolvimento completo do estudo, que ora parte de uma perspectiva dedutiva, como na contextualização e no desenvolvimento das premissas teóricas, ora de uma perspectiva indutiva, pela menção de casos concretos, como se vê preferencialmente no quinto capítulo¹⁵.

A dimensão analítica abrangerá duas perspectivas. Primeiro, o estudo crítico da doutrina relacionada ao tema e, neste ponto, cumpre frisar que, por ser tema de destaque recente no ordenamento brasileiro, também se recorreu como base explanatória a entrevistas e palestras de doutrinadores, pesquisadores e acadêmicos da área, a fim de que a investigação se afinasse com uma expectativa prospectiva. Segundo, as perspectivas normativas, pois a investigação abrange leis e diversos atos normativos, como resoluções e regulamentos.

Ainda sobre a pesquisa doutrinária, é preciso fazer um esclarecimento. É possível que, no decorrer do estudo, a bibliografia faça menção à conciliação, mesmo sendo referente à mediação. Isso se explica não apenas pela ausência de delimitação específica sobre as distinções entre mediação e conciliação – o que permite diversos posicionamentos doutrinários –, mas principalmente porque ambas são vistas nesta tese como espécies do mesmo gênero, qual seja, meios de tratamento de conflitos. Logo, muitas

¹⁵ Segundo Cleverson Leite Bastos e Vicente Keller, *in Apreendendo a aprender – introdução à metodologia científica*, 3ª ed., Petrópolis, Vozes, 1992, p. 84, “Método é um procedimento de investigação e controle que se adota para o desenvolvimento rápido e eficiente de uma atividade qualquer. Não se executa um trabalho sem a adoção de algumas técnicas e procedimentos norteadores da ação”. Assim, a utilização dos métodos dedutivos e indutivos busca maior completude da investigação realizada, uma vez que “O direito não é uma ciência que se ocupa da natureza, e a hipótese jurídica não pode ser demonstrada em laboratório, mas somente quando amplamente aplicada na sociedade”, cf. Petronio Calmon, *in Fundamentos da mediação e da conciliação*, Rio de Janeiro, Forense, 2007, p. 05.

considerações se aplicam a ambos os institutos e as distinções são especialmente enfocadas no decorrer desta investigação. Já com relação à bibliografia norte-americana, frise-se que naquele sistema não há conciliação, uma vez que a mediação nesse país encontra diversas classificações. Assim, muitas práticas chamadas de mediação no sistema norte-americano se identificam com a conciliação do sistema brasileiro.

Pelo aprofundamento próprio de uma tese, o estudo interdisciplinar ganha destaque no segundo capítulo. Diversos institutos ali conceituados são retomados no decorrer do trabalho, possibilitando maior embasamento dos temas tratados.

Sobre o direito comparado, vale destacar que sua importância reside em ampliar a perspectiva de análise, muitas vezes propiciando parâmetros de avaliação do instituto estudado, ora mostrando soluções interessantes, ora revelando entraves inimagináveis. O ordenamento jurídico de um país é fruto da sua própria evolução e, até por isso, o sucesso de alguns institutos processuais está intimamente ligado à formação cultural da nação, fato tão delicado quanto relevante para compreender as diferenças e suas possíveis flexibilizações.

Sobre o modelo comparativo estrangeiro, é preciso mencionar que o sistema jurídico norte-americano foi escolhido como paradigma pela importância de que desfruta no estudo de meios consensuais. Segundo Carlos Alberto de Salles, uma boa medida para orientar essa escolha é a adoção de critérios funcionais, ou seja, encontrar no paradigma estrangeiro um instituto com a mesma função que a do nacional sob comparação¹⁶. As considerações feitas sobre esse sistema estão espalhadas pela tese, principalmente pela finalidade dos institutos, buscando melhor proveito do estudo e fugindo de comparações equivocadas. No entanto, há maior ênfase da análise do direito norte-americano no item que versa sobre o Fórum de Múltiplas Portas, no primeiro capítulo, conhecido naquele sistema como *Multidoors Courthouse*, que guarda grande semelhança com os Centros

¹⁶ Para Carlos Alberto de Salles, “Ações Coletivas: premissas para comparação com o sistema jurídico norte americano”, in *Processos Coletivos e Tutela Ambiental*, organização de Carlos Alberto de Salles, Solange Teles da Silva e Ana Maria de Oliveira Nusdeo, Santos, Leopoldianum, 2006, p. 22, “Muitas vezes, falta clareza quanto aos instrumentos do direito estrangeiro dirigidos a uma determinada área ou problema, mas também a falta de clareza quanto às funções exercidas pelos próprios instrumentos nacionais. Esses fatos conduzem a comparações muito limitadas e, algumas vezes, inteiramente equivocadas”.

Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, introduzidos de forma incisiva no sistema brasileiro pela Resolução nº 125 do CNJ.

Esse item tem a finalidade de identificar recursos diferenciados, passíveis de assimilação em nossa tradição, mas principalmente pretende situar a conciliação – objeto desta tese – em um contexto maior, ou seja, a conciliação como meio de resolver conflitos concomitantemente com a possibilidade de empregar muitas outras técnicas, o que permite abordar com maior destaque à adequação. Nesta parte do estudo, há uma proposta específica: não se quer fazer uma análise comparativa entre institutos, mas apenas trazer a experiência daquele país como forma de conhecer outra realidade para, em momento posterior, apresentar sugestões mais ponderadas e buscar o enriquecimento da própria experiência nacional.

Vale frisar que não há nenhum empecilho nas raízes diferenciadas entre os países mencionados, quais sejam, *common law* e *civil law*¹⁷. É certo que atuam sobre bases históricas e operacionais diversas, mas tanto a estrutura, quanto a função jurisdicional são fundamentalmente as mesmas em ambos, o que não impede o aprofundamento dos institutos examinados. Acresça-se ainda que o direito norte-americano contribuiu, em outras ocasiões, para o direito nacional¹⁸, até porque a evolução do direito tem aproximado muito esses dois sistemas.

O direito norte-americano, como objeto paradigmático do direito alienígena, tem especial relevância quanto aos meios consensuais. Isso porque apresenta um modelo consolidado de Justiça, integrando diversos meios consensuais e adjudicatórios, somando longa experiência jurídica nessa área.

¹⁷ Cf. Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe, “Recepção e transmissão de institutos processuais civis”, in *Revista de Processo*, nº 140, out. 2006, p. 154, “Na sociedade contemporânea – que é a sociedade do conhecimento – o intercâmbio entre os diversos sistemas processuais tenderá a aumentar cada vez mais, levando a uma homogeneidade crescente, não só entre países pertencentes à mesma raiz, mas até entre famílias jurídicas diversas”.

¹⁸ Exemplo disso é o *due process of law*, hoje incorporado na CF/88. Igualmente, a *class action* teve fundamental importância na conformação do sistema brasileiro de proteção de interesses difusos e coletivos. Sobre a importância do estudo do direito norte-americano, em especial na tutela de interesses coletivos, v. Ada Pellegrini Grinover, *Novas tendências do direito processual*, São Paulo, Forense Universitária, 1990, p. 137-141.

Por fim, é preciso ressaltar que houve a preocupação em desenvolver a investigação considerando a experiência vista nas cortes de Justiça – o que, aliás, é feito de forma mais detida no quinto capítulo, que examina a conciliação aplicada, pela dinâmica entre a técnica utilizada e os sujeitos envolvidos. Nesse ponto, é preciso esclarecer que as questões abordadas, em certa medida, tiveram início na análise de casos realizada pelo Núcleo de Estudos de Mecanismos de Solução de Conflitos – NEMESC, atualmente institucionalizado como disciplina de cultura e extensão da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo¹⁹.

Sobre o NEMESC, é preciso fazer alguns esclarecimentos. Depois de um embasamento teórico específico, os alunos realizam visitas ao Setor de Conciliação do Foro Central da Comarca da Capital de São Paulo, ao Setor Extrajudicial de Conciliação, vinculado a esse foro, e ao Setor de Conciliação do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. A intenção é que os alunos verifiquem elementos específicos para aferir a idoneidade da conciliação como meio de resolução de conflitos, podendo perquirir a adequação do método tal como vem sendo desenvolvido. Procura-se constatar a realização de uma conciliação que não favoreça simplesmente o acordo, mas que de fato proporcione o adequado tratamento do conflito. Neste estudo é dada continuidade a muitas discussões lá iniciadas, enfatizando a técnica a aplicar e a interferência dos sujeitos envolvidos.

Algumas experiências empíricas são enfatizadas no decorrer do estudo, fortalecendo uma visão voltada à realidade das conciliações e da institucionalização dos meios consensuais no Judiciário. Nesse sentido, vale mencionar o Íntegra, projeto piloto para a instalação de núcleos de mediação interdisciplinar em crimes processados pela Lei nº 9.099/1995, em conflitos de gênero e família, capacitação e supervisão técnica, atendimento ao público e pesquisa da metodologia aplicada no Foro Regional de Santana, na Comarca de São Paulo - SP²⁰, que permitem estabelecer um paralelo das

¹⁹ A metodologia do NEMESC pode ser verificada em Carlos Alberto de Salles e et. al., “A experiência do Núcleo de Estudos de Meios de Solução de Conflitos (NEMESC)”, *Revista Direito GV*, v. 6, nº 1, jan.-jun. 2010. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322010000100005&script=sci_arttext>, acessado em 02.10.2011.

²⁰ Nesse sentido, v. “Formulário para encaminhamento de projeto”, in *Revista do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 1, nº 2, jul.-dez. 2006, p. 255-298. Sobre os resultados desse projeto, v. Célia Regina Zapparolli, “Políticas públicas de justiça e a mediação de conflitos intrafamiliares em contextos de crimes processados pelas leis 9.099/1995 e 11.340/2006”, in *As grandes transformações do processo civil brasileiro – Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*, Coordenação de Carlos Alberto de Salles, São Paulo, Quartier Latin, 2009.

diferenças entre a conciliação e a mediação, sobretudo quando institucionalizadas no Judiciário. Igualmente, a pesquisa desenvolvida pelo Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais – CEBEPEJ, sobre os Juizados Especiais Cíveis²¹, auxiliou a verificação da conciliação aplicada aos conflitos de menor complexidade. Outrossim, a pesquisa realizada pelo CNJ sobre os cem maiores litigantes do Poder Judiciário²², favoreceu uma investigação crítica quando um desses sujeitos está em um dos polos na conciliação.

É preciso reconhecer que, se não há uma dimensão propriamente empírica nesta tese, há, contudo, preocupação de manter a investigação calcada na superação das dificuldades emanadas da praxe forense, a fim de cumprir seu objetivo: verificar a efetividade da prestação jurisdicional pela conciliação.

²¹ Cf. CENTRO BRASILEIRO DE ESTUDOS E PESQUISAS JUDICIAIS (CEBEPEJ). Juizados Especiais Cíveis: estudo. Brasília: Ministério da Justiça, 2006. Disponível em <<http://www.cebepj.org.br/pdf/DJEC.pdf>>. Acessado em 20.06.2011.

²² Cf. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Cem maiores litigantes*. Brasília, março de 2011. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Acessado em 20.06.2011.

PARTE I – CONTEXTUALIZAÇÃO E PREMISSAS TEÓRICAS

1. JUDICIÁRIO, ATIVIDADE JURISDICIONAL E CULTURA DA PACIFICAÇÃO

A transição do Estado Liberal para o Estado Social promoveu alteração de monta não apenas na concepção de Estado, mas principalmente na integração dos Poderes. Com isso, o Poder Judiciário é atualmente chamado para atender o bem comum e efetivar os direitos fundamentais, garantindo igualdade material. Contudo, fica cada vez mais evidente na agenda de discussões que uma crise – revestida de caráter impeditivo – obsta esse Poder de cumprir suas finalidades institucionais.

Acresça-se ainda que uma nova concepção de acesso à Justiça desenvolve-se de forma ampliativa, levando o Judiciário a realizar uma estruturação que enseje não apenas a pacificação decorrente da prolação de sentença, mas ainda uma gama de serviços jurídicos, voltados à construção de consenso – incrementando uma Justiça colaborativa – que preste ademais orientações jurídicas de diversas naturezas. O Judiciário deverá oferecer serviços voltados à resolução de problemas jurídicos e não apenas resolução de conflitos de interesses, conforme outrora.

Além disso, há considerações sobre a experiência norte-americana do Fórum de Múltiplas Portas, seguidas de uma análise da jurisdição, bem como do seu escopo magno: a pacificação das partes com Justiça. Apresentam-se, em seguida, considerações sobre a construção de uma cultura de paz, enfocando iniciativas sociais, o desenvolvimento de políticas públicas de Justiça, principalmente a Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, e a importância do ensino voltado a uma nova formação dos profissionais, sobretudo dos que atuam na área jurídica.

Destarte, este capítulo inicial apresenta a contextualização do objeto de estudo.

1.1. A FUNÇÃO DO JUDICIÁRIO NO ESTADO CONTEMPORÂNEO

A transição do Estado Liberal para o Estado Social promoveu o rompimento da tradicional divisão de poderes preconizada por Montesquieu, pois tal teoria foi concebida para evitar a concentração de poderes numa época em que a aplicação dos comandos legais era a mais pura expressão de segurança e garantismo²³. A lei, vista como comando geral e abstrato, derivada da vontade do povo, devia ser aplicada sem interferência de espécie alguma. O contrário era interpretado como grave comprometimento à ordem geral. Assim, a teoria da separação dos poderes pretendia promover a proteção dos direitos fundamentais de primeira geração pela limitação de poderes no momento histórico em que direitos e liberdades individuais estavam em pleno desenvolvimento.

A ideologia contida nessa teoria influenciou as constituições liberais por toda a parte, encontrando repercussão até os tempos atuais²⁴. A separação mais estanque dos Poderes assegurava quase absoluta autonomia nas respectivas atividades finalísticas, como reação aos excessos do período absolutista em que todo o poder era concentrado nas mãos do soberano. Com isso, o Poder Judiciário habituou-se a corrigir os atos dos agentes políticos mediante uma conduta negativa²⁵. A Justiça estava mais ligada à manutenção do *status quo* e a uma visão individualista do processo. Contudo, a transição para o Estado Social promoveu alteração substancial nessa ordem.

²³ Segundo Ada Pellegrini Grinover, “O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário”, in *O processo – estudos e pareceres*, 2ª ed., São Paulo, DPJ, 2009, p. 36, a teoria da separação dos poderes “foi consagrada em um momento histórico – o do liberalismo – em que se objetivava o enfraquecimento do Estado e a restrição de sua atuação na esfera da liberdade individual. Era o período da primeira geração de direitos fundamentais, ou seja, das liberdades ditas negativas, em que o Estado só tinha o dever de abster-se, para que o cidadão fosse livre de fruir de sua liberdade. O modelo do constitucionalismo liberal preocupou-se, com exclusividade, em proteger o indivíduo da ingerência do Estado”.

²⁴ Para Osvaldo Canela Júnior, in *Controle Judicial de Políticas Públicas*, São Paulo, Saraiva, 2011, p. 67, “A teoria da separação dos poderes foi concebida, portanto, para assegurar a existência de um governo moderado, mediante distribuição das atividades do Estado e consequente controle recíproco entre suas formas de expressão”.

²⁵ Sobre essa atuação corretiva, destacando a teoria da falha legislativa no sistema norte-americano, v. Owen Fiss, in *Um novo processo civil*, ob. cit., 2004, p. 38. O autor destaca que “as cortes não são, na verdade, instituições ineficientes, bem como que seu lugar legítimo na organização estatal não depende da falha de outra instituição, seja esta legislativa ou executiva. Sugerem, outrossim, que as cortes sejam vistas como uma fonte coordenada do poder estatal com esfera de influência própria, definida a partir da unificação da ocasião e da função do exercício do poder. O papel judicial é limitado pela existência de valores constitucionais e a função das cortes é conferir significado a esses valores”.

Os direitos de segunda geração foram sucessivamente ocupando a pauta de discussões, exigindo do Estado que abandonasse a conduta negativa em prol de uma conduta ativa, capaz de conferir igualdade substancial a todos²⁶.

Houve renovação do direito principalmente por mérito da Declaração Universal dos Direitos Humanos²⁷, bem como pela subsequente constitucionalização dos direitos sociais. Valores fundamentais de Justiça e dignidade humana, como ditames desse documento, foram internalizados nos ordenamentos jurídicos por normas com eficácia vinculativa²⁸. No Brasil, essa vertente é claramente observada na CF/88.

O Judiciário passou, então, a enfrentar uma realidade completamente diferente. A atividade jurisdicional, estruturada a partir da supremacia irretocável da lei, deixa a posição tecnocrata de outrora para proporcionar a concretização das normas constitucionais, interferindo cada vez mais nas pautas políticas²⁹. Os direitos constitucionais deixam de ser vistos como recomendações ao legislativo ou ao executivo e tornam-se direitos subjetivos, que podem ser judicializados para ter efetivo cumprimento. Esse novo posicionamento em relação à normatividade constitucional traz uma série de implicações e, sobretudo, solicita nova postura do Poder Judiciário, além de técnicas processuais diferenciadas, capazes de atender a essas novas exigências.

²⁶ É possível citar como marcos dessa mudança de perfil as Constituições mexicana de 1917 e alemã de Weimar de 1919, cuja previsão de direitos estende-se às prestações estatais positivas relacionadas aos direitos sociais.

²⁷ Em 1948, a Assembléia Geral das Nações Unidas proclamou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, assim dispondo o artigo 1º: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. São dotadas de razão e de consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”.

²⁸ Para Carlos Eduardo de Vasconcelos, *in* *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*, São Paulo, Método, 2007, p. 54, “Mesmo que historicamente os direitos sociais de igualdade venham depois dos direitos individuais de liberdade, eles são ontologicamente prioritários porque constituem as condições necessárias para o exercício destes. Sem os mínimos direitos econômicos e sociais, não se podem exercer os direitos civis e políticos. Portanto, há uma relação de complementaridade entre os direitos de liberdade e de igualdade, sendo hoje comum vê-los qualificados como direitos a uma liberdade e direitos à igualdade de oportunidades. E como igualdade supõe poder regulatório e liberdade implica força emancipatória, essa complementaridade é complexa, contraditória”.

²⁹ Sobre a mudança do Judiciário no sistema norte-americano, v. Abram Chayes, “The Role of The Judge in Public Law Litigation” *in* *Harvard Law Review*, v. 89, 1976, p. 1281-1316. O autor refere-se ao modelo novo e emergente de contencioso voltado para interesses públicos e, na construção do seu argumento, menciona que “In our receveid tradition, the lawsuit is a vehicle for settling disputes between private parties about private rights”, *ob. cit.*, p. 1284. Para o autor, este modelo tradicional é bipolar; retrospectivo; adstrito à interdependência existente entre direitos e remédios; de impacto restrito às partes e dependente da provocação dos interessados, *ob. cit.*, p. 1284-1285. Justamente, por essas razões tal modelo não atende as necessidades relacionadas à defesa de interesses públicos.

Nesse sentido, Abram Chayes apresenta oito características, que devem informar um novo modelo processual, diferente do privatista de índole individual por estar voltado à defesa de interesses públicos. São elas: (1) o escopo da demanda é determinado exogenamente, mas delimitado em conjunto pela corte e pelas partes; (2) a estrutura de partes não é bilateral, mas espalhada e amorfa; (3) a pesquisa dos fatos pertinentes à ação não é retrospectiva, mas prospectiva; (4) a tutela judicial não se destina a remediar violações passadas e não se limita às partes imediatamente envolvidas no litígio, ela é desenhada *ad hoc* em termos flexíveis e amplos, tendo importantes consequências sobre pessoas ausentes no processo; (5) a implementação da decisão não é imposta, mas negociada; (6) a sentença não termina o envolvimento judicial no assunto, que continua na fase de implementação da decisão; (7) o juiz não é passivo, mas assume papel ativo de investigação dos fatos e organização do procedimento; (8) o objeto das disputas não é uma disputa entre indivíduos sobre direitos privados, mas uma reclamação atinente à operação de uma política pública³⁰.

Essas mudanças enfatizam o papel hermenêutico do Poder Judiciário ao dar sentido aos valores públicos e sociais incorporados ao ordenamento jurídico. Consequentemente, a teoria da separação dos poderes passa a ser entendida por um rearranjo, a fim de acomodar as diversas orientações políticas relativas à atual concepção de Estado. Nesse ínterim, a função legislativa não prepondera, tampouco a função judiciária é vista apenas como corretiva. Há integração dos Poderes, principalmente para promover os direitos fundamentais.

Isso não significa que a teoria da separação dos poderes está superada, mas apenas devem ser realocadas as responsabilidades políticas de cada um dos Poderes pela configuração do Estado atual. Nesse sentido, cumpre dar nova interpretação aos limites

³⁰ Cf. Abram Chayes, “The Role of The Judge in Public Law Litigation”, ob. cit., 1976, p. 1302, “(1) The scope of the lawsuit is not exogenously given but is shaped primarily by the court and parties. (2) The party structure is not rigidly bilateral but sprawling and amorphous. (3) The fact inquiry is not historical and adjudicate but predictive and legislative. (4) Relief is not conceived as compensation for past wrong in a form logically derived from the substantive liability and confined in its impact to the immediate parties; instead, it is forward looking, fashioned ad hoc on flexible and broadly remedial lines, often having important consequences for many persons including absentees. (5) The remedy is not imposed but negotiated. (6) The decree does not terminate judicial involvement in the affair: its administration requires the continuing participation of the court. (7) The judge is not passive, his function limited to analysis and statement of governing legal rules; he is active, with responsibility not only for credible fact evaluation but for organizing and shaping the litigation to ensure a just and viable outcome. (8) The subject matter of the lawsuit is not a dispute between private individuals about private rights, but a grievance about the operation of public policy”.

de interferência reciprocamente considerados. Os Poderes do Estado devem atuar de forma harmônica e integrada, afinados com os objetivos da República. Vale dizer que a atuação do Judiciário não pode ficar limitada à estrita aplicação da lei, nem sua interferência em Políticas Públicas deve ser vista como rompimento da separação de poderes³¹, justamente porque essa separação muda de feição no modelo estatal contemporâneo.

O Estado é uno e uno é o seu poder, por isso cada um dos Poderes constituídos apresenta apenas uma forma de expressão estatal relacionada ao exercício das atividades específicas, conforme determina a CF/88. Essa divisão tem a finalidade de conferir racionalidade à atuação estatal, para atingir os objetivos da República e efetivar os direitos fundamentais³².

O Poder Judiciário é vocacionado para solucionar conflitos que vão do dissenso individual à prospecção de políticas públicas. O modelo de Estado atual dá ao Judiciário a função não só de impedir, na medida do possível, a ruptura do tecido social, mas principalmente de efetivar direitos constitucionais e auxiliar a persecução dos objetivos da República³³. Suas atribuições constitucionais vão além de solucionar demandas individuais de cunho privatista, ou seja, compreende a resolução do conflito individual, mas também deve responder, pela atividade hermenêutica e pela ponderação de valores, a demandas políticas e sociais, seja em conflitos individuais ou coletivos, com a preponderância de orientações constitucionais, definindo significados específicos e

³¹ Sobre o tema, Ada Pellegrini Grinover, “O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário”, ob. cit., 2009, p. 57, conclui que “a) o Poder Judiciário pode exercer o controle das políticas públicas para aferir sua compatibilização com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (CF, art. 3º); b) esse controle não fere o princípio da separação dos Poderes, entendido como vedação de interferência recíproca no exercício das funções do Estado; c) consequentemente, o Judiciário pode intervir nas políticas públicas – entendidas como programas e ações do Poder Público objetivando atingir os objetivos fundamentais do Estado – quer para implementá-las, quer para corrigi-las quando equivocadas; (...)”.

³² Para Osvaldo Canela Júnior, in *Controle Judicial de Políticas Públicas*, ob. cit., 2011, p. 70, “No Brasil, após anos de arbítrio e concluída a transição democrática iniciada em 1985, o Poder Judiciário brasileiro viu-se diante da Constituição de 1988. Um modelo de Estado social foi adotado ao passo que as várias gerações de direitos fundamentais foram institucionalizadas. Normas programáticas foram inseridas no bojo da Constituição, sinalizando o intento do legislador constituinte de promover a efetivação dos direitos fundamentais de segunda e de terceira gerações. Por fim, manteve a Constituição brasileira o sistema de controle judicial de constitucionalidade ampliando sobremaneira a competência do Poder Judiciário, em especial a do STF, como órgão de superposição máxima. O Estado brasileiro adotou, portanto, o constitucionalismo democrático americano como a sua tipologia de administração da Justiça, inserindo o Poder Judiciário entre as formas de expressão do poder estatal”.

³³ O art. 3º da CF/88 aponta como objetivos da República, entre outros, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com redução das desigualdades e promoção do bem de todos.

conteúdos operacionais³⁴. Não é só. Deve ainda exercer sua função de conduzir a efetivação de direitos, tais como proteção à vida, à dignidade da pessoa humana e à ordem democrática, buscando o equilíbrio entre os ideais de liberdade e igualdade³⁵.

Algumas demandas chegam ao Judiciário refletindo demandas sociais que apresentam determinados direitos por estarem sub-representados. Em outros casos, os conflitos judicializados evidenciam mau funcionamento administrativo ou disfuncionalidades políticas³⁶. Nesse sentido, é preciso destacar que o Judiciário não deve ser o porta-voz das minorias, nem é sua função aumentar a expressividade de determinados segmentos. Deve, contudo, ouvir tais pleitos e sobre eles se pronunciar com independência e imparcialidade, exercendo o diálogo processual. O enfrentamento de questões políticas no Judiciário deve ocorrer no âmbito de um modelo processual constituído na moldura do devido processo legal³⁷, respeitando certos limites³⁸.

³⁴ Para Rodolfo de Camargo Mancuso, in *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, p. 104-105, “Esse é um *risco a correr*, o da judicialização da política e da corolária politização do Judiciário, se quiser alcançar *uma nova postura*, em que a isenção e a imparcialidade do julgador não sejam obstáculos à assunção de um transparente posicionamento em face das prementes necessidades sociais, canalizadas por meio da via judiciária, dando vaza à vertente *política* do direito de ação. (...) Nos megaconflitos que hoje afluem à Justiça (v.g., a polêmica sobre os fetos anencefálicos, envolvendo questionamento sobre a configuração da *vida humana* e o que se deva entender como *existência digna*), ocorre não existir uma específica norma regedora da *fattispecie*, até pela dificuldade em se tratar abstratamente desses temas de largo impacto social, e que comportam conflito entre valores e entre princípios, igualmente poderosos. Por exemplo: no tratamento final dos resíduos de uma megalópole, não se perscruta a norma que priorize a solução através de usina de compostagem, em detrimento da construção de aterro sanitário; ou ainda, que obrigue a produção de eletricidade por geradores termodiesel em vez de usina hidrelétrica etc., para não falar de situações em que a tutela de um interesse legítimo implica o sacrifício ou a restrição a outro igualmente legítimo, como pode dar-se na construção de aeroporto internacional nos arredores de uma cidade: traz vantagens financeiras, tributárias e turísticas, mas compromete o sossego da população circunvizinha, além de sobrecarregar o trânsito de veículos”.

³⁵ Segundo Osvaldo Canela Júnior, in *Controle Judicial de Políticas Públicas*, ob. cit., 2011, p. 121, “A atividade jurisdicional deverá atingir um patamar técnico-jurídico tal, que traduza juridicamente as questões político-institucionais, preserve o princípio da separação de poderes, promova a completa efetivação dos direitos fundamentais e mantenha a unidade do sistema”.

³⁶ Para Carlos Alberto de Salles, “Políticas públicas e a legitimidade para defesa de interesses difusos e coletivos”, in *Revista de Processo*, nº 121, mar. 2005, p. 177, “As relações do cidadão com o Estado e mesmo aquelas estritamente privadas são todas fortemente pautadas por objetivos sociais subjacentes, influenciando a interpretação e aplicação do direito material geral. Forçosamente, o Judiciário acaba, assim, sendo palco de disputas envolvendo políticas públicas presentes no ordenamento jurídico. Mais do que isso, o processo judicial acaba tornando-se espaço privilegiado para sua discussão, pois nele eclodem aqueles conflitos resultantes do mau funcionamento ou das disfuncionalidades dessas políticas”.

³⁷ Segundo Carlos Alberto de Salles, “Processo civil de interesse público”, in *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*, Organização de Carlos Alberto de Salles, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 47, “Tendo em vista a grande complexidade das situações levadas a juízo, notadamente quando envolvem direitos difusos e coletivos, as regras e princípios processuais têm perdido em parte o seu caráter *transubstancial*, no sentido de se aplicarem indistintamente a várias áreas de direito material, por ser evidente aí o requisito de maior especificidade de tratamento”.

³⁸ É evidente que o atendimento integral e automático de todos os direitos sociais pleiteados em juízo inviabilizaria qualquer Governo. Para Ada Pellegrini Grinover, “O controle de políticas públicas pelo

Além disso, a partir da década de 80, diversas leis apresentaram profundas modificações no ordenamento jurídico, notadamente a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), a Lei de Pequenas Causas (Lei nº 7.244/84), atualmente Juizados Especiais (Lei nº 9.099/95), e o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), bem como diversas leis modificaram o Código de Processo Civil, na tentativa de apresentar soluções mais condizentes com os percalços da realidade e afinadas com o cumprimento do direito material³⁹.

A função do Judiciário, que já vinha sendo ampliada por força das mudanças decorrentes de um novo arranjo institucional entre os Poderes, foi definitivamente modificada. O Judiciário passou a solucionar não somente conflitos intersubjetivos de interesses, segundo o modelo liberal individualista, mas também conflitos de conteúdo social, político e econômico, atuando como órgão calibrador de diversas tensões.

Certamente, essa mudança do arranjo entre os Poderes constituídos permitiu ampliar os espaços institucionais para os debates de interesses públicos⁴⁰. De outro lado, porém, aumentou não só a responsabilidade do Poder Judiciário, como ainda favoreceu a judicialização de diversos conflitos, principalmente por esse novo reconhecimento de

Poder Judiciário”, ob. cit., 2009, p. 57, “Há limites postos à intervenção do Judiciário em políticas públicas. Tais limites são: (i) a restrição à garantia do mínimo existencial; (ii) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e a irrazoabilidade da escolha do agente público; (iii) a reserva do possível”. Além desses limites, exige maior coerência do magistrado, bem como uma motivação qualificada das decisões. Nesse sentido, v. Neil K. Komesar, “A job for the judges: the judiciary and the constitution in a massive and complex society”, *Michigan Law Review*, v. 86, n. 4, Feb., 1988, p. 657-721.

³⁹ Para Kazuo Watanabe, “Novas atribuições do Judiciário: necessidade de sua percepção e de reformulação da mentalidade”, in *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, nº 1, set.-dez. 1996, p. 149, “Dentre as várias transformações trazidas por essas leis, as mais relevantes são: a) foi facilitado o acesso à Justiça para a camada mais humilde da população e possibilitada a solução molecular dos conflitos de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, evitando-se a fragmentação e a banalização de suas soluções; permitiu-se que outros entes públicos, além do Ministério Público, e também a própria sociedade civil – através de entes intermediários, como associações e sindicatos – pudessem levar ao Judiciário os conflitos metaindividuais; b) foi adotada a responsabilidade objetiva para a tutela mais eficaz do consumidor e do meio ambiente; c) para a proteção jurisdicional mais efetiva e tempestiva dos direitos, foram criados o mecanismos de antecipação da tutela e a tutela diferenciada e específica das obrigações de fazer e não fazer”.

⁴⁰ Destacando a imparcialidade como traço característico da jurisdição, Ovídio A. Baptista da Silva e Fábio Luiz Gomes, in *Teoria geral do processo civil*, 4ª Ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, p. 74, “componente essencial do ato jurisdicional é a condição de terceiro imparcial em que se encontra o juiz com relação ao interesse sobre o qual recai a sua atividade. Ao realizar o ato jurisdicional, o juiz mantém-se numa posição de independência e estraneidade relativamente ao interesse tutelado. Como observa Micheli, não é tanto o caráter de substitutividade, como afirmava Chiovenda, que define jurisdição, mas seu caráter de imparcialidade”. Os autores mencionam, em contrapartida, que na doutrina brasileira Calmon de Passos defende a teoria chiovendiana de jurisdição como atividade substitutiva.

suas atribuições, acrescido da complexidade da sociedade atual, da implementação de direitos e da crescente conscientização da população⁴¹.

1.2. CRISE DO JUDICIÁRIO E MEIOS CONSENSUAIS

A importância do Judiciário nos cenários econômicos e políticos levou a sociedade a tecer críticas cada vez mais ferrenhas sobre o seu desempenho, o que culminou no reconhecimento de uma “crise” da instituição. Desde sua remota concepção, porém, o Judiciário é submetido à avaliação de seu papel e uma perspectiva reformista acompanha esse Poder, ora visto como aplicador da lei, ora como garantidor de direitos fundamentais. Todavia, não resta dúvida de que sua atuação é determinante para concretizar o Estado Democrático de Direito.

É fato que o Judiciário foi por vezes taxado de lento, imprevisível e ineficiente⁴². O fenômeno denominado crise do Judiciário pode ser caracterizado principalmente pelo extraordinário número de processos, pela lentidão na tramitação dos feitos, pela falta de previsibilidade das decisões, pela pouca efetividade dos julgados, pelo número expressivo de recursos e pela utilização predatória da Justiça estatal⁴³.

⁴¹ Para Kazuo Watanabe, “Processo civil de interesse público: introdução”, in *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*, Organização de Carlos Alberto de Salles, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 19-20, “Essa expansão do direito se liga também ao problema da falência do Estado-Providência, que, para poder estabelecer o controle da sociedade, administrando as contradições sociais, políticas e regionais, e os conflitos delas resultantes tem procurado ampliar os direitos sociais, mesmo sem ter a certeza da existência de recursos financeiros necessários para tanto, consagrando-os inclusive nas cartas políticas, como o fez a nossa Constituição de 1988. Esses direitos ou não são efetivamente implementados ou, embora implementados, não são cumpridos a contento ou de modo completo pelo Estado, o que gera conflitos sócio-jurídicos, que vão parar na Justiça”.

⁴² Para Maria Tereza Sadek, “Judiciário: mudanças e reformas”, in *Estudos Avançados*, v. 18, nº 51, mai.-ago. 2004, p. 83-84, “Desde as primeiras cortes, criadas ainda no período colonial, vozes se levantaram mostrando sua inoperância e o quanto distavam de um modelo de Justiça minimamente satisfatório. Nos últimos tempos, entretanto, tornou-se dominante a idéia de que essas instituições, além de incapazes de responder à crescente demanda por Justiça, tornaram-se anacrônicas e, pior ainda, refratárias a qualquer modificação. Nas análises mais impressionistas sustenta-se, inclusive, que as instituições judiciais ficaram perdidas no século XVIII ou, na melhor das hipóteses, no XIX, enquanto o resto do país teria adentrado nos anos 2000. (...) A situação brasileira recente difere de todo o período anterior em pelo menos dois aspectos: 1) a Justiça transformou-se em questão percebida como problemática por ambos setores da população, da classe política e dos operadores do direito, passando a constar da agenda de reformas; 2) tem diminuído consideravelmente o grau de tolerância com a baixa eficiência do sistema judicial e, simultaneamente, aumentado a corrosão no prestígio do Judiciário”.

⁴³ Segundo Ada Pellegrini Grinover, “A crise do Poder Judiciário”, in *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, nº 34, dez. 1990, p. 12, “Nos países em que a função jurisdicional é desempenhada exclusivamente pelo Poder Judiciário, a crise da Justiça confunde-se e se identifica com a crise do Judiciário e de seus membros. Crise da Justiça, crise do Judiciário, crise da Magistratura. Tudo é levado de roldão, como que a fazer *tabula rasa* das instituições, dos Poderes, dos homens que os constituem, do

Na tentativa de mudar esse quadro, foi aprovada em 2004 a Emenda Constitucional nº 45, que buscou instituir uma reformulação do Judiciário. Além de apresentar significativas inovações para a eficiência da prestação jurisdicional e para o acesso à Justiça, propõe ela reformular a organização judiciária, promovendo diversas mudanças na concepção das carreiras do Ministério Público, Magistratura e Defensoria Pública, bem como instituindo um órgão de controle, qual seja, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ⁴⁴. Além disso, tal emenda favoreceu muitas reformas, pois o ordenamento jurídico infraconstitucional precisou ser adequado e moldado aos novos preceitos. Desse modo, a reforma processual foi vista como necessária à complementação da mudança constitucional⁴⁵.

Nesse contexto reformador, papel de destaque foi dado aos meios consensuais, que passaram a ser vistos definitivamente como formas possíveis de distribuir Justiça. Contudo, cumpre verificar se a introdução dos meios consensuais responde às causas dessa crise.

produto que geram. E no entanto, há que se distinguir. Em primeiro lugar, porque a crise não tem apenas aspectos negativos, mas indica um fenômeno próprio da evolução e transformação. A crise, prospectivamente, leva – ou ao menos deveria levar – à renovação, segundo esquemas adequados à realidade emergente. Em segundo lugar, porque há que se externar, na crise que se generaliza como sendo própria do Judiciário, seus diversos aspectos, ora atinentes à crise estrutural de um dos Poderes do Estado; ora relativos à crise institucional que surge no delicado jogo de equilíbrio entre os Poderes; ora peculiares à mentalidade dos operadores da Justiça; ora próprios da inadequação dos controles sobre o exercício da função jurisdicional ”.

⁴⁴ Cf. Sérgio Rabello Tamm Renault e Pierpaolo Bottini, “Primeiro passo”, in *Reforma do Judiciário*, Coordenação de Sérgio Rabello Tamm Renault e Pierpaolo Bottini, São Paulo, Saraiva, 2005, p. 11, “É necessário ressaltar que a Emenda Constitucional nº 45 não encerra os debates, não finaliza as discussões sobre a atividade de realização de Justiça. A reforma constitucional representa uma parte das ações que podem trazer resultados importantes para a melhoria do funcionamento do Judiciário e ampliação do acesso das pessoas aos serviços jurisdicionais prestados pelo Estado. Não há medida isolada que possa solucionar os problemas do Judiciário no País. É preciso compreender a reforma do Judiciário como um processo, composto de uma série de ações, cuja implementação coordenada poderá concretizar soluções”.

⁴⁵ Segundo Sérgio Rabello Tamm Renault e Pierpaolo Bottini, “Primeiro passo”, ob. cit. 2005, p. 11, “A reforma da legislação processual constitui-se, assim, numa verdadeira complementação da reforma constitucional e deve estar alicerçada em alguns objetivos fundamentais, a saber: tornar mais efetivas as decisões judiciais de primeiro grau; simplificar o sistema de recursos; penalizar a utilização predatória do Judiciário; desestimular a utilização do Judiciário com objetivos meramente procrastinatórios e criar condições mais restritivas para a interposição de algumas espécies de recursos”.

Segundo Maria Tereza Sadek e Rogério Bastos Arantes, a crise do Judiciário pode ser compreendida por três vertentes distintas, quais sejam, a institucional, a estrutural e a procedimental⁴⁶⁻⁴⁷.

Sobre a vertente institucional⁴⁸, é crescente a ampliação das ações dos tribunais na vida política e econômica⁴⁹. Crescente também passa a ser sua responsabilidade, bem como a atenção da sociedade para os seus julgamentos. Isso se deve ao contínuo trabalho interpretativo do Judiciário, pois o sentido definitivo da norma só pode ser estabelecido quando de sua aplicação num caso concreto⁵⁰. Ao promulgar leis, obriga-se o Estado a considerar diversas variáveis, prevendo direitos antagônicos entre si para garantir uma ampla e contínua proteção dos ajustamentos sociais e políticos.

Por outro lado, a disciplina de contextos sociais heterogêneos e complexos, por meio de normas abertas e uma constituição dirigente, traz uma série de complicações. Para

⁴⁶ Cf. Maria Teresa Sadek e Rogério Bastos Arantes, “A Crise do Judiciário e a visão dos juízes”, in *Revista USP*, nº 21, mar.-mai. 1994, p. 37, “Os pontos críticos comumente apontados como sinais do deficiente funcionamento da Justiça não têm todos as mesmas causas nem provocam os mesmos tipos de consequência. Assim, parece-nos mais apropriado distinguir três áreas de questões, já que possuem origens diversas e implicam soluções distintas. São elas a institucional, a estrutural e a relativa aos procedimentos”.

⁴⁷ Já para Ada Pellegrini Grinover, in “A crise do Poder Judiciário”, ob. cit., 1990, p. 24, além da crise estrutural e institucional, há uma crise de mentalidade, evidenciada pela postura dos juízes em diversos casos, bem como uma crise dos mecanismos de controle das atividades judiciais. Para a autora, “Importante, para o diagnóstico da crise, é externar seus diversos aspectos: crise estrutural de um dos Poderes do Estado intervencionista e monopolizador, macrocéfalo e ineficiente; crise institucional que surgiu e se agravou no delicado jogo de equilíbrio entre os Poderes, com a transformação do Judiciário em mediador de crises políticas e árbitro de conflitos sociais; crise de mentalidade, pela inadequação do recrutamento e da formação do juiz para lidar com os novos conflitos, sociais e políticos, que é chamado a dirimir; crise dos mecanismos de controle do exercício da função jurisdicional, crise dos cânones clássicos da responsabilidade do juiz”.

⁴⁸ Cf. Maria Teresa Sadek e Rogério Bastos Arantes, “A Crise do Judiciário e a visão dos juízes”, ob. cit., 1994, p. 37/38.

⁴⁹ Segundo Maria Tereza Sadek, Fernão Dias Lima e José Renato de Campos Araújo, “O Judiciário e a prestação de justiça”, in *Acesso à Justiça*, Organização de Maria Tereza Sadek, São Paulo, Fundação Konrad Adenauer, 2001, p. 13, “O Judiciário tem, cada vez mais, ocupado lugar central na arena pública”.

⁵⁰ Segundo José Eduardo Faria, “O sistema brasileiro de Justiça: experiência recente e desafios futuros” in *Estudos Avançados*, v. 18, n. 51, São Paulo, 2004, p. 109 “É aí que surge o fenômeno da “judicialização” – a crescente ampliação da ação executiva e legislativa dos tribunais na vida política e econômica. Como a ordem jurídica assim produzida não oferece aos operadores do direito as condições para que possam extrair de suas normas critérios constantes e precisos de interpretação, ela exige um trabalho interpretativo contínuo. E como seu sentido definitivo só pode ser estabelecido quando de sua aplicação num caso concreto, na prática os juízes são obrigados a assumir um poder legislativo. Ou seja, ao aplicar as leis a casos concretos, eles terminam sendo seus co-autores. Por isso, a tradicional divisão do trabalho jurídico no Estado de Direito é rompida pela incapacidade do Executivo e do Legislativo de formular leis claras e sem lacunas, de respeitar os princípios gerais de direito e de incorporar as inovações legais exigidas pela crescente integração dos mercados. Isso propicia o aumento das possibilidades de escolha, decisão e controle oferecidas à promotoria e à magistratura, levando assim ao protagonismo judicial na política e da economia”.

calibrar esse sistema, estratégias de desregulação e deslegalização são adotadas paralelamente aos programas de privatização dos monopólios públicos e à substituição das instituições governamentais de bem-estar coletivo e dos mecanismos estatais de seguridade social por seguros privados, ampliando o inter cruzamento de distintas ordens normativas⁵¹.

Ainda assim, revelou-se impossível persistir o sistema pretensamente completo e fechado, pela multiplicidade de conflitos⁵². No Brasil, a CF/88 destaca-se pela adoção de valores democráticos e direitos sociais, cujo texto constitucional, seguido do sistema infraconstitucional, regula as mais diversas situações, até mesmo governamentais, na tentativa de responder a várias demandas sociais e políticas com detalhamento⁵³. Trata-se de um papel valorado, sobretudo pelas novas exigências da atualidade. O modelo institucional conferiu ao Poder Judiciário brasileiro um papel político relevante, legitimando a atuação pública da magistratura e transformando o espaço jurisdicional numa arena que abriga e arbitra diversos confrontos⁵⁴.

⁵¹ Para José Eduardo Faria, “O sistema brasileiro de Justiça: experiência recente e desafios futuros”, ob. cit., 2004, p. 117, “Ao tentar usar o direito positivo como instrumento de controle e direção econômica, o Estado do Bem estar dos anos de 1960 e 1970 tentou ir além do que a lógica e a racionalidade jurídica advinda da modernidade liberal permitem. Por outro, com mecanismos normativos muito simples para lidar com questões diferenciadas, e sem condições de ampliar a complexidade de seu ordenamento normativo e de seu aparato judicial ao nível equivalente de complexidade dos problemas socioeconômicos, o legislador optou pela alternativa da desregulamentação e da deslegalização.”

⁵² Cf. Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria geral do processo*, 26ª ed., São Paulo, Malheiros, 2010, p. 108-109, “O direito não apresenta lacunas: sempre haverá no ordenamento jurídico, ainda que latente e inexpressa, uma regra para disciplinar cada possível situação ou conflito entre pessoas. O mesmo não acontece com a *lei*; por mais imaginativo e providente que fosse o legislador, jamais conseguiria cobrir através dela todas as situações que a multifária riqueza da vida social, nas suas constantes mutações poderá provocar. (...) Interpretação e integração comunicam-se funcionalmente e se completam mutuamente para os fins de revelação do direito. Ambas têm caráter criador, no campo jurídico, pondo em contato direto as regras de direito e a vida social e assim extraindo das fontes a norma com que regem os casos submetidos a exame”.

⁵³ Cf. Maria Tereza Sadek, “Judiciário: mudanças e reformas”, ob. cit., 2004, p. 79. Comentando a atual constituição, a autora afirma que “A meta não é apenas limitar o poder absoluto e assegurar direitos, mas ser um instrumento para a realização da Justiça social e para a promoção de direitos, incorporando valores da igualdade social, econômica e cultural. Em consequência, o foco central passa a estar em questões concretas, de natureza social, política e econômica, fortalecendo a inclinação do Direito de tornar-se pragmático, embaçando as fronteiras entre o Direito e a política. Daí, também, a tendência das Constituições mais recentes serem extremamente detalhadas, procurando resolver temas vistos como relevantes e especificar, regras e políticas de governo.”

⁵⁴ Sobre a crise institucional, Ada Pellegrini Grinover, “A crise do Poder Judiciário”, ob. cit., 1990, p. 17-18, menciona que “Na verdade, a Constituição de 1988 reservou explicitamente um papel eminentemente político ao Judiciário, até quando desenhou como novo árbitro de conflitos coletivos, de massa, e por isso mesmo políticos. O resto decorre da própria sistemática de um diverso jogo de Poderes, cujos conflitos só podem ser dirimidos pelo novo Judiciário brasileiro. (...) A resposta ao desafio institucional do Poder Judiciário, decorrente da própria crise do princípio clássico de separação, com a transformação de sua função mediante a assunção de novos poderes de índole política, vem sendo dada a contento pela nova Corte Constitucional brasileira”.

Nesse sentido, a disputa política tem como palco não apenas o parlamento ou as relações entre o Congresso e o Executivo, mas também as cortes de Justiça.

Além das exigências próprias do Estado contemporâneo, também merece destaque a atuação do Judiciário sob a égide de normas abstratas. Com isso, sua função é ampliada para completar a estrutura legal, pela existência de *standards* jurídicos empregados para superar lacunas ou solucionar antinomias. Essa constatação gera maior dificuldade de interpretação e aplicação do direito, impondo ao julgador a tarefa de manipular mecanismos hermenêuticos mais sofisticados e simultaneamente flexíveis.

Note-se que reconhecer uma crise quanto à própria legalidade estatal, apontando para a crescente perda de coerência interna do sistema jurídico e para a ampliação da generalidade, com a abstração dos conteúdos normativos, não deve ser interpretado como autorizar a larga utilização da equidade na solução de litígios. Justamente pela abstração do seu conceito, a equidade só pode ser aplicada excepcionalmente⁵⁵, como forma integrativa do sistema. Neste ponto, vale destacar que a interpretação faz parte da própria função judicial, no sentido de compreender e expressar os significados constitucionais e os diversos valores decorrentes dessa sociedade plural. Não é uma atividade totalmente discricionária nem totalmente mecânica, é uma interação dinâmica entre o texto e o aplicador do direito.

Nessa tarefa, o juiz deve buscar a aplicação verdadeiramente objetiva exigida pela compatibilização da CF/88⁵⁶, mesmo que a atividade pressuponha fortes elementos subjetivos⁵⁷.

⁵⁵ Situação diversa será vista na conciliação, cujas possibilidades voltadas para a construção do consenso permitem que as partes se afastem do ordenamento positivo para, com base nos seus valores, buscarem soluções integrativas. É claro que tal entendimento encontra limite nas normas cogentes, cf. análise feita no Item 4.4., do Capítulo 4, Parte II.

⁵⁶ Nesse sentido, Owen Fiss afirma que a busca por uma interpretação plausível deve ser objetivamente verdadeira, isto é, “Os juízes podem não projetar suas preferências ou pontos de vista em relação ao certo ou errado, ou adotar aqueles das partes, ou do corpo político, mas devem declarar, em vez disso, o exigido pela Constituição”, in *Um novo processo civil*, ob. cit., 2004, p. 276.

⁵⁷ Para Maria Teresa Sadek e Rogério Bastos Arantes, “A Crise do Judiciário e a visão dos juízes”, ob. cit., 1994, p. 38, esse desenho institucional gera a crise institucional, porque dificulta a governabilidade. Segundo os autores, “além de constante árbitro de disputas entre os outros dois poderes, sua estrutura descentralizada e, de fato, federativa, permite-lhe paralisar políticas, proferir decisões sem uniformidade e, assim, suspender, ainda que temporariamente, medidas de impacto nacional”.

Com relação à vertente estrutural, destaque-se a insuficiência do Poder Judiciário para executar suas funções⁵⁸. O texto constitucional integra ao Poder Judiciário o CNJ, as ouvidorias de Justiça, bem como as escolas da Magistratura. São órgãos que, mesmo não dotados de nenhuma competência jurisdicional, serão judiciários. Nesse sentido, destaque deve ser dado ao CNJ, responsável por diversas políticas institucionais e ainda encarregado de exercer certo controle do Poder Judiciário e de seus integrantes⁵⁹.

Sempre que mencionada essa vertente, as observações recaem sobre a inadequação de recursos⁶⁰ e do número insuficiente de juízes para julgar os processos que adentram as portas do fórum⁶¹, mas esta não é a única questão relacionada à urgência de uma renovação estrutural. Importa modernizar a gestão do Judiciário e implementar um conjunto de alterações gerenciais e administrativas, pois é certo que uma organização mais eficiente e a qualificação constante dos quadros funcionais confeririam maior celeridade e segurança à prestação jurisdicional⁶².

⁵⁸ Cf. Maria Teresa Sadek e Rogério Bastos Arantes, “A Crise do Judiciário e a visão dos juízes”, ob. cit., 1994, p. 38/40.

⁵⁹ Cf. Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria geral do processo*, ob. cit., 2010, p. 180, o CNJ “terá competência administrativa, não-jurisdicional, ligada à defesa da autonomia do Poder Judiciário, às suas finanças, zelo pela observância do Estatuto da Magistratura, às normas disciplinares e correcionais referentes a juízes e auxiliares etc. (art. 103-B)”.

⁶⁰ Para José Ignácio Botelho de Mesquita, “A crise do judiciário e o processo”, in *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, v. 2, nº 1, jan.-jun. 2001, p. 91, “As restrições ao devido processo legal e ao princípio da legalidade levam ao aprofundamento e não à solução da crise em que se debate o Poder Judiciário. O de que o Poder Judiciário carece urgentemente é de recursos materiais e humanos para atender devidamente à demanda de seus serviços. E só irá obtê-los quando conseguir ampliar a margem de confiabilidade nos seus juízos, o que depende, isso sim, de um processo que assegure, antes que tudo, a certeza da fidelidade de suas decisões ao direito posto e à verdade dos fatos”.

⁶¹ Segundo Maria Tereza Sadek, “Judiciário: mudanças e reformas”, ob. cit., 2004, p. 87, “De fato, quando se observa tanto a movimentação judicial anual quanto a evolução do número de processos entrados, não há como fugir de uma primeira constatação: a demanda por uma solução de natureza judicial tem sido extraordinária e crescente. (...) Para que se tenha uma idéia, de 1990 a 2002, entraram em média, na Justiça comum de primeiro grau 6.350.598 processos por ano, com clara tendência de crescimento. Efetivamente, enquanto em 1990 chegaram até o Judiciário 3.617.064 processos, em 2002 este número mais do que dobrou, atingindo 9.764.616. Durante esses anos houve, em média, um processo para cada 31 habitantes. Embora seja uma média e, como tal, esconda diversidades, revela um ângulo precioso da Justiça brasileira: um serviço público com extraordinária procura. O aumento no volume de processos entrados é muito maior do que faria supor o crescimento populacional. Enquanto o número de habitantes no período cresceu 20%, a demanda pela Justiça de primeiro grau aumentou 270%”.

⁶² Sobre o tema, v. *Análise da gestão e funcionamento dos cartórios judiciais*, pesquisa realizada pelo Ministério da Justiça – Secretaria de Reforma do Judiciário, coordenada por Paulo Eduardo Alves da Silva, Brasília, jun. 2007. Uma das conclusões dessa pesquisa é que “a estrutura organizacional das varas e cartórios cíveis do Estado não é compatível com o volume crescente de processos distribuídos e o intuito manifestado pelos gestores dos tribunais de compatibilizar Justiça com eficiência. Aparentemente, há necessidade de um redimensionamento dessa estrutura e redistribuição das funções entre os servidores. (...) É bastante provável que seja necessário realocar as atividades do cartório e as funções dos servidores. A luz do que foi observado nos cartórios estudados, uma das redistribuições viáveis seria, por exemplo, desincumbir alguns funcionários de tarefas burocráticas e incumbi-los de tarefas de gestão, assessoria jurisdicional e resolução consensual dos conflitos. Alguns seriam alocados para gerenciar o

Buscando mudar esse quadro, a Emenda Constitucional nº 45 prevê que todas as receitas auferidas pelas taxas judiciais sejam utilizadas no próprio Poder Judiciário, em sistemas de modernização administrativa e outros programas necessários ao desenvolvimento dos trabalhos realizados⁶³. Tal empreitada não é senão um pequeno passo, diante da grande distância entre as reformas estruturais necessárias à volumosa demanda por Justiça.

É certo que a falta de agilidade da estrutura burocrática, bem como suas deficiências, evidenciam a crise estrutural do Judiciário⁶⁴.

Por fim, a vertente procedimental é destacada pelo formalismo dos meios e inadequação do instrumento processual⁶⁵. O progresso científico do direito processual revela inovações de procedimentos e aperfeiçoamento dos institutos, mas não tem sido suficiente, porque o tempo do processo decorre da segurança conferida ao instrumento, na medida em que permite a realização de um julgamento justo, enfrentando todas as adversidades daí decorrentes. As restrições processuais não são apenas técnicas procedimentais de administração dos conflitos, descartáveis, portanto, mas são elementos que compõem as regras disciplinadoras da sociedade, razão de também regerem a interpretação realizada pelo Judiciário ao exercer sua função principal. A precisão de qualquer interpretação jurídica refere-se a um conjunto de padrões de direito composto tanto de normas substanciais, como normas processuais⁶⁶. É o que se espera da efetivação do devido processo legal.

funcionamento do cartório, outros para auxiliar o juiz nas atividades decisórias e outros para exercerem as tentativas de resolução amigável, técnica revelada proveitosa na experiência de um dos cartórios estudados. Isso dependeria, por um lado, da diminuição da complexidade das rotinas do cartório e, por outro, em qualificação dos funcionários realocados para as novas funções”, p. 44-45.

⁶³ Cf. *Análise da gestão e funcionamento dos cartórios judiciais*, ob. cit., 2007, p. 45, “A iniciativa de informatizar a Justiça paulista é um exemplo. Em que pese a instalação de computadores em rede e o desenvolvimento de um programa específico, os cartórios não incorporaram essa inovação. No caso, especialmente porque as peculiaridades do funcionamento dos cartórios não foram consideradas: o programa não reproduzia o método de trabalho ao qual os funcionários estavam acostumados e não houve treinamento suficiente para aprenderem a operar a nova interface”. Com isso, fica evidente que a não basta a informatização dos serviços de Justiça, deve haver ainda o treinamento do pessoal efetivando práticas que permitam o abandono definitivo da “cultura do balcão” e da “cultura do papel”.

⁶⁴ Cf. Maria Teresa Sadek e Rogério Bastos Arantes, “A Crise do Judiciário e a visão dos juízes”, ob. cit., 1994, p. 40, “O sinal mais visível desta crise estrutural reflete-se num espírito excessivamente corporativo, pouco sensível a mudanças nos valores sociais e avesso a mecanismos de controle externo”.

⁶⁵ Cf. Maria Teresa Sadek e Rogério Bastos Arantes, “A Crise do Judiciário e a visão dos juízes”, ob. cit., 1994, p. 40/41.

⁶⁶ Para Owen Fiss, in *Um novo processo civil*, ob. cit., 2004, p. 295, “Isso se deve em parte à natureza prescritiva do texto e à tentativa do juiz no sentido de expressar o ideal, o qual tem o efeito de misturar a

Já o tempo das partes é o tempo real, cronológico. A demora para solucionar situações conflituosas, que permanecem indefinidas, é fator de angústia e frustração para as partes, levando a prontidão a ser vista como algo fundamental na prestação de Justiça. As decisões judiciais passam a ser pautadas pelo sentido de urgência, partindo de cognições sumárias, e o processo cada vez mais é reformado para adequar-se a essas exigências. Entretanto, ainda que se busque a deformalização do processo⁶⁷, é preciso reconhecer o campo estreito dos seus avanços, uma vez que, estruturalmente, o funcionamento da Justiça e o formalismo dos procedimentos são institutos que podem ser revisados, mas não devem ser restringidos a ponto de comprometer a segurança que o processo representa para a sociedade.

Por outro lado, muitas instituições que deveriam vir ao Judiciário optam por vias alternativas ao processo tradicional, recorrendo a negociações, mediações e arbitragens. A criação de regras comuns que funcionem nesses círculos permite uma discussão mais rápida e objetiva, substituindo um conjunto de leis positivadas e enaltecendo um padrão entendido como mais adequado pela maior previsibilidade do resultado, redução dos custos e objetividade⁶⁸.

ideia de “exatidão” com a de “justiça”: uma interpretação justa diz respeito tanto ao processo quanto ao resultado”.

⁶⁷ Sobre o termo deformalização, esclarece Ada Pellegrini Grinover, “Deformalização do processo e deformalização das controvérsias”, in *Revista de Processo*, n. 46, São Paulo, abr.-jun 1987, p. 62, “o termo há de ser utilizado em duas distintas acepções: de um lado, a deformalização do próprio processo, utilizando-se a técnica processual em busca de um processo mais simples, rápido, econômico, de acesso fácil e direto, apto a solucionar com eficiência tipos particulares de conflitos de interesses. De outro lado, a deformalização das controvérsias, buscando para elas de acordo com sua natureza, equivalentes jurisdicionais, como vias alternativas ao processo, capazes de evitá-lo, para solucioná-las mediante instrumentos institucionalizados de mediação. A deformalização do processo insere-se, portanto, no filão jurisdicional, enquanto a deformalização das controvérsias utiliza-se de meios extrajudiciais”.

⁶⁸ Cf. José Eduardo Faria, “O sistema brasileiro de Justiça”, ob. cit., 2004, p. 116, “Para as corporações transnacionais, as vantagens dessas estratégias são inúmeras. As discussões podem ser mais rápidas e objetivas. Códigos ultrapassados e linguagens empoladas podem ser substituídos por regras e ritos definidos pragmaticamente fora de intermediação do Estado. E as intervenções de operadores jurídicos sem formação especializada para compreender problemas técnicos podem ser evitados. Com isso, economiza-se tempo de tempo, o que faz com que essa combinação entre rapidez decisória, simplificação processual e baixo custo seja convertida no padrão básico de avaliação dos procedimentos públicos e privados de resolução dos conflitos – padrão esse no qual os mecanismos extrajudiciais se destacam por uma eficiência e objetividade que os tribunais não tem como assegurar. (...) O pluralismo jurídico resulta em termos infra-estatais, no advento de Justiças técnico-profissionais constituídas à margem da jurisdição convencional e de Justiças não-profissionais e informais (as comunitárias, por exemplo), ambas operadas basicamente com critérios de racionalidade material e circunscrevendo sua atuação a conflitos intragrupos, intracomunidades e interclasses; e, ao nível supra-estatal, na proliferação de foros descentralizados de negociação e a multiplicação de órgãos técnicos-normativos – como o *International Accounting Standards Committee* e a *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* – criados para unificar normas contábeis, fixar parâmetros, homologar pesquisas, dar pareceres e promover

Todavia, o Poder Judiciário não é um órgão deslegitimado. Em lugar de torná-lo desnecessário, seu abalo de credibilidade ainda mais enfatiza quanto ele é indispensável, não só para o perfeito equilíbrio dos Poderes, mas principalmente para efetivar o Estado Democrático de Direito. Ademais, a sociedade não nega sua necessidade, como comprova o número crescente de demandas, sobretudo na medida em que cresce a consciência de direitos, com destaque para a judicialização de demandas envolvendo direitos de defesa do consumidor e conflitos de pequena monta. A sólida consistência do sistema é fator que contribui para sua sustentabilidade, embora exista constante lembrança das dificuldades de acesso⁶⁹.

Nesse contexto, os meios consensuais vêm sendo apontados como formas de impedir que certos conflitos sejam judicializados, bem como de abreviar as demandas já em curso, permitindo certo equilíbrio ao Judiciário⁷⁰.

arbitragens. Atualmente, a resolução de mais de 80% dos conflitos mercantis entre empresas de médio e grande porte na economia globalizada já é feita por mediações e arbitragens extrajudiciais. Nos Estados Unidos, a *American Arbitration Association*, uma entidade privada, conta com 57 mil árbitros inscritos em 35 filiais. Nesse país, há ainda 1.200 programas de *Alternative Dispute Resolution* e *Amicable Dispute Resolution*, com participação de vários setores governamentais e profissionais de diferentes áreas. Sediada na França, a *Chambre Internationale Du Commerce*, igualmente privada, coordena mais de 750 arbitragens em trinta diferentes países, envolvendo partes de noventa distintas nacionalidades. Em Portugal, seis centros de arbitragem de conflitos de consumo já resolveram um terço dos litígios de responsabilidade extracontratual que chegam ao Judiciário”.

⁶⁹ Cf. Maria Tereza Sadek, “Judiciário: mudanças e reformas”, ob. cit., 2004, p. 86, “O desconhecimento dos direitos, por um lado, e a percepção de uma Justiça vista como cara e lenta, de outro, afastam dos tribunais a maior parte da população. Daí afirmam que se a grande massa só procura a Justiça estatal quando não há outra alternativa. Nestas circunstâncias, não se trataria de uma utilização voluntária, para a efetivação de direitos, mas compulsória. Isto significa que a face do Judiciário conhecida por largos setores de Jurisdicionados não é a civil, mas, sobretudo, a criminal.”

⁷⁰ Cf. Rodolfo de Camargo Mancuso, in *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*, ob. cit., 2009, p. 150, esse fenômeno “é preconizado mundialmente, até porque o retardamento da prestação jurisdicional e sua imprevisibilidade não são mazelas exclusivamente nacionais, mas estão presentes em muitos países, parecendo-nos que, na etiologia do problema, radicam algumas concausas, entre as quais a principal está na falência do modelo da Justiça estatal como um todo, a saber: o Estado avoca a distribuição de Justiça, ofertando-a como um direito subjetivo público disponível a quem pague a taxa judiciária e contrate um advogado (ou público disponível a quem pague a taxa judiciária e contrate um advogado (ou nem isso, no caso de Justiça gratuita nos Juizados Especiais, em primeiro grau), mas depois não consegue atender à expectativa assim criada, ou pior, buscando fazê-lo, passa a oferecer Justiça de massa, de baixa qualidade, seja quanto à consistência jurídica, seja quanto à duração do processo, seja, enfim, no tocante ao custo financeiro. Portanto, é o próprio modelo que precisa ser mudado, incentivando a cultura da auto e heterocomposição, ficando a Justiça estatal num plano residual, preordenada a recepcionar os conflitos refratários àquelas modalidades e bem assim aqueles que precisam ter uma passagem judiciária (o *fair day in Court*, do processo norte-americano), como se dá com as ações ditas necessárias em razão de peculiaridades da pessoa ou da matéria”.

A adoção de uma vertente quantitativa frequentemente associada aos meios consensuais⁷¹ deve ser afastada. Como será visto no decorrer desse estudo, são meios capazes de incrementar o sistema de Justiça, não porque aniquilam rapidamente as demandas – o que, aliás, só acontecerá se houver acordo –, mas porque traduzem maior adequação ao priorizar soluções de ganhos mútuos, voltados a uma premissa integrativa na resolução do conflito⁷². Entretanto, devem ser aplicados a certos conflitos, respeitando a técnica pertinente e com a condução por profissionais devidamente capacitados.

Visando melhorar o desempenho e a funcionalidade da Justiça, os meios consensuais devem ser enfatizados por sua dimensão qualitativa e, por essa perspectiva, podem ser vistos não apenas como alternativa ao processo, mas como instrumento de política pública de Justiça, inseridos, portanto, numa acepção mais ampla de Jurisdição.

Esta tese apresentará a conciliação como meio consensual de resolução de conflitos, técnica capaz de auxiliar o funcionamento da Justiça, mas afastando os reducionismos legalistas e tecnicistas, que tendem a retirar as especificidades do instituto, bem como distorcer sua aplicação. Este estudo afasta-se das saídas fáceis, guiadas por preceitos que não se coadunam com os meios consensuais, investigando em que medida a utilização da conciliação realmente pode favorecer a efetividade da prestação jurisdicional.

Como gênero, os meios consensuais podem ser extremamente relevantes na distribuição de Justiça, desde que adotada uma dimensão qualitativa. Nesse ínterim, é preciso destacar ainda que a sua institucionalização não trará solução à crise do Poder Judiciário, que, aliás, tem várias vertentes e mostra-se mais complexa do que as possibilidades dos meios consensuais.

⁷¹ Cf. Marc Galanter, “Compared to what?”, ob. cit., 1989, p. xii.

⁷² Sobre a diferença de processos construtivos e destrutivos, v. Morton Deutsch, “A resolução do conflito: processos e destrutivos”, in *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*, v. 3, organização de André Gomma de Azevedo, Brasília, Grupos de pesquisa, 2004, tradução de Arthur Coimbra de Oliveira e revisão de Francisco Schertel Mendes, p. 29-98. Esta publicação consiste na tradução de três capítulos da obra original: *The resolution of conflict: constructive and destructive processes*, New Haven and London, Yale University Press, 1973, p. 1-32; 349-400.

1.3. ATUAL CONCEPÇÃO DE ACESSO À JUSTIÇA

O acesso à Justiça ou à ordem jurídica justa⁷³ não se identifica apenas com a admissão do processo pelo ingresso de uma pretensão nas vias legais, pois essa problemática não está restrita ao limite formal dos órgãos jurisdicionais existentes. O acesso à Justiça consubstancia a proteção de todos os outros direitos e, apesar de sua difícil conceituação, é inegável que as mudanças históricas do Estado e as modernas atribuições do Judiciário compeliram a novo entendimento desse princípio, não apenas voltado a seu cumprimento formal, mas a observância concreta, material⁷⁴.

A complexidade dos conflitos reclama a estruturação da Justiça de forma a corresponder em quantidade e qualidade às suas estreitas exigências, com a máxima aderência possível⁷⁵. Isso significa que o direito de acesso deve ser pautado por uma adequada organização estrutural, embasada em instrumentos aptos à efetiva realização de Justiça, com uma composição eficiente do Judiciário, bem como institutos e categorias processuais que denotem técnicas apropriadas à resolução de conflitos.

Por tudo isso, o acesso à Justiça deve ser compreendido por três prismas: universalização, celeridade e adequação. Nesse sentido, cumpre fazer uma breve verificação da relação existente entre esses prismas e os meios consensuais, pois o contemporâneo desempenho da Justiça dependerá da correta estruturação de diversos

⁷³ A expressão é enfatizada por Kazuo Watanabe, “Acesso à Justiça e sociedade moderna”, in *Participação e processo*, Coordenação de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1988, p. 135, ao mencionar que “Em conclusão: a) o *direito de acesso à Justiça* é, fundamentalmente, *direito de acesso à ordem jurídica justa*; b) são *dados elementares desse direito*: (1) o direito à *informação e perfeito conhecimento do direito substancial* e à *organização de pesquisa permanente* a cargo de especialistas e orientada à aferição constante de adequação entre a ordem jurídica e a realidade sócio-econômica do País; (2) *direito de acesso à Justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa*; (3) *direito à preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetividade tutela de direito*; (4) *direito à remoção de todos os obstáculos* que se antepõem ao acesso efetivo à Justiça com tais características”. Vale ressaltar, porém, que, no decorrer desta tese, as expressões “acesso à Justiça” e “acesso à ordem jurídica justa” serão utilizadas indistintamente.

⁷⁴ Para Mauro Cappelletti e Bryant Garth, in *Acesso à justiça*, Tradução de Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 08, o acesso à Justiça indica duas finalidades básicas do sistema jurídico. Segundo os autores, “Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos”.

⁷⁵ Cf. José Roberto dos Santos Bedaque, in *Direito e Processo – Influência do direito material sobre o processo*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 2003, p. 17, “A eficácia do sistema processual será medida em função de sua utilidade para o ordenamento jurídico material e para pacificação social. Não interessa, portanto, uma ciência processual conceitualmente perfeita, mas que não consiga atingir os resultados a que se propõe. Menos tecnicismo e mais justiça, é o que se pretende”.

meios de solução dos conflitos e, na construção desse quadro harmonioso, terão grande relevância os que se destinarem à construção do consenso.

1.3.1. UNIVERSALIZAÇÃO

A universalização da tutela jurisdicional permite que a garantia constitucional da inafastabilidade do Poder Jurisdicional seja entendida sob um ângulo diferente daquele enfocado outrora, ou seja, o que era antes visto como mero direito de ação, isto é, direito de invocar a Jurisdição, atualmente denota amplo e efetivo acesso, sendo pertinente uma verificação atual do princípio. As diversas reformas ocorridas no sistema processual provam o esforço de introduzir inovações estruturais capazes de romper com os dogmas do formalismo, buscando atingir universalização sem perder segurança⁷⁶.

Vale destacar a tentativa de implantar um processo mais ágil, por tantas inovações. Nesse sentido, os juizados especiais cíveis e criminais, estaduais e federais, buscam uma Justiça mais plural e informal, adequada aos conflitos menos complexos ou de baixo valor econômico⁷⁷. Já para uma sociedade baseada em relações de massa, mostra-se imprescindível prever processos coletivos, como a ação civil pública ou mandado de segurança coletivo, a fim de adequar o tratamento molecularizado de demandas-átomo⁷⁸. Igualmente, a revisão do sistema recursal, que insere no sistema a Súmula

⁷⁶ Para José Carlos Barbosa Moreira, “Saneamento do processo e audiência preliminar” in *Revista de Processo*, n. 40, out.-dez. 1985, p. 109, “sempre em termos genéricos, pode-se acrescentar que o perfil do procedimento-padrão tende a caracterizar-se por certa complexidade, que o torna longo e difícil de realizar em breve tempo e sem considerável dispêndio de energias e de recursos financeiros. Mostra-se compreensível o fenômeno, ao menos na medida em que se queira assegurar aos litigantes determinado rol de garantias sugeridas pela preocupação de criar condições para que o processo, quanto possível conduza a resultado justo. (...) Ainda onde o processo não sofra a disfunção crônica que o onera em tantos países – e não só no mundo ibero-americano – parece temerário imaginar que se consiga um dia reduzir de maneira drástica a duração e o custo do procedimento-padrão, em sua versão completa, com todas as garantias que hoje se prezam, e com o relativo formalismo que delas constitui, pelo menos em parte, ineliminável consectário”.

⁷⁷ Cf. Leslie Shérica Ferraz, in *Juizados Especiais Cíveis e acesso à Justiça qualificado: uma análise empírica*, Tese de doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008, p. 92, “As pequenas causas podem e devem ser administradas de uma forma diferenciada, pouco combativa, em busca de melhores resultados qualitativos. Não se trata, portanto, de uma Justiça de segunda classe, mas sim de uma Justiça especializada”. E continua: “os Tribunais de Pequenas Causas são a forma mais adequada de solucionar os litígios de pequena valia, e mereceriam ser implantados mesmo se a Justiça comum fosse propiciada a todas as pessoas”.

⁷⁸ Para Rodolfo de Camargo Mancuso, in *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*, ob. cit., p. 81-82, “Os processos coletivos prestam relevantes contributos para a composição justa dos conflitos: (i) ao recepcionarem e darem tratamento adequado aos megaconflitos que hoje permeiam a contemporânea sociedade de massa, previnem sua pulverização (sua atomização, no dizer de Kazuo Watanabe) em multifárias demandas individuais; (ii) ao consentirem resposta judiciária

Vinculante e a Repercussão Geral, promovendo os Tribunais Superiores a guardiães do direito⁷⁹.

Destaque-se, no mesmo sentido, a inserção de mecanismos que permitem opção ao jurisdicionado, como a arbitragem e a desjudicialização dos procedimentos de jurisdição voluntária que atualmente podem ser realizados nas serventias extrajudiciais⁸⁰.

A promessa constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional se concretiza com limitações, inerentes à jurisdição, por meios socialmente convenientes e juridicamente idôneos. Trata-se de limitações legitimamente ditadas no plano constitucional e legal, todas visando à conformação do sistema processual à realidade técnica⁸¹, considerando o contexto social e político. As limitações ditadas pela CF/88 e pela lei são legítimas ao exercício da jurisdição, constituindo fator de racionalidade do sistema, tais como competência, princípio da demanda, observância dos pressupostos processuais e condições da ação, entre outros.

Existem, ao lado dessas, outras limitações que não são legítimas e concorrem para impedir que o processo cumpra adequadamente e de modo integral a sua função de pacificar conflitos e realizar Justiça. São fatores decorrentes das imperfeições da própria lei. Igualmente perversas são as limitações residentes na realidade socioeconômica e cultural da sociedade. Como exemplos, é possível mencionar que,

unitária (molecular, no dizer de Kazuo Watanabe), promovem o devido tratamento isonômico aos jurisdicionados que se encontram numa mesma situação fático-jurídica. (...) A resposta judiciária unitária e isonômica, que o processo coletivo pode proporcionar, é particularmente necessária em campos naturalmente propícios a conflitos de largo espectro, envolvendo número expressivo de sujeitos indeterminados, como nas searas ambiental, consumerista, de ordem econômica, infância e juventude, patrimônio público etc”.

⁷⁹ Sobre ampla análise do tema, v. Rodolfo de Camargo Mancuso, in *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*, ob. cit., 2009, p. 513 e ss, referente ao capítulo sétimo, denominado “O guarda da Constituição: o Supremo Tribunal Federal” e p. 595 e ss, referente ao capítulo oitavo, denominado “O guarda do direito federal comum: o Superior Tribunal de Justiça”.

⁸⁰ Segundo Francisco José Cahali; Hinoraka, Giselda Maria Fernandes Novaes Hinoraka, *Direito das sucessões*, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 425, “Ingressa nosso ordenamento no rol daqueles países que já previam a dissolução do vínculo conjugal e partilha através de expediente extrajudicial. E, embora com posições isoladas contrárias à inovação, fazemos coro àqueles que aplaudem a iniciativa, declinando nosso entusiasmo a esta nova lei, como um meio a mais para desafogar o Judiciário. E mais: entendemos extremamente benéfica a opção trazida pela lei para os próprios jurisdicionados, pois a rotina forense na capital paulista tem demonstrado a dificuldade e significativa demora na solução judicial de questões simples, meramente homologatórias de acordo”.

⁸¹ Nesse sentido, Fernando da Fonseca Gajardoni, in *Técnicas de aceleração do processo*, São Paulo, Lemos & Cruz, 2003, p. 152, “Não encontramos hoje nenhum amor cego às formas, alimentado por crenças e misticismos. Mas devemos reconhecer nelas um meio eficaz de realizar os fins a que o processo se destina, e prestigiá-las enquanto prestem esse ideal”.

da realidade socioeconômica, decorre a insuficiência de recursos das pessoas carentes para custear os altos valores relacionados à manutenção do processo, associada à precariedade dos serviços de assistência judiciária⁸². Da realidade cultural, decorre a desinformação e a cultura litigiosa, que pretendem resolver toda ordem de conflitos pelo processo judicial.

Da atuação conjugada desses ilegítimos fatores limitativos decorre a exclusão de muitas pretensões do tratamento e resolução adequada em via jurisdicional. As determinantes desse mal constituem fatores de resistência a um movimento expansivo testemunhado na generalidade dos ordenamentos jurídicos ocidentais modernos, caracterizado como universalização da jurisdição.

Universalizar a jurisdição é endereçá-la à maior abrangência factível, reduzindo racionalmente os resíduos não jurisdicionalizáveis. As situações litigiosas devem ser, na maior medida possível, canalizadas para solução adequada, seja via judicial ou não. O encaminhamento para a resolução adequada do conflito por parte do Estado cumpre a promessa solenemente celebrada na CF/88 de pacificação social⁸³.

Mesmo quando se reduz ao mínimo suportável a chamada litigiosidade contida⁸⁴, as peculiaridades de um novo sistema de Justiça, além de causar nova impressão à sociedade, permite a judicialização de conflitos que seguiriam à margem da Justiça, sem sequer ter contato com nenhum operador do direito. Assim, a demanda que

⁸² Para José Roberto dos Santos Bedaque, in *Direito e Processo*, ob. cit., 2003, p. 50, “O princípio da igualdade formal, tal como concebido pelo pensamento liberal-individualista, constitui exemplo típico da necessidade de mudança. Não se pode mais admitir que o legislador e o intérprete ignorem que a pobreza constitui óbice intransponível à sua efetividade”.

⁸³ Para Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria geral do processo*, ob. cit., 2010, p. 40, “O acesso à justiça é, pois, a ideia central a que converge toda a oferta constitucional e legal desses princípios e garantias. Assim, (a) oferece-se a mais ampla *admissão de pessoas e causas* ao processo (universalização da jurisdição), depois (b) garante-se a todas elas (no cível e no criminal) a observância das regras que consubstanciam o *devido processo legal*, para que (c) possam participar intensamente da formação convencional do juiz que irá julgar a causa (princípio do *contraditório*), podendo exigir dele a (d) efetividade de uma *participação em diálogo* –, tudo isso com vistas a preparar uma solução que seja justa, seja capaz de eliminar todo resíduo de insatisfação. Eis a dinâmica dos princípios e garantias do processo, na sua interação teleológica apontada para a pacificação com justiça”.

⁸⁴ A expressão é de Kazuo Watanabe e sintetiza o fenômeno dos conflitos que ficam fora da solução adjudicada proposta pela Justiça comum, muitas vezes com a renúncia total do direito do prejudicado. Para o referido autor, este é um acontecimento bastante perigoso para a estabilidade social. Neste sentido, v. “Filosofia e características básicas do juizado especial de pequenas causas”, in *Juizado Especial de pequenas causas (Lei 7.244, de 7 de novembro de 1984)*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1985, p. 02.

permaneceria reprimida torna-se manifesta pelo estímulo e pela facilidade de sua apresentação. O conflito, que poderia ser renunciado pela parte ou solucionado de outra forma, passa a pedir intermediação judicial, fazendo crescer as demandas institucionalizadas. A satisfação do usuário leva-o a retornar ao Judiciário e ainda a divulgar sua experiência, ensejando que novos usuários se apresentem.

À guisa de alerta, menciona Rodolfo de Camargo Mancuso que uma universalização ampliada em demasia pode ser desastrosa por subverter a inafastabilidade da Jurisdição, prevista no inciso XXXV do art. 5º da CF/88⁸⁵. Para o autor, “urge, pois, dessacralizar o acesso à Justiça, despojando-o da aura que o tem erigido numa sorte de cláusula pétrea, contexto ainda agravado pelas limitações da capacidade financeiro-orçamentária do Estado, diante dos investimentos que seriam necessários para “acompanhar” o vertiginoso crescimento da demanda. O acesso à Justiça deve, assim, desvestir-se dos excessos que o têm feito operar como um perigoso “convite à demanda” para, realisticamente, reduzir-se a uma cláusula de reserva, a uma oferta residual, operante num renovado ambiente judiciário, plasmado sob duas premissas: (i) os conflitos – inter ou plurissubjetivos – constituem um mal em si mesmos, nisso que acirram a litigiosidade, esgarçam o tecido social, fomentam a cultura demandista e, ao final, engendram os males de um superdimensionamento do Judiciário; (ii) tais conflitos devem ter a solução justa, num bom equilíbrio entre custo e benefício, e serem dirimidos em tempo razoável, mas não necessariamente pela via judicial, senão que também – e em certos casos até preferivelmente – por meio dos chamados equivalentes jurisdicionais, tais as formas alternativas de solução de conflitos, nas várias modalidades auto e heterocompositivas”⁸⁶.

O que se pretende com a remoção dos entraves ilegítimos e a universalização do acesso à Justiça, de fato, não é tornar a sociedade um grande tribunal, mas sim permitir a legítima canalização dos conflitos, sobretudo daqueles que ficavam à margem do ingresso no Judiciário. Sobre o tema, vale destacar que o princípio do acesso à Justiça

⁸⁵ Para Rodolfo de Camargo Mancuso, in *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*, ob. cit., 2009, p. 59, “Os milhões de processos em curso em nosso aparelho judiciário estatal derivam, em larga medida, de uma leitura exacerbada e irrealista que tem sido feita do acesso à Justiça (...)”.

⁸⁶ Cf. Rodolfo de Camargo Mancuso, in *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*, ob. cit., 2009, p. 62.

foi renovado pelos estudos desenvolvidos por Mauro Cappelletti e Bryant Garth⁸⁷, que, partindo de um diagnóstico sobre o sistema existente, propuseram três *ondas renovatórias* voltadas à superação dos entraves relacionados à distribuição de Justiça, indicadas pelo (i) movimento em prol da assistência judiciária, com vista a superar os obstáculos que a pobreza opõe ao ingresso em juízo e acesso à Justiça; (ii) reformas necessárias à tutela dos interesses transindividuais, especialmente pela proteção aos consumidores e ao meio ambiente e (iii) implantação de múltiplas inovações visando a uma espécie de Justiça coexistencial, mais acessível e participativa, com forte tendência à universalidade e, numa expressão, a um processo mais justo. A terceira onda trata justamente da ampliação do acesso à Justiça, com o reconhecimento da importância dos meios alternativos e consensuais de resolução de conflitos⁸⁸.

A universalização do acesso à Justiça precisa ser compatibilizada com as limitações do Estado e, mais especificamente, do Poder Judiciário. Não basta, portanto, ampliar o número de juízes ou da estrutura do Judiciário, mas é preciso desenvolver uma nova política de tratamento dos conflitos⁸⁹. Essa, aliás, é a pretensão da Resolução nº 125 do CNJ, ao buscar o desenvolvimento de uma nova cultura no Brasil pela institucionalização dos meios consensuais.

Trata-se de uma estratégia utilizada pelo Judiciário para desenvolver uma cultura voltada à pacificação. Justamente por isso a Resolução nº 125 do CNJ determinar, de modo impositivo, que os meios consensuais sejam oferecidos não apenas como técnica de resolução de conflitos endoprocessual, mas também que sejam estruturados Setores de Conciliação e Mediação que forneçam tais meios antes da judicialização do conflito,

⁸⁷ Cf. Mauro Cappelletti e Bryant Garth, in *Acesso à justiça*, ob. cit., 1988, p. 15-29.

⁸⁸ Sobre a terceira onda renovatória, José Roberto dos Santos Bedaque, in *Direito e Processo*, p. 56, observa que “Essa última onda abrange as anteriores e se preocupa principalmente com o conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e, mesmo, prevenir disputas nas sociedades modernas. Reconhece-se, aqui, a grande influência da natureza do litígio na determinação de novos mecanismos procedimentais que tornem efetiva a proteção aos novos direitos. É o processo se adaptando ao conflito, que se distingue de outro por características próprias. Nessa medida, também diversos podem ser os óbices ao acesso e as medidas para eliminá-los de maneira eficiente”.

⁸⁹ Em sentido contrário, v. José Ignácio Botelho de Mesquita, “As novas tendências do direito processual: uma contribuição para o seu reexame”, in *Revista Forense*, São Paulo, v. 361, mai-jun. 2002, p. 47-72. Segundo o autor, “Na verdade, só há duas formas de reduzir o tempo necessário para a realização de um trabalho. Uma é aumentar o número dos componentes empregados na produção. Outra é o aperfeiçoamento da tecnologia. O processo novo oferece apenas uma mudança da tecnologia, aplicando à jurisdição contenciosa a tecnologia da jurisdição voluntária. Essa mudança pode levar a uma diminuição do tempo do trabalho, mas importa alteração da natureza do resultado. O produto final não é o mesmo que o visado pela jurisdição contenciosa e pode se tornar imprevisível”, ob. cit., p. 67.

isto é, de forma pré-processual. Além disso, a Resolução nº 125 impulsiona a criação de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, voltados não apenas ao tratamento de conflitos, mas também ao fornecimento de serviços jurídicos que não envolvam necessariamente conflito de interesses, ampliando ainda mais o sentido de acesso à Justiça. Para tanto, esses Centros deverão oferecer uma gama de serviços voltados ao atendimento da população, prestando informações, orientações e, se for o caso, triagem dos conflitos apresentados, a ser remetidos ao foro adequado de resolução⁹⁰.

Nesse sentido, a Resolução nº 125 do CNJ ratifica que a universalização do acesso à Justiça deve estar em consonância com uma atuação eficiente do Estado e do Poder Judiciário. É necessário que mecanismos sociais, agregados por valores culturais, proporcionam uma canalização e um tratamento do conflito voltado a uma resolução construtiva, baseada no diálogo. Assim, não resta dúvida de que caberá aos meios consensuais papel de destaque nessa nova estruturação do sistema de Justiça, pautado na universalização do acesso.

1.3.2. CELERIDADE

Outrossim, a celeridade na solução dos conflitos é predicado cada vez mais valorizado, uma vez que hoje vigora o entendimento de que a Justiça tarda já falhou. De fato, não parece razoável que o processo se eternize, vulnerando diversas garantias constitucionais⁹¹. Causa espanto o descompasso entre o ritmo da resposta do Judiciário e

⁹⁰ No mesmo sentido, Maria Tereza Sadek, “Efetividade de direitos e acesso à Justiça”, in *Reforma do Judiciário*, Coordenação de Sérgio Rabello, Tamm Renault e Pierpaolo Bottini, São Paulo, Saraiva, 2005, p. 278, destaca a concepção dos Juizados Especiais, afirmando que “uma corte de Justiça, com as características dos Juizados Especiais, acaba, por propiciar o desenvolvimento de um serviço paralelo de atendimento ao público, com a finalidade de prestar informação e orientação. Esse serviço, além de fazer uma triagem das diferentes demandas que chegam até ele, exerce também um papel muito importante, favorecendo um contato mais direto entre o cidadão e o poder público. Com muita frequência, nessa relação, há o esclarecimento sobre direitos e sobre as formas mais adequadas para conquistá-los ou preservá-los”.

⁹¹ Sobre o tema, v. José Rogério Cruz e Tucci, *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, p. 22. Segundo o autor, “o tempo do processo, sob o aspecto intrínseco, não é um tempo ordinário. Da mesma maneira que o espaço judiciário reconstrói um interior que encarna a ordem absoluta, o tempo do processo interrompe o desenvolvimento linear do tempo cotidiano. Ele se insinua como uma ação temporária que por sua ordem e regularidade, compensa as lacunas do tempo profano. O tempo do processo é um tempo inteiramente ordenado que permite à sociedade regenerar a ordem social e jurídica”. Para aprofundar o tema, v. Vincenzo Vigoriti, “Notas sobre o curso e a duração do processo civil na

o crescimento geométrico do número de demandas, o que leva a encarar o tempo como inimigo do processo. A duração do processo passa a ser vista como um mal a combater⁹².

Nesse sentido, o acesso à Justiça é compreendido como a prestação jurisdicional mais rápida quanto possível e, justamente por essa razão, a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, alterou o art. 5º, LXXVIII, da CF/88, que passou a ter a seguinte redação: "*a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.*"

Tal dispositivo prevê a celeridade processual como direito fundamental dos cidadãos. Trata-se de uma diretriz e não de norma de aplicabilidade imediata. É uma clara orientação para todos, sejam legisladores, executores ou demais operadores do direito⁹³. De forma geral, a mencionada emenda trouxe muitas inovações para o sistema judicial e responde à preocupação de uma jurisdição mais veloz, evidenciando que o princípio da celeridade está na pauta do dia. Outrossim, diversas modificações infraconstitucionais perseguem a celeridade e, hoje, o processo brasileiro está permeado de mecanismos aceleratórios, muito embora faltem dados objetivos para aferir a real contribuição de tantas intervenções na abreviação temporal das demandas.

Itália", in *Revista de Processo*, São Paulo, v. 11, n. 43, jul.-set., 1986, Tradução de Teresa Celina de Arruda Alvim.

⁹² Para Paulo Henrique dos Santos Lucon, *Eficácia das decisões e execução provisória*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 171, "Por ser vida, o processo com duração demasiada é fonte de angústias e os efeitos sociais de sua demora também são sentidos na medida em que as pessoas se vêem desestimuladas a cumprir a lei, quando sabem que outras a descumprem reiteradamente e obtêm manifestas e indevidas vantagens, das mais diversas naturezas. Portanto, é curial que um processo assim provoca não apenas efeitos negativos àqueles que dele participaram, mas também a toda a coletividade. Há ainda os efeitos econômicos decorrentes do atraso na consecução da justiça, pois são favorecidas a especulação e a insolvência, acentuando-se as diferenças entre aqueles que podem esperar e tudo têm a ganhar com a demora da prestação jurisdicional e os que têm muito a perder com a excessiva duração do processo".

⁹³ Cf. Sérgio Rabello Tamm Renault e Pierpaolo Bottini, "Primeiro passo", ob. cit., 2005, p. 08, "Trata-se, evidentemente, de um princípio constitucional, uma diretriz, e não de uma norma de aplicabilidade imediata. No entanto, consiste em orientação clara ao intérprete e ao legislador, e eiva de inconstitucionalidade qualquer proposta no sentido contrário, ou seja, que disponha sobre mecanismos de retardamento do andamento de feitos. (...) O ordenamento jurídico infraconstitucional precisa ser adequado e moldado aos novos preceitos constitucionais, notadamente à nova previsão que eleva a direito fundamental a celeridade do processo. Perante este novo princípio, faz-se necessário o ajuste dos processos judiciais civis, penais, trabalhistas, e todos os demais, para que contemplem mecanismos de racionalização da prestação jurisdicional".

Ainda para atender à celeridade, a informalidade é apresentada como saída possível⁹⁴. Entretanto, se, por um lado, cumpre reconhecer que o processo não deve conter formalidades inúteis, por outro, é preciso lembrar que a forma, em muitos casos, é reflexo do devido processo legal, representando a almejada segurança do instrumento processual. Assim, nem todas as formalidades devem ser condenadas ou rechaçadas do ordenamento.

A supressão de formalidades essenciais ao devido processo legal em prol da celeridade pode trazer prejuízos à Jurisdição e à consecução dos seus fins⁹⁵. É evidente a necessidade de reformas processuais pautadas na abolição de formalidades dispensáveis, não só por favorecer a celeridade, mas principalmente por melhorar a utilidade processual, contanto que tais supressões não gerem insegurança ou a instabilidade do sistema. Nesse sentido, os meios consensuais são apresentados como formas passíveis de dar resposta célere ao conflito, sobretudo pela sua informalidade.

Ora, os meios consensuais não podem ser vistos como informalismos aptos a resolver a enorme gama de conflitos judicializados, tanto mais porque não constituem informalismos, mas formalismos de formas breves⁹⁶, cujas práticas e técnicas devem ser respeitadas. Além da profissionalização de conciliadores e mediadores, bem como a distinção de métodos a aplicar especificamente de acordo com os conflitos apresentados, a oferta de meios consensuais precisa estruturar-se segundo um sistema de Justiça pautado por um novo modelo de tratamento de conflitos⁹⁷, voltado à construção do consenso. Isso porque é imprescindível a interlocução entre os operadores do direito

⁹⁴ Segundo Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria geral do processo*, ob. cit., p. 32, “A primeira característica dessas vertentes alternativas é a ruptura com o formalismo processual. A desformalização é uma tendência, quando se trata de dar pronta solução aos litígios, constituindo fator de celeridade”.

⁹⁵ É nesse sentido a manifestação de José Ignácio Botelho de Mesquita, “As novas tendências do direito processual: uma contribuição para o seu reexame”, ob. cit., p. 62. Para o autor, “Suposto que o processo já não contenha formalidades inúteis, só contenha as necessárias, a abolição de qualquer delas implicará restrição da garantia do devido processo legal”.

⁹⁶ Cf. Marc Galanter, “Compared to what?”, ob. cit., p. xiv, “ADR is not so much informalism as “short form formalism”; not so much deprofessionalization as a change in professionals. But it is a species of de-regulation: the tie of procedures and sanctions to decisive application of public rules is loosened”.

⁹⁷ Nesse sentido foi a palestra da Profª Paula Costa e Silva, da Faculdade de Lisboa, realizada no Seminário “Conciliação e Mediação: estruturação da Política Judiciária Nacional”, promovido pelo CNJ em 28.06.2011, na Fundação Armando Álvares Penteado - FAAP, em São Paulo/SP.

envolvidos na resolução do conflito, como advogados, juízes, promotores, defensores públicos, auxiliares da Justiça⁹⁸.

Acresça-se ainda que um tempo razoável para o tratamento do conflito, relacionado ao método a ser aplicado e ao conflito apresentado, também deve ser respeitado. É preciso destacar que só haverá efetiva abreviação temporal se realmente as partes chegarem legitimamente ao consenso – o que também leva algum tempo – e, se assim for, os desdobramentos comumente verificados pela existência de recursos e execuções serão ceifados do sistema, como se evitará igualmente a litigiosidade remanescente.

Esses são os ganhos possíveis relacionados à celeridade, que podem ser incrementados pelos meios consensuais, desde que bem empregados e, mesmo assim, convém proceder a uma verificação específica no sentido de rechaçar acordos pautados na vulnerabilidade das partes⁹⁹⁻¹⁰⁰.

Considerando que haverá um tempo para serem aplicadas as técnicas dos meios consensuais e tempo ainda maior para que a sociedade, bem como o Poder Judiciário sintam os resultados de uma nova política de Justiça, parece mais apropriado esperar da institucionalização dos meios consensuais um aumento da utilidade da solução construída pelas partes e, principalmente, do desenvolvimento da cultura da pacificação, que estará cada vez mais presente na vida dos cidadãos.

⁹⁸ O Desembargador José Carlos Ferreira Alves, na palestra sobre a Política Pública de Tratamento Adequado de Conflitos, proferida em 1.07.2011, na Escola Paulista da Magistratura – EPM, em São Paulo, conforme informação disponível em <<http://www.tj.sp.gov.br/Noticias/Noticia.aspx?Id=10942>>, acessado em 25.08.2011, salientou que compete ao Núcleo desenvolver a política judiciária de tratamento adequado dos conflitos, implementando e aperfeiçoando constantemente seus trabalhos, além de fazer a interlocução com outros tribunais e com as diversas entidades envolvidas, como a OAB, a Defensoria Pública, a Procuradoria Geral do Estado e o Ministério Público. Para ele, “À medida que vamos vivenciando o Núcleo, percebemos como foi sábia a Resolução 125 ao estabelecer a necessidade dessa interlocução”.

⁹⁹ Segundo Mauro Cappelletti e Bryant Garth, in *Acesso à justiça*, ob. cit., 1988, p. 20, sobre a demora da solução judicial, afirmam que “ela aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito”.

¹⁰⁰ Francisco José Cahali, in *Curso de arbitragem*, ob. cit., 2011, p. 46, vai além ao mencionar que “Cria-se uma rede integrada por todos os órgãos do Poder Judiciário, por entidades públicas e privadas parceiras, por universidades e por instituições de ensino, comprometida com a implementação da política pública”.

1.3.3. ADEQUAÇÃO

Enquanto a universalização é a vertente que denota garantia pelo amplo acesso à Justiça, a celeridade reflete a resposta ao conflito em tempo hábil. Significam estender a prestação jurisdicional até onde o sentimento de Justiça possa chegar, mas sem perder de vista a duração razoável do processo. Todavia, é preciso inserir a adequação como elemento qualitativo à resposta dos conflitos.

A ampliação do acesso certamente libera a litigiosidade contida, gerando uma enorme judicialização de conflitos. Como exemplo dessa assertiva é possível mencionar a procura pelos Juizados Especiais. A existência de uma resolução rápida, oral e mais informal, com custos reduzidos, ocasionou uma corrida dos pequenos conflitos ao Poder Judiciário, revelando-se apenas mais uma porta de entrada, sem que a resposta esperada fosse provida¹⁰¹. A promessa de resolução veloz, somada ao baixo custo, estimulou a judicialização de conflitos que antes passavam à margem do Judiciário.

Esse foro jamais conduziria ao acesso à Justiça sem a concorrência de outros fatores relacionados à adequação, tais como a previsão de outros meios para solucionar conflitos, o modo de ser do processo, a utilidade e a Justiça das decisões proferidas pelos órgãos jurisdicionais. Por essa forma, a criação dos Juizados priorizou a técnica conciliatória¹⁰² e, no caso do seu insucesso, um procedimento simples, oral, célere e gratuito, perfeitamente adequado à resolução de pequenos litígios.

Não só o crescente reconhecimento de direitos, mas também as enormes mudanças sociais acarretam elevado número de novos conflitos, cuja resolução cabe ao Estado preocupar-se¹⁰³, concebendo novas políticas de Justiça que possam proporcionar

¹⁰¹ Sobre a verificação empírica dessa problemática, v. CENTRO BRASILEIRO DE ESTUDOS E PESQUISAS JUDICIAIS (CEBEPEJ), Juizados Especiais Cíveis: estudo, Brasília, Ministério da Justiça, 2006, disponível em <<http://www.cebepej.org.br/pdf/DJEC.pdf>>, acessado em 20.06.2011.

¹⁰² Para Maria Tereza Sadek “Efetividade de direitos e acesso à Justiça”, ob. cit., 2005, p. 279, “Trata-se, em poucas palavras, de uma nova concepção de Justiça. Há a substituição de um modelo baseado em um jogo de soma zero por um modelo centrado em uma arena de composições. O juízo comum é guiado pela cultura da sentença: nela, um árbitro equidistante das partes determina que um ganha e que a outra perde, isto é, uma decisão segundo a qual quem vence leva tudo. Nos Juizados Especiais, diferentemente, domina a cultura da pacificação, da possibilidade de acordos e de soluções negociadas”.

¹⁰³ Cf. Maria Tereza Sadek, “Judiciário: mudanças e reformas”, ob. cit., 2004, p. 86, “A mera transformação estrutural por que passou a sociedade brasileira, de predominantemente agrária e rural para industrial e urbana, num intervalo de menos de cinquenta anos, tornando-se 1930 como ponto de partida,

solução dessas demandas. Isso significa que não basta alargar a porta de entrada do Judiciário aos conflitos, mas que é indispensável aprimorar internamente o sistema de resolução de conflitos, habilitando-o a oferecer resultados úteis e satisfatórios.

No sistema pátrio, vários institutos processuais foram modificados com o intuito de corresponder a essa expectativa. Prova disso é a reformulação das tutelas de urgência, que introduzem a previsão da tutela antecipada e regularizam a aceitação das ações cautelares. Da mesma forma, o sistema recursal foi alterado para permitir maior agilidade nas decisões, tanto quanto possível. Os Tribunais passaram a julgar demandas que haviam sido extintas, sem que isso fosse visto como afronta ao duplo grau de jurisdição. Outrossim, houve ampliação dos poderes do relator.

As formas processuais também ganharam flexibilidade, procurando servir a único objetivo: garantir prestação jurisdicional adequada a partir do devido processo legal. Para tanto, inseriu-se o art. 285-A no CPC, que faculta o julgado antecipadíssimo do feito e a sistematização do cumprimento da sentença, específicas para as obrigações de fazer ou não fazer, de entregar coisa certa ou pagar, com notável ampliação dos poderes judiciais para fazer cumprir a decisão proferida¹⁰⁴.

Assim, a adequação é a resposta para o aprimoramento do sistema de Justiça, bem como para a gestão do conflito, promovendo outras formas de garantir direitos e deveres, para que se cumpra o acesso à Justiça, com universalização e celeridade.

O sistema de Justiça deve ser entendido como fator de desenvolvimento econômico e social, cumprindo preservar o monopólio estatal para a solução de muitos conflitos, mas não para todos. Não se trata de privatizar a Justiça¹⁰⁵, mas de reconhecer que

justificaria a multiplicação dos conflitos. Tais tendências forma, no entanto, em grande partes contidas pela ausência de vida democrática e pelo descrédito na Justiça.”

¹⁰⁴ Cf. Kazuo Watanabe, “Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer – artigos 273 e 461, CPC”, in *Revista de Direito do Consumidor*, nº 19, jul.-set. 1996.

¹⁰⁵ Sobre o tema, José Carlos Barbosa Moreira, “Privatização do processo”, in *Temas de direito processual*, 7ª série, São Paulo, Saraiva, 2001, p. 08, “Também se alude a “privatização” a propósito do florescimento, bem maior em países estrangeiros que no Brasil, dos chamados “meios alternativos” de solução extrajudicial de conflitos de interesses – *Alternative Dispute Resolution*, ou abreviadamente ADR, na conhecida locução inglesa. Semelhantes métodos utilizam, como se sabe, os serviços de indivíduos ou de instituições de caráter privado, extra-oficial, desde árbitros propriamente ditos, designados nos termos da legislação relativa à arbitragem até “juízes de aluguel”, contratados e remunerados pelas partes para solucionar conflitos de interesses”. O autor conclui, afirmando que “falar

mecanismos mais apropriados, alternativos ou judiciais, podem colaborar para engendrar uma sociedade mais participativa na própria concepção da Justiça¹⁰⁶.

Coaduna-se com o acesso à Justiça a previsão de meios consensuais, que perpassam a universalização e a celeridade, atingindo a adequação¹⁰⁷. Nessa linha, movimentos de estímulo à conciliação, à mediação e à desjudicialização de procedimentos são benéficos porque permitem uma solução que salvaguarda o núcleo essencial da função jurisdicional: pacificação com Justiça.

O modelo tradicional oferecido pelo Judiciário para resolver conflitos é insuficiente diante da complexidade dos conflitos e das inúmeras expectativas das partes. A resposta ao acesso à Justiça há de ser plural, sobretudo resultando da combinação de várias soluções integráveis entre si¹⁰⁸. É justamente por essa razão que a institucionalização dos meios consensuais representa maiores possibilidades relacionada à adequação. Acresça-se, porém, que essa adequação, verificada pelos meios consensuais, pode ser maximizada ao atrelar-se tais meios ao sistema de múltiplas portas. É o que se verá a seguir.

1.4. FÓRUM DE MÚLTIPLAS PORTAS E A EXPERIÊNCIA NORTE-AMERICANA

em “privatização do processo” é usar expressão, nalguns casos, inadequada; noutros, falsa; em todos, perigosa”, ob. cit., p. 17.

¹⁰⁶ Comentando sobre a Resolução nº 125 do CNJ, Valeria Ferioli Lagrasta Luchiari, “A Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça: origem, objetivos, parâmetros e diretrizes para a implantação concreta”, ob. cit., 2011, p. 232, afirma que “O que se busca, então, é aumentar as opções disponíveis para a solução dos conflitos, continuando a figurar a solução estatal, através da sentença, como a principal delas, havendo uma relação de complementaridade entre esta última e as demais, o que afasta a ideia de que tais formas de solução de conflitos ferem o monopólio da jurisdição”.

¹⁰⁷ Cf. José Roberto dos Santos Bedaque, in *Direito e Processo*, ob. cit., 2003, p. 52, “O desenvolvimento da ciência processual exige a concepção de um instrumento perfeitamente adequado aos fins a que se propõe. Daí a necessidade de – diante da realidade material, das novas conquistas verificadas no plano dos direitos – criar modelos processuais compatíveis, aptos a solucionar essa gama enorme de conflitos, até então inconcebíveis. Para ser justo, não pode o processo prescindir das diferentes realidades litigiosas”.

¹⁰⁸ Para Fernanda Tartuce, in *Mediação nos conflitos civis*, São Paulo, Método, 2008, p. 101, “Todos os problemas devem ser enfrentados simultaneamente, buscando-se o aperfeiçoamento do acesso à justiça aos necessitados, além de um aprimoramento nas regras processuais e na administração da justiça, sem descuidar de proporcionar mecanismos diferenciados para conflitos que possam ser mais eficazmente tratados por técnicas diferenciadas. Nessa medida, devem ser consideradas múltiplas abordagens e diretrizes ao tratarmos do tema da justiça”.

Não resta dúvida de que a grande vantagem do Sistema de Múltiplas Portas ou *Multidoor Courthouse* é a integração de diversos mecanismos para solucionar conflitos com o Poder Judiciário, contribuindo de forma decisiva ao aperfeiçoamento de um sistema de Justiça¹⁰⁹. Isso porque, ao oferecer diversas soluções para um mesmo conflito, pode atender especificamente aos interesses das partes envolvidas.

Já havia no sistema norte-americano diversas formas de resolução de controvérsias e em diferentes ambientes¹¹⁰, mas foi apenas no final da década de sessenta do século passado que se ampliou o reconhecimento da importância desses mecanismos, sobretudo visando à implementação da prestação jurisdicional, integrada ao gerenciamento de casos e com sistematização mais eficiente. Surgiu um movimento favorável aos mecanismos alternativos de resolução de conflitos, denominado *Alternative Dispute Resolution Movement*. É claro que esse fato foi desencadeado por uma série de fatores.

Em 1964, o *Civil Rights Act Congress* estabeleceu o *Community Relations Service* no âmbito do Ministério de Justiça norte-americano, com o objetivo de auxiliar os tribunais a cuidar dos casos de conflitos raciais e disputas da comunidade, de difícil resolução pela interdisciplinaridade que esses interesses e direitos apresentavam. No mesmo período, a Fundação Ford criou o *National Center for Dispute Settlement* e o *Institute of Mediation and Conflict Resolution*, iniciativas que, aliadas às instituições sociais, criaram condições para a implementação de mecanismos localizados em centros de mediação comunitária e tribunais locais, sobretudo em conflitos de família.

A contribuição acadêmica ficou por conta da sistematização desses movimentos sociais e a sua aproximação com as formas mais conhecidas – mediação e arbitragem, apontando contornos e limites desses procedimentos. Cada vez mais, ficaram evidentes

¹⁰⁹ Sobre o Sistema de Múltiplas Portas, estudo interessante foi desenvolvido por Marco Antônio Garcia Lopes Lorencini, in *Prestação jurisdicional pelo Estado e meios alternativos de solução de controvérsias: convivência e formas de pacificação social – uma sugestão de integração*, Tese de doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006. O autor apresenta os meios alternativos de solução de controvérsias no direito norte-americano e sua experiência nos tribunais, com posterior sugestão de implantação do modelo de Fórum de Múltiplas Portas no sistema brasileiro.

¹¹⁰ Cf. Carlos Alberto de Salles, in *A arbitragem na solução de controvérsias contratuais da administração pública*, ob. cit., 2010, p. 245, “A experiência de utilização de mecanismos alternativos nos Estados Unidos é bastante enraizada historicamente. Há notícia que a primeira lei criando um programa dessa ordem data de 1888, quando foram criados *boards of arbitration*, voluntários, para resolver controvérsias entre ferrovias e sindicatos, de forma a prevenir interrupções no sistema de transportes”.

os objetivos desses mecanismos, sendo possível destacar a redução de custo e tempo para responder ao conflito. Ênfase também deve ser dada ao envolvimento da comunidade na resolução do conflito, facilitando o acesso à Justiça pelas variações de procedimento e propiciando maior efetividade à solução.

Em 1976, Frank E. A. Sander fixou num discurso a base do Sistema de Múltiplas Portas. A publicação posterior dessas ideias se deu no artigo “*Varieties of Dispute Processing*”¹¹¹, segundo o qual mais portas deveriam ser oferecidas para resolver conflitos, sendo vantajoso para todos haver uma gama de possibilidades, o que se realizaria mediante um sistema de Justiça que pudesse fazer uma triagem e indicasse os mecanismos corretos, partindo das especificidades de cada conflito e considerando os interesses envolvidos. Para tanto, o autor idealizou Centros que concentrariam diversas resoluções, atuantes dentro do Poder Judiciário, e que um funcionário público se vinculasse dessa triagem, direcionando o conflito para uma resolução.

Com isso, seria possível abranger maior número de conflitos, sobretudo ao canalizar os que estavam relegados à margem de uma resolução institucional.

Mecanismos como mediação, arbitragem, avaliação de terceiro neutro, entre outros, deveriam ser sugeridos. Nesse sentido, menção deve ser feita às leis que uniformizaram a regulamentação da arbitragem, em 1925, pelo *Federal Arbitration Act*, bem assim da mediação, em 2001, pelo *Uniform Mediation Act*.

Em 1985, a emenda à Regra 16 da *Federal Rules of Civil Procedure* regulamentou a mediação, autorizando o juiz a requerer a presença das partes na *pretrial conference* ou ‘audiência preliminar’ para buscar um acordo. Vale frisar que essa audiência difere da que vigora no sistema brasileiro, porque se realiza depois da fase instrutória, ou seja, com o auxílio do gerenciamento da demanda, dá maior possibilidade de composição entre as partes, uma vez que os argumentos já estão exauridos e o arcabouço que os sustenta já foi apresentado¹¹². Isso permite análise mais criteriosa dos riscos tanto para a

¹¹¹ Cf. Frank E. A. Sander, “Varieties of dispute processing”, in *The Pound Conference: perspectives on justice in the future*, St. Paul, West Publishing Co., 1979, p. 65-87.

¹¹² Judith Resnik, “Mediating preferences: litigant preferences for process and judicial preferences for settlement”, in *Journal of dispute resolution*, 2002, p.155-169, conclui que a realização da *pretrial conference* tem sido um fator relevante na mudança de foco da litigância da adjudicação judicial.

propositura como para a aceitação de uma composição. A *pretrial conference* se encerra com uma decisão judicial adjudicatória, caso não haja resolução do conflito.

Além das iniciativas estatais que viabilizaram o sucesso do Sistema de Múltiplas Portas, pelo implemento legislativo, outros fatores contribuíram positivamente para o intento. A participação da comunidade, envolvendo escolas, igrejas, hospitais e presídios, que deveriam empenhar-se em propor mecanismos de resolução dos seus próprios conflitos, foi de grande valor. Ao envolver diversos setores da comunidade, os meios alternativos foram ganhando apoio não só de programas locais, proporcionados de forma pública pelo Judiciário, mas de programas comunitários, fora do Judiciário e sob a fiscalização estatal. Isso permitiu que a comunidade assumisse parte da responsabilidade de resolver conflitos, participando ativamente desse processo e permitindo a instalação de uma cultura mais voltada à pacificação.

Também aos advogados coube papel de destaque nesse processo, sobretudo na década de 1980¹¹³. A Associação dos Advogados dos EUA criou um comitê especial para a solução de disputas e um jornal chamado *Dispute Resolution Magazine*. Maior destaque, porém, deve ser dado as leis estaduais que determinam que os advogados têm o dever ético de informar seus clientes sobre as diferentes formas de solução de disputas. Em Estados como Massachusetts ou Nova Jersey, o advogado deve considerar o cenário geral do conflito e apresentar diversas opções ao cliente – não só a forma adjudicatória estatal¹¹⁴.

A participação dos advogados foi tão importante que a Associação de Advogados chegou a financiar alguns projetos piloto de Sistema de Múltiplas Portas no Judiciário.

Também nos anos oitenta, os estudos em negociação apresentaram esse método como forma adequada de solucionar conflitos comerciais e empresariais por permitir que os

¹¹³ Cf. Segundo Stephen Goldberg, Frank Sander, Nancy Roger e Sarah Cole, in *Dispute resolution: negotiation, mediation and other process*, 4th ed, New York, Aspen Publishers, 2003, p. 7 e ss.

¹¹⁴ Sobre essas assertivas, destacando principalmente a importância da advocacia na evolução no Sistema de Múltiplas Portas, v. entrevista de Frank E. A. Sander à Mariana Hernandez Crespo, diretora da *University of St. Thomas International ADR Research Network*, cuja transcrição foi publicada “A Dialogue between Professors Frank Sander and Mariana Hernandez Crespo Exploring the Evolution of the Multi-Door Courthouse (Part One)”, in *University of St. Thomas Law Journal*, September, 2008, disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1265221>, acessado em 31.05.2011.

próprios envolvidos buscassem melhores opções. Esse envolvimento das partes contribuiria para encontrar soluções mais adaptáveis às peculiaridades do caso.

Em 1990, a promulgação do *Civil Justice Reform Act* solicitou uma postura das cortes voltadas à redução de custos e de tempo para uma prestação jurisdicional mais efetiva. É claro que esse cenário reforçou a necessidade de pensar igualmente na efetivação dos meios alternativos pelo sistema jurídico e no gerenciamento da demanda, assegurando uma resposta mais eficaz e menos custosa aos conflitos.

Em 1991, promoveu-se uma conferência nacional para partilhar experiências sobre a utilização de tantos projetos piloto instalados no Poder Judiciário, denominada *National Conference on Emerging ADR issues in the State and Federal Courts*. Tal evento estimulou um debate mais aprofundado e plural, levando os operadores do direito, de forma geral e presentes nos vários segmentos da prestação jurisdicional, a pensar em formas de institucionalizar os meios alternativos.

Em 1998, pelo *Alternative Dispute Resolution Act*, o Congresso determinou que toda Corte Federal nos EUA estabelecesse seu programa de meios alternativos, com regras locais, incentivando os litigantes a considerar diversas formas de solução dos seus conflitos, experiência que se alastrou para as Cortes Estaduais¹¹⁵. A partir daí, os meios alternativos passam a ser vistos como parte de uma política pública de Justiça. Consequentemente, as implementações estaduais foram crescentes.

Os mecanismos alternativos não têm aceitação unânime na doutrina daquele país¹¹⁶, entretanto, são muito utilizados e de grande relevância no sistema de Justiça norte-americano¹¹⁷.

Necessário para melhor compreender o Sistema de Múltiplas Portas é destacar os diversos mecanismos à disposição da população para resolução de conflitos. Nestas

¹¹⁵ Cf. Frank E. A. Sander, in *Emerging ADR issues in state and federal courts*, American Bar Association, 1991, p. 1 e ss.

¹¹⁶ Nesse sentido, v. Owen Fiss, “Contra o acordo”, in *Um novo processo civil*, ob. cit., 2004, p. 121 e ss.

¹¹⁷ Cf. Wayne D. Brazil, “Hosting mediations as a representative of the system of civil justice”, in *Ohio St. Journal on Dispute Resolution*, vol. 22, 2007, p. 227-275. Esse autor também faz considerações interessantes sobre o futuro da ADR no sistema norte-americano, cf. “Continuing the conversation about the current status and the future of ADR: a view from the Courts”, in *Journal of dispute resolution*, v. 11, 2000, p. 11-39.

brevíssimas linhas, haverá apenas um apanhado geral das diversas técnicas utilizadas no sistema norte-americano, com ênfase na participação do terceiro e na finalidade do método, como adjudicatório, consensual ou misto.

A arbitragem é o mecanismo caracterizado pela adjudicação do terceiro imparcial, que pode ser uma pessoa ou um órgão colegiado. A decisão é impositiva, apesar de pronunciadas fora da esfera pública. É o mecanismo que mais se aproxima do modelo jurisdicional estatal, pois a decisão vale como verdadeira sentença judicial¹¹⁸. Assim, qualquer invalidade do mecanismo pode ser questionada em juízo, mas o mérito da decisão é vinculativo às partes. Em regra, é adequado para conflitos empresariais, pela possibilidade de escolha do árbitro, que pode estar afinado com os conhecimentos da matéria posta em julgamento e pelo sigilo do processo.

Pela mediação, por sua vez, o terceiro deve buscar a comunicação entre as partes, em posição de neutralidade. Entretanto, no sistema norte-americano, existem diversos tipos de mediação. Apenas exemplificativamente, é possível mencionar que a mediação pode ser avaliativa, quando o terceiro externa seus pontos de vista para a parte, ou apenas facilitativa, quando o terceiro não manifesta suas opiniões e limita-se a favorecer uma comunicação eficaz. Apesar dessas variações, não há o instituto da conciliação nesse sistema, embora suas práticas sejam plenamente comparáveis a este instituto, consoante o uso no Brasil.

Outro exemplo é o *settlement judges* ou juízes mediadores. São os juízes de acordo. É adotado nos *Boards of Appeal*, que constituem verdadeiros tribunais administrativos. Esse mecanismo fornece às partes a possibilidade de ter como mediador um juiz especializado, que conhece as tendências jurisprudenciais, com a garantia de que não participará de eventual julgamento. Trata-se de uma mediação avaliativa¹¹⁹.

¹¹⁸ De toda forma, verifica-se maior efetividade do instituto quando há cooperação do Judiciário. Nesse sentido, v. Francisco José Cahali, *Curso de arbitragem*, ob. cit., 2011, p. 238-239.

¹¹⁹ Destacando essa técnica, Carlos Alberto de Salles, in *A arbitragem na solução de controvérsias contratuais da administração pública*, ob. cit., 2010, p. 268, menciona que “Essa opção, bastante utilizada, fornece às partes a possibilidade de ter como mediador um juiz altamente especializado – portanto, ciente das tendências de decisão dos *Boards* –, com a garantia de sua não-participação em eventual julgamento do caso. (...) Nesse ambiente, fácil perceber, é grande a possibilidade de acordo”.

A *early neutral evaluation*, ou avaliação de terceiro neutro, é o mecanismo pelo qual terceiro realiza uma decisão não vinculativa, ou seja, após a exposição do conflito e das provas que cercam a matéria, o terceiro emite uma decisão oral. Na verdade, é um parecer fundamentado que reflete uma decisão judicial, sem sê-lo. Tal mecanismo auxilia as partes a posicionar-se melhor tanto numa demanda quanto para buscarem uma composição, porque antecipa, em certa medida, o desfecho da decisão adjudicatória estatal. Por outro lado, essa técnica deve ser indicada de acordo com o caso concreto, podendo não ser recomendável por antecipar estratégias processuais e por permitir à parte contrária o conhecimento das provas.

No mesmo sentido, *mini-trials* guardam semelhança com a avaliação de terceiro neutro, contudo a técnica é mais sofisticada e se assemelha a um julgamento com júri. Criado em 1977 a fim de solucionar conflitos de marcas e patentes, ganhou depois utilização nos conflitos comerciais. Também consiste na apresentação do conflito, antecipando estratégias e provas, com uma decisão não vinculativa.

Ambos os mecanismos têm a vantagem de evidenciar os pontos fracos e fortes das partes, minimizando, em certa medida, suas expectativas quanto a uma solução adjudicatória. Suas finalidades estão mais voltadas à resolução do conflito em etapas, o que justifica classificar seu uso como visto. Convém utilizá-lo conjugado com outro mecanismo, como arbitragem ou mediação, para ter desfecho mais efetivo.

O *summary trial* apresenta a possibilidade de composição, com relação ao procedimento, reduzindo a produção probatória e limitando o julgamento em única instância. É indicado para casos envolvendo pequenos valores e baixa complexidade, porque evita custos e garante uma decisão mais célere. O mecanismo é adjudicatório porque a decisão é vinculativa, ficando o consenso fica restrito aos procedimentos estabelecidos.

Além desses mecanismos, existem várias combinações. Um exemplo disso é a mediação seguida de arbitragem, ou simplesmente *med-arb*. O mecanismo se inicia com uma mediação e, caso não haja a resolução do conflito, esse mesmo terceiro profere uma decisão vinculativa, isto é, adjudicatória. É uma forma híbrida interessante, por unir dois mecanismos contrapostos, mas criticada por concentrar em uma só pessoa as duas.

O contrário também é possível. Assim, o árbitro profere uma decisão, a que as partes não têm acesso. Inicia-se a mediação e, não havendo resolução do conflito, pode-se abrir a decisão do árbitro, que, em regra, é vinculativa.

Vale destacar ainda que a arbitragem pode não ter uma decisão vinculativa, desde que as partes acordem nesse sentido. É a denominada *non binding arbitration* ou arbitragem não vinculante. Não é exatamente híbrido, mas guarda características dos métodos adjudicatórios e consensuais.

Como se vê, cada conflito apresentado ao Poder Judiciário é encaminhado ao meio de resolução mais apropriado para resolvê-lo. Sobre a obrigatoriedade desses meios, é preciso mencionar que decorre de uma escolha política firmada por cada tribunal, cabendo aqui ressaltar a autonomia dos estados-membros na instituição dessas políticas. Entretanto, mesmo naqueles tribunais em que a remessa é obrigatória, continua válida a possibilidade de o conflito ser remetido para solução adjudicatória estatal. Dessa forma, é incontestável que ser obrigatório (*mandatory*) é diferente de ser vinculante (*binding*)¹²⁰. Nas cortes federais, contudo, esses meios não são vinculantes (*non binding*), a não ser que assim disponham expressamente as partes.

A ideia do Sistema de Múltiplas Portas é concentrar em um mesmo local diferentes meios, inclusive adaptáveis especificamente à tipologia do conflito e ao objetivo das partes. É claro que por isso o adjetivo “alternativo”, comumente utilizado para identificar esses meios, perde sentido, uma vez que eles são apresentados de forma integrada ao processo e não apenas substitutivamente a ele.

A exposição prévia do conflito permite fazer uma análise, considerando diferentes critérios, para melhor encaminhar a resolução. Isso porque os conflitos são particulares e carecem de verificação específica. É evidente que conflitos familiares são diferentes de propaganda enganosa, por exemplo, razão por que é fundamental para o funcionamento do Sistema de Múltiplas Portas a triagem realizada.

¹²⁰ Nesse sentido, Carrie Menkel-Meadow, “Pursuing settlement in an adversary culture: a tale of innovation coopted or “the law of ADR””, in *Fla. St. U. L. Rev.*, v. 19, 1991-1992, p. 18.

São oferecidos diversos meios de resolução de conflitos, com características e qualidades diferentes. De tal modo, a conformação entre o meio escolhido e o conflito é de extrema importância já que é preciso proceder a um ajuste. No sistema norte-americano, o processo judicial estatal é bastante destacado para solucionar interesses públicos e direitos indisponíveis, enquanto a mediação é bastante utilizada para melhorar a relação interpessoal. No caso da arbitragem, o aspecto técnico aparece de forma mais evidente.

Um dos grandes responsáveis pelo sucesso desse sistema consiste na correta escolha do meio, o que é realizado por uma triagem¹²¹. Em regra, sua concretização é feita pelo preenchimento de um formulário¹²². Para que a triagem seja feita, podem ser adotados critérios gerais ou flexíveis, considerando o caso concreto. Nesse sentido, é possível observar os seguintes critérios: tema; complexidade pela necessidade de planejamento e acompanhamento do caso; níveis de dificuldade para encontrar o ponto central do conflito; número de partes; relação entre as partes; valores envolvidos; necessidade de confidencialidade; envolvimento do advogado; interesse na composição¹²³.

Além desses critérios, outros que permitam aprofundar o conhecimento das peculiaridades do conflito também são destacados, tais como se a resolução implica concretização de políticas públicas; a existência de litigantes repetitivos; casos conhecidos pelo público e que tenham algum clamor.

Em Connecticut, por exemplo, o Comitê de Resolução de Disputas no Judiciário apresentou relatório que comprova a grande importância que a triagem assume. A parte

¹²¹ Sobre a existência de filtros e a triagem de conflitos nos sistemas brasileiro e norte-americano, v. Daniela Monteiro Gabbay, in *Mediação & Judiciário: condições necessárias para a institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos*, Tese de doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011. A autora analisa, no capítulo sexto do seu estudo, critérios a serem adotados, quem os definem, quando e onde devem ser aplicados.

¹²² Cf. Marco Antônio Garcia Lopes Lorencini, in *Prestação jurisdicional pelo Estado e meios alternativos de solução de controvérsias*, ob. cit., 2006, p. 117, “Nas hipóteses em que a escolha cabe a uma pessoa que não as partes, elas respondem a um questionário detalhado que, entre outras coisas, discrimina (i) a quantidade de partes envolvidas, (ii) os fatos e as possíveis questões daí advindas, (iii) pedidos (iv) relacionamento entre as partes, (v) a natureza das questões a resolver e sua natureza. Essa análise objetiva é seguida de um outro formulário no qual a parte expõe o seu objetivo, respondendo sua expectativa com relação à (i) celeridade, (ii) confidencialidade, (iii) o interesse em preservar o relacionamento com a parte contrária, (iv) disposição em negociar com a parte contrária”. O autor menciona em nota que esses são exemplos de formulários usados na Corte Superior do Distrito de Columbia.

¹²³ Segundo Wayne D. Brazil, “Institutionalizing ADR programs in Courts”, in *Emerging ADR issues in state and Federal Courts*, American Bar Association, 1991, p. 108-109.

que apresenta o conflito recebe várias opções de solução de conflitos, com oportunidade de escolher. Caso contrário, há um responsável pela escolha¹²⁴. Além do correto ajuste, a triagem pode ser vista como um processo educativo, porque permite que tanto os advogados quanto as partes tomem conhecimento das possibilidades existentes, bem como de suas vantagens e desvantagens¹²⁵.

O interesse das partes também pode ser importante na escolha do mecanismo. Celeridade, privacidade, custo, manutenção da relação com a parte adversa, intervenção vinculativa de terceiro, são alguns dos pontos destacados por Sander e Rozdeiczer¹²⁶. Os autores conferem pesos diferentes, atrelados aos níveis de interesses das partes, respondendo com as mais variadas técnicas de resolução de conflitos, a fim de atender concretamente atender às partes e destacam que, mesmo quando não há resolução do conflito, os mecanismos consensuais podem apresentar ganhos para as partes.

Não obstante essas indicações relevantes para a constituição de uma triagem que torne o Sistema de Múltiplas Portas bem-sucedido, afirmam que a escolha da técnica adequada à solução do conflito é mais arte do que ciência.

Como se vê, na experiência norte-americana, a flexibilidade na escolha e a modelagem não só de meios para resolução, mas também de consenso quanto aos procedimentos adotados, agregam possibilidades importantes, pois o sistema admite que o conflito seja

¹²⁴ Cf. Daniela Monteiro Gabbay, in *Mediação & Judiciário*, ob. cit., 2011, p. 210, “O Comitê propõe que, com apenas algumas exceções, os conflitos sejam tidos como passíveis de solução através de processos alternativos ao Judiciário (*presumptively engage in a dispute resolution process*), sendo resguardada a possibilidade de *opt out*, desde que haja justa causa. Ao ingressar em juízo, assim, as partes receberiam um “menu de meios alternativos”, (contendo avaliação neutra de terceiro, mediação, arbitragem, dentre outros) e teriam a oportunidade de escolher um dos processos deste “cardápio”. Se as partes não conseguissem fazer esta escolha, seriam então encaminhadas a uma audiência com um funcionário responsável pela triagem (*case screener*). Se mesmo após esta audiência as partes não conseguissem fazer a escolha do processo, o caso então seria remetido para avaliação neutra de terceiro, dentro de determinado caso.

¹²⁵ Nesse sentido, Daniela Monteiro Gabbay, in *Mediação & Judiciário*, ob. cit., p. 210, “A triagem é considerada também como um processo voltado à educação dos advogados sobre as opções de mecanismos de solução de conflitos existentes e as combinações possíveis entre estes mecanismos e o tipo de caso, necessidades e desejo das partes e de seus advogados. É importante que seja conferida assistência às partes e advogados para uma seleção informada e consciente sobre o meio de solução de conflito mais adequado para o seu caso, com um monitoramento estatístico e fiscalização destas triagens, que precisam ocorrer de acordo com um determinado prazo, e em conexão com o gerenciamento do processo”.

¹²⁶ Cf. Frank E. A. Sander e Lukaz Rozdeiczer, “Matching Cases and Dispute Resolution Procedures: Detailed Analysis Leading to a Mediation-Centered Approach”, in *Harvard Negotiation Law Review*, v. 11, 2006, p. 32 e ss.

resolvido em várias etapas, isto é, de forma fracionada. Além dos diversos meios, consensuais e adjudicatórios, impressiona a combinação de técnicas e finalidades empregadas, constituindo verdadeiro arcabouço para a resolução de conflitos. Certamente, esse conjunto permite uma resposta mais condizente com a necessidade das partes e, justamente por isso, mais adequada.

1.5. JURISDIÇÃO E O SEU ESCOPO SOCIAL

Chiovenda¹²⁷ destacou a jurisdição pela sua função de tornar concreta a vontade da lei. Nesse sentido, reconhece que o ordenamento jurídico cinde-se em direito material e direito processual e, enquanto o primeiro dita as regras abstratas, o segundo as torna concretas no momento em que ocorre o fato que se enquadra na previsão legal. Dessa forma, o processo visa apenas à atuação do direito objetivo. Esta teoria ficou conhecida como teoria dualista do ordenamento jurídico.

Por outro lado, Carnelutti¹²⁸ menciona que o direito objetivo não tem condições para disciplinar todos os conflitos de interesses existentes, sendo necessário que o processo lhe dê a complementação necessária. Essa teoria ficou conhecida como unitária do ordenamento jurídico. Segundo tal entendimento, a jurisdição é responsável pela criação de direitos subjetivos e obrigações, os quais só nascem efetivamente com a prolação da sentença de mérito. Dessa forma, a jurisdição tem o escopo de compor a lide, disciplinando o conflito conforme a regra de direito material¹²⁹.

Tecendo considerações sobre essas teorias, Luiz Guilherme Marinoni afirma que “se as teorias da jurisdição constituem espelhos dos valores e das ideias das épocas e, assim, não podem ser ditas equivocadas – uma vez que isso seria um erro derivado de uma falsa compreensão de história –, certamente devem ser deixadas de lado quando não

¹²⁷ Cf. Giuseppe Chiovenda, in *Instituições de direito processual civil*, vol. II, 3ª ed., São Paulo, 1969, p. 55 e ss.

¹²⁸ Cf. Francesco Carnelutti, in *Sistema di diritto processuale civile*, vol. 1, Padova, Cedam, 1936, p. 40 e ss.

¹²⁹ Para Cândido Rangel Dinamarco, in *A instrumentalidade do processo*, 14ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009, p. 251-252, composição justa da lide significa “ditar a disciplina jurídica que concretamente a resolve, é uma tarefa puramente jurídica. Mas vem da vida em relação o conflito de interesses que constitui a substância da lide e a resistência à pretensão que a qualifica e lhe confere concreta relevância. Além disso, a adjetivação justa traz em si uma carga de preocupação ética pelos resultados do processo, o que aliás constitui coerente reflexo da proposta do método teleológico no trato do sistema processual”.

mais revelam a função exercida pelo juiz. Isso significa que as teorias de Chiovenda e Carnelutti, se não podem ser contestadas em sua lógica, certamente não têm – nem poderiam ter – mais relação alguma com a realidade do Estado contemporâneo. Por isso, são importantes apenas quando se faz uma abordagem crítica do direito atual a partir da sua análise histórica, isto é, da abordagem da sua relação com os valores e concepções do instante em que foram construídas”¹³⁰.

De fato, a concepção de direitos vem sendo completamente transformada, favorecendo o alargamento das funções jurisdicionais do Estado contemporâneo, sobretudo voltadas a um positivismo crítico, cujo juiz está autorizado a dar o real significado da lei em consonância com os preceitos constitucionais, a partir da ponderação de valores e para a efetivação de direitos fundamentais. Por isso, apesar da relevância dessas teorias, é preciso enfocar uma jurisdição que possa corresponder às suas novas necessidades¹³¹.

A jurisdição é poder, função e atividade¹³². Como poder, é a manifestação do poder estatal de decidir imperativamente, ou seja, decide com a capacidade de gerar o cumprimento de suas decisões, valendo-se de coerção, se necessário. Já como função, expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos intersubjetivos, mediante a realização do direito e através do processo e, como atividade, representa os atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função.

Tendo evoluído, a sociedade constituiu o Estado, que tomou para si a prerrogativa única de resolver conflitos. Com esse avanço, só o Estado-juiz podia exercer a jurisdição, aplicando as normas abstratas aos casos concretos, com a possibilidade de fazer cumprir suas decisões pelo poder coercitivo¹³³. Todavia, outros meios vêm sendo cada vez mais

¹³⁰ Segundo Luiz Guilherme Marinoni, in *A jurisdição no estado constitucional*, disponível em <<http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/handle/2011/2174>>, acessado em 12.11.2011.

¹³¹ Para Ovídio A. Baptista da Silva e Fábio Luiz Gomes, in *Teoria geral do processo civil*, ob. cit., 2006, p. 61, “A verdadeira e autêntica jurisdição apenas surgiu a partir do momento em que o Estado assumiu uma posição de maior independência, desvinculando-se dos valores estritamente religiosos e passando a exercer um poder mais acentuado de controle social”

¹³² Cf. Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria geral do processo*, ob. cit., 2010, p. 150.

¹³³ Para Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria geral do processo*, ob. cit., 2010, p. 29, “O Estado, já suficientemente fortalecido, impõem-se sobre os particulares e, prescindindo da voluntária submissão destes, impõe-lhes autoritativamente a sua solução para os conflitos de interesses. À atividade mediante a qual os juízes estatais examinam as pretensões e

reconhecidos como aptos a efetivar a Justiça¹³⁴, podendo ser tidos por equivalentes jurisdicionais¹³⁵.

A discussão em torno dos equivalentes jurisdicionais¹³⁶ refere-se aos sucedâneos válidos da jurisdição tradicional, conforme a concepção desenvolvida por Carnelutti¹³⁷. Equivalentes jurisdicionais são meios que permitem a solução do conflito sem a interferência judicial, mas a forma idônea utilizada traz o reconhecimento da resolução com natureza substitutiva da sentença. Claro exemplo desse meio é a arbitragem. É verdade que o processo é instrumento da Jurisdição¹³⁸, porém já não pode ser considerado o único instrumento de Justiça¹³⁹.

resolvem os conflitos dá-se o nome de jurisdição. (...) Os juízes agem em substituição às partes, que não podem fazer justiça com as próprias mãos (vedada a autodefesa); a elas, que não mais podem agir, resta a possibilidade de fazer agir, provocando o exercício da jurisdição”.

¹³⁴ Para Alexandre Mario Pessoa Vaz, in *Poderes e deveres do juiz na conciliação judicial*, Tese de doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1976, p. 288, mencionando as considerações de Carnelutti sobre o tema, afirma que “A composição obtida mediante a conciliação tinha, no pensamento da lei, em caráter particular (a justiça), que a distancia da simples composição contratual e a aproxima da composição judicial. (...) A estreita conexão prática existente entre a actividade de conciliação e a actividade de decisão, estas duas actividades acabam quase por se confundir no sentido de que a decisão é uma conciliação imposta às partes ou a conciliação uma decisão aceita por estas. E sublinhando, por último, que é tão verdadeira esta equivalência substancial da conciliação com o processo que até em certas situações, a conciliação pode aparecer como o primeiro rudimento da jurisdição”.

¹³⁵ Para Rodolfo de Camargo Mancuso, in *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*, ob. cit., 2009, p. 141, “A própria palavra Jurisdição, que entre nós, tradicionalmente, aparece atrelada ao Estado, hoje comporta outra acepção, distanciando-se do sentido monopolístico oficial e abrindo-se para outras instâncias: dir-se-ia, outras estradas vicinais, adrede pavimentadas para ofertar Justiça por outros meios e perante outros atores da cena judiciária, sempre ao pressuposto de que o conflito de interesses, pronunciando ou consumado, venha prevenido, ou, então, composto”.

¹³⁶ A expressão “equivalente jurisdicional” já foi utilizada como “equivalente do processo”, dada sua função em torno do processo. Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover, “Conciliação extrajudicial no quadro participativo”, ob. cit., 1988, nota 5, p. 279.

¹³⁷ Segundo Francesco Carnelutti, in *Sistema di diritto processuale civile*, ob. cit., 1936, p. 154, certos procedimentos que representam a composição de conflitos contam com o reconhecimento, por serem dotados de idoneidade para alcançar o mesmo escopo ao qual tende a jurisdição, cumprindo o mesmo papel do processo.

¹³⁸ Segundo Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria geral do processo*, ob. cit., 2010, p. 29, “E como a jurisdição se exerce através do processo, pode-se provisoriamente conceituar este como *instrumento por meio do qual os órgãos jurisdicionais atuam para pacificar as pessoas conflitantes, eliminando os conflitos e fazendo cumprir o preceito jurídico pertinente a cada caso que lhes é apresentado em busca de solução*”.

¹³⁹ Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover, “Conciliação extrajudicial no quadro participativo” in *Participação e processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1988, p. 276, “Se é certo que, durante um longo período, os métodos informais de solução das controvérsias foram considerados próprios das sociedades primitivas e tribais, enquanto o processo jurisdicional representava insuportável conquista da civilização, ressurgiu hoje o interesse pelas vias alternativas ao processo, capazes de evitá-lo, conquanto não o excluam necessariamente.(...) Tornava-se evidente, nesse quadro, a exigência de uma postura por parte do processualista. O método técnico-científico, oriundo da Alemanha e da Itália e implantado no Brasil desde os anos 40, já havia levado à edificação de um sistema processual de rigorosa coerência

Feito esse reconhecimento, há quem defenda que os elementos relacionados à função e à atividade da jurisdição apresentam-se como relevantes porque a solução dos conflitos é muitas vezes concebida em termos do monopólio estatal, mas, afastada essa exclusividade do Judiciário no exercício do poder jurisdicional, tais elementos restam conceitualmente enfraquecidos por não se referirem a um fenômeno único.

Vai nesse sentido o posicionamento de Carlos Alberto de Salles, afirmando que “ao direito processual contemporâneo, porém, coloca-se o desafio de abranger mecanismos não-estatais para solucionar litígios, exigindo conceber a jurisdição em um patamar de maior generalidade, no qual os elementos discutidos perdem funcionalidade. Necessária a formulação de um conceito suficientemente amplo de forma a abranger, em alguma medida, a arbitragem, os processos administrativos e os mecanismos consensuais de solução de controvérsias. Para tanto, mostra-se mais útil a conceituação de jurisdição exclusivamente como poder”¹⁴⁰.

A utilização de meios coercitivos fica restrita ao Judiciário. Só o juiz exerce o poder coercitivo, relacionado ao *ius imperium* estatal, podendo ordenar o cumprimento de medidas restritivas de direitos, isto é, ainda que se reconheça a idoneidade de outros mecanismos, o poder de impor coativamente decisões permanece restrito ao juiz-Estado. Esse é o limite dos equivalentes jurisdicionais, pois, ainda que se professe a validade de outros meios para declarar o direito, nenhuma outra atuação coercitiva pode ser estendida¹⁴¹. Caso necessário, o equivalente jurisdicional deve solicitar a atuação colaborativa do Poder Judiciário.

interna, à construção de suas categorias dogmáticas, à elevação destas a princípios gerais. Conquistada a maturidade científica da disciplina, era preciso que o processualista se voltasse em outra direção”.

¹⁴⁰ Cf. Carlos Alberto de Salles, in *A arbitragem na solução de controvérsias contratuais da administração pública*, ob. cit., 2010, p. 131. O autor menciona ainda que “Na verdade a função adjudicatória somente é exclusiva naquelas situações de processo necessário ou de reserva de jurisdição, isto é, determinado efeito jurídico somente possa ser atingido por meio de uma decisão judicial. A esse respeito, o processo contemporâneo caminha fortemente na direção assumir uma dupla finalidade: de propiciar condições para as partes chegarem a soluções de consenso e de produzir decisões imperativas. Essas finalidades, ainda mais, tendem a se apresentar de maneira escalonada, tendo por primeiro objetivo o consenso. Não sendo esse possível, então, coloca-se a finalidade proporcionar a decisão”, ob. cit., p. 132.

¹⁴¹ Segundo Cândido Rangel Dinamarco, “Limites da sentença arbitral e de seu controle jurisdicional”, in *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*, Organização de André Gomma de Azevedo, vol. 2, Brasília, Grupos de pesquisa, 2003, p. 20, “Mais recentemente, tenho pensado em uma natureza *parajurisdicional* das funções do árbitro, a partir da ideia de que, embora ele não as exerça com o escopo

Idealizar novos formatos de realização de Justiça é necessário¹⁴², mas de igual importância é discutir os limites de seus instrumentos. Isso porque o Estado deve garantir a estabilidade social pela atuação dos agentes políticos individualmente escolhidos para o exercício da função. Assim, o processo continuará sendo o método obrigatório para o exercício coercitivo da realização de direitos.

Tal discussão foge do objeto relacionado à presente tese; frise-se, contudo, que certos elementos e requisitos devem ser observados na constituição dos equivalentes jurisdicionais para que sua utilização seja ampla e sua idoneidade legitimada, características balizadas pelo cumprimento do binômio segurança-celeridade.

Sobre os escopos da jurisdição¹⁴³, o Estado é visto atualmente como agente da promoção e realização dos valores humanos. Nesse sentido, vale mencionar que Niceto Alcalá Zamorra Y Castillo foi um dos primeiros processualistas a se voltar aos fins da jurisdição e que a obra *Proceso, autocomposición y autodefensa* merece destaque por apresentar missões transcendentais do sistema processual¹⁴⁴.

jurídico de atuar a vontade da lei, na convergência em torno do escopo social pacificador reside algo muito forte a aproximar a arbitragem da jurisdição estatal”.

¹⁴² Cf. Ada Pellegrini Grinover, “Os fundamentos da Justiça conciliativa” in *Mediação e gerenciamento do processo – revolução na prestação jurisdicional*, Coordenação de Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Caetano Lagrasta Neto, São Paulo, Atlas, 2007, p. 03-04, “Releva, assim, o fundamento social das vias conciliativas, consistente na função de pacificação social. Esta, via de regra, não é alcançada pela sentença, que se limita a ditar autoritariamente a regra para o caso concreto, e que, na grande maioria dos casos, não é aceita de bom grado pelo vencido, o qual contra ela costuma insurgir-se com todos os meios na execução; e que de qualquer modo se limita a solucionar a parcela de lide levada a juízo, sem possibilidade de pacificar a lide sociológica, em geral mais ampla, da qual aquela emergiu, como simples ponta do iceberg. Por isso mesmo, foi salientado que a Justiça tradicional se volta para o passado, enquanto a Justiça informal se dirige ao futuro. A primeira julga e sentencia; a segunda compõe, concilia, previne situações de tensões e rupturas, exatamente onde a coexistência é um relevante elemento valorativo”.

¹⁴³ Ovídio A. Baptista da Silva e Fábio Luiz Gomes, in *Teoria geral do processo civil*, ob. cit., p. 43-44, sintetizam a polarização das correntes doutrinárias que tratam da finalidade da jurisdição, “para a corrente chamada *subjetivista*, a jurisdição, e, por conseguinte as normas processuais, visa a tutelar os direitos subjetivos individuais ameaçados ou violados. O processo funcionaria, assim, como instrumento de defesa do direito subjetivo individual. Integram esta corrente, dentre outros, Wach, Helwig, Mattiolo, Lessona, João Monteiro, Aureliano de Gusmão. (...) A corrente *objetivista* afirma consistir a finalidade do processo na atuação do direito objetivo, visando à manutenção ou o restabelecimento da ordem jurídica, não obstante o interesse privado provoque a jurisdição. Chiovenda, Calamandrei, Liebman e Goldschmidt são alguns que a defendem. Tendo por finalidade a satisfação do interesse público de realizar o direito objetivo e assegurar a paz jurídica, o processo tem função eminentemente publicista”.

¹⁴⁴ Cf. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, in *Proceso, autocomposición e autodefensa*, 1ª reimpressão, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, p. 198, “Esencialmente, el proceso satisface una doble finalidad, que respectivamente llamaríamos represiva y preventiva, a saber: restituir el orden (jurídico) alterado por el litigio y evitar que se perturbe el orden (público) por obra de la autodefensa. Em otros términos: el proceso sirve a un tempo um interés individual y específico, que se circunscribe a

No Brasil, o pioneiro foi Cândido Rangel Dinamarco, que explorou com minúcia essas missões transcendentais na obra *A instrumentalidade do processo*¹⁴⁵. Segundo o autor, o escopo jurídico refere-se à realização do direito material; o escopo político, à realização de garantias de Justiça e liberdade decorrentes das estruturas institucionais do Estado e, por fim, o escopo social, à pacificação dos jurisdicionados¹⁴⁶.

O escopo social destaca a função jurisdicional pacificadora como fator de eliminação dos conflitos e serve ainda como advertência aos encarregados do sistema quanto à necessidade de fazer dos instrumentos efetivos meios para a respectiva realização de Justiça¹⁴⁷. Cumpre reconhecer a pacificação como o escopo magno da jurisdição, sobretudo pela existência de um Estado social, cuja função primordial é promover a plena realização dos valores humanos.

Disso se conclui que, se o Estado contemporâneo deve estar comprometido com a realização do bem comum e o reflexo no Judiciário de tal intento é a pacificação com

cada uno de los litigios que resuelve, y um interés social y genérico, que se extiende a cuantos litigios puedan someterse a la jurisdicción de um Estado”. Vale ressaltar que a primeira edição dessa obra foi publicada em 1947.

¹⁴⁵ In *A instrumentalidade do processo*, ob. cit., 2009. No prefácio da 1ª edição, de 1987, o autor destacou a importância de integrar “a ciência processual no quadro das instituições sociais, do poder e do Estado, com a preocupação de definir funções e medir a operatividade do sistema em face da missão que lhe é reservada. Já não basta aprimorar conceitos e burilar requintes de uma estrutura muito bem engendrada, muito lógica e coerente em si mesma, mas isolada e insensível à realidade do mundo em que deve ser inserida”.

¹⁴⁶ Há quem defenda que, com a institucionalização dos meios consensuais, outros escopos são introduzidos. Nesse sentido, André Gomma de Azevedo, “Perspectivas metodológicas do processo de mediação: apontamentos sobre autocomposição no direito processual”, in *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*, Vol. 2, Organização de André Gomma de Azevedo, Brasília, Grupos de pesquisa, 2003, p. 156, menciona que “Com a introdução, nos modernos sistemas processuais, de outros instrumentos para a composição de conflitos (e.g. mediação) lentamente surgem novos escopos decorrentes de outras expectativas quanto a um ordenamento mais atuante e eficiente capaz de projetar distintos valores perante a sociedade. Nessa linha, os professores Robert Baruch Bush e Joseph Folger no livro *The promise of mediation: responding to conflict through empowerment and recognition*, sustentam que devem ser considerados ainda como objetivos da mediação e, indiretamente, de um sistema processual, a capacitação (ou empoderamento) das partes (e.g. educação sobre técnicas de negociação) para que estas possam, cada vez mais, por si mesmas compor parte de seus futuros conflitos e o reconhecimento mútuo de interesses e sentimentos visando uma aproximação real das partes e conseqüente humanização do conflito decorrente da empatia”.

¹⁴⁷ Para Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria geral do processo*, ob. cit., 2010, p. 31, “E hoje, prevalecendo as ideias do Estado social, em que ao Estado se reconhece a função de promover a plena realização dos valores humanos, isso se deve servir, de um lado, para pôr em destaque a função jurisdicional pacificadora como fator de eliminação dos conflitos que afligem as pessoas e lhes trazem angústia; de outro, para advertir os encarregados do sistema, quanto à necessidade de fazer do processo um meio efetivo para a realização da justiça. Afirma-se que o objetivo-síntese do Estado contemporâneo é o bem-comum e, quando se passa ao estudo da jurisdição é lícito dizer que a projeção particularizada do bem comum nessa área é a pacificação com justiça”.

Justiça, a compreensão da efetividade da prestação jurisdicional só pode estar relacionada à verificação do cumprimento desta função preponderante. Sobre tal ponto, cumpre esclarecer que nisso consistirá a tônica da investigação desenvolvida na presente tese.

1.6. CONSTRUINDO UMA CULTURA DE PAZ

Para que os meios consensuais sejam adotados em um sistema de Justiça integrado e eficiente, é imprescindível uma significativa mudança de postura da sociedade, das políticas públicas de Justiça e dos operadores do direito. Apesar da extensão do caminho a percorrer, os primeiros passos já estão sendo dados e certamente uma cultura mais voltada à pacificação haverá de instalar-se.

Buscando melhor aclarar a matéria, optou-se por verificar o desenvolvimento da cultura de paz por três enfoques: sociedade, políticas públicas de Justiça e ensino, uma vez que somente a partir do alargamento desses prismas, como pilares constitutivos, será possível construir uma cultura de paz.

1.6.1. SOCIEDADE

Diversos conflitos da sociedade contemporânea decorrem de modificações sociais, políticas, econômicas, etc. São mudanças estruturais que ocasionam o crescimento da população urbana, o aumento da violência, a constituição de novos modelos familiares, a massificação das relações, a estratificação de contratos, entre tantos outros. Assim, surgem outros tipos e inúmeros novos conflitos. A sociedade também deve ser responsável pela resolução de conflitos, cabendo às instituições resgatar essa função, por meio de formas criativas e da criação de espaços para tanto.

São medidas que denotam inclusão social, porque dão às pessoas oportunidade de desenvolver condições para compreender os conflitos que surgem no cotidiano e fortalecer o exercício da cidadania, permitindo-lhes participar da construção do consenso. Destarte, há desenvolvimento de comportamentos e práticas capazes de

favorecer a reflexão de valores numa perspectiva comunitária, repelindo condutas inadequadas e prevenindo diversos novos conflitos, além de buscar solução para os que se apresentam.

Diversas instituições, como escola, comércio, trabalho e igreja, podem contribuir com o processo pela criação de espaços que favoreçam o diálogo¹⁴⁸. Isso permite pôr em andamento na vida de cada um ambientes de escuta e fala, com medidas de conscientização das interações relacionais, favorecendo o desenvolvimento de conversas construtivas.

Digno de menção na experiência norte-americana o papel desempenhado no meio empresarial pelo *ombudsman*, funcionário com suficiente autonomia e neutralidade para atuar positivamente dentro de determinada organização a fim de prevenir e resolver problemas tanto internos quanto externos¹⁴⁹. Essa atuação pode prevenir uma série de conflitos, visto que permite à empresa, tomando conhecimento de um fato, não apenas solucioná-lo de forma célere e específica, mas ainda tomar as providências necessárias para que não se prolifere.

Outro exemplo, que corrobora essas assertivas, é a mediação comunitária¹⁵⁰, pelos benefícios obtidos, sobretudo nas periferias, uma vez que oferece meios de consenso às

¹⁴⁸ Nesse sentido, Jean-François Six, in *Dinâmica de mediação*, Belo Horizonte, Del Rey, 2001, p. 53-177, enaltece diversos setores em que a mediação pode ser utilizada, tais como a família, a escola, a empresa, a saúde, a justiça e a cidade. Analisando a latitude (dimensão) da mediação, Francisco José Cahali, in *Curso de arbitragem*, ob. cit., 2011, p. 65, menciona que “Aproveita-se da mediação para pacificação de conflitos mesmo que eles não tenham a perspectiva de chegar às portas do Judiciário, como, por exemplo, quando se fala em justiça restaurativa, ou mesmo mediação escolar”.

¹⁴⁹ Cf. Carlos Alberto de Salles, in *A arbitragem na solução de controvérsias contratuais da administração pública*, ob. cit., 2010, p. 275. Outrossim, Petrônio Calmon, in *Fundamentos da mediação e da conciliação*, ob. cit., 2007, p. 107, destaca que o *ombudsman* ou ouvidor “é uma pessoa nomeada por uma instituição, ou dentre os representantes de uma determinada categoria para tutelar seus direitos contra a falta, disfunção, abusos ou retardos desta mesma instituição. Não tem poder de impor uma decisão, nem de anular, revogar ou modificar os atos da instituição, mas age formulando observações e recomendações, solicitando os provimentos que permitam uma substancial satisfação das reclamações do interessado”.

¹⁵⁰ Nesse sentido, Adolfo Braga Neto, “Mediação de Conflitos e Políticas Públicas – A experiência com a mediação comunitária em distritos de alta vulnerabilidade da Grande São Paulo”, in *Âmbito Jurídico*, Rio Grande do Sul, nº 60, dez. 2008, disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4230>, acessado em 02.07.2011, esclarece que “A Mediação Comunitária, ou Social como defendem alguns especialistas, na qualidade anteriormente mencionada como uma das diversas áreas de utilização do método, promove a busca das respostas acima pontuadas e contribui para a criação de espaços de diálogo em que as pessoas apresentam suas diferenças e redesenham de maneira participativa, dinâmica e pacífica seus respectivos papéis na sociedade. Permite também estabelecer canais facilitadores da articulação política, institucional e social. Ao mesmo tempo convida a todos para uma reflexão responsável sobre a diversidade das

pessoas vulneráveis. É preciso mencionar que não só a hipossuficiência financeira, mas também os obstáculos sociais e culturais impedem o acesso à Justiça às classes populares, sendo um fenômeno mais complexo do que aparenta, dado que traz à luz a necessidade de processos de socialização e a interiorização de valores¹⁵¹.

Na mediação comunitária, os indivíduos são instados a participar ativamente da comunidade, valendo realçar dois aspectos: o subjetivo, por tornar consciente de direitos e permitir a responsabilização de cada um em resolver e prevenir conflitos, e o objetivo, pelo desenvolvimento de atitudes e práticas voltadas a essas finalidades. Acresça-se ainda que a mediação comunitária é gratuita, tornando possível a todos resolver conflitos sem ônus financeiro.

Nesse sentido, Lília Maia de Moraes Sales afirma que “a mediação comunitária possui como objetivo desenvolver entre a população valores, conhecimentos, crenças, atitudes e comportamentos conducentes ao fortalecimento de uma cultura político-democrática e uma cultura de paz. Busca ainda enfatizar a relação entre os valores e as práticas democráticas e a convivência pacífica e contribuir para um melhor entendimento de respeito e tolerância e para um tratamento adequado daqueles problemas que, no âmbito da comunidade, perturbam a paz”¹⁵². A criação de espaços de discussão é importante por permitir conscientização e efetivação de direitos, com pacificação e prevenção de novos conflitos.

temáticas da realidade atual, constituindo-se num verdadeiro desafio para preservação da sociedade pluralista, equitativa e integradora”.

¹⁵¹ O tema é bastante complexo e merece reflexões mais aprofundadas, que fogem da estrutura do presente estudo. Vale mencionar, entretanto, as palavras de Boaventura de Souza Santos, “Introdução à sociologia da administração da justiça”, in *Direito e Justiça*, Organização de José Eduardo Faria, São Paulo, Ática, 1989, p. 48, “Estudos revelam que a distância dos cidadãos em relação à administração da justiça é tanto maior quanto mais baixo é o estado social a que pertencem e que essa distância tem como causas próximas não apenas fatores econômicos, mas também fatores sociais e culturais, ainda que uns e outros possam estar mais ou menos remotamente relacionados com as desigualdades econômicas. Em primeiro lugar, os cidadãos de menores recursos tendem a conhecer pior os seus direitos e, portanto, a ter mais dificuldades em reconhecer um problema que os afeta como sendo problema jurídico. (...) Em segundo lugar, mesmo reconhecendo o problema como jurídico, como violação de um direito, é necessário que a pessoa se disponha a interpor a ação. Os dados mostram que os indivíduos das classes baixas hesitam muito mais que os outros em recorrer aos tribunais mesmo quando reconhecem estar perante um problema legal”.

¹⁵² Cf. Lília Maia de Moraes Sales, in *Justiça e mediação de conflitos*, ob. cit., p. 135. Vale frisar que esta obra teve por base a tese de doutorado em Direito, defendida pela autora na Universidade Federal de Pernambuco, investigando, sobretudo no capítulo quarto, a experiência da mediação comunitária.

Corroborando essas práticas, a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura – UNESCO vem fomentando intensamente uma cultura de paz, trabalhando valores, atitudes, tradições, modos de comportamento e estilos de vida. Para essa entidade, a cultura de paz deve ser compreendida como um processo, prática cotidiana que exige o envolvimento de todos: cidadãos, famílias, comunidades, sociedades e países¹⁵³, incentivando uma abordagem das controvérsias pelo diálogo, negociação e mediação, enfraquecendo os combates. Acresça-se ainda que pela Resolução nº 26, de 28 de julho de 1999, o Conselho Econômico e Social das Nações Unidas foi expresso em recomendar aos Estados o desenvolvimento dos meios alternativos de solução de conflito ao lado dos respectivos sistemas judiciais.

A sociedade precisa resgatar sua responsabilidade na resolução de conflitos. Não se trata apenas de o Estado aparelhar o sistema de Justiça e oferecer meios ágeis para a solução dos conflitos judicializados, porquanto a sociedade pode contribuir – e muito – para uma mudança paradigmática: deixar a Justiça estatal como última *ratio* e adotar meios para solucionar os conflitos, de forma consensual e interna às instituições.

Por outro lado, é preciso reconhecer que essas ampliações informais de resolução de conflitos apresentam problemáticas cujo aprofundamento foge do objeto desta tese, embora seja indispensável mencionar a experiência relatada por Boaventura de Sousa Santos, em uma favela no Rio de Janeiro. Nessa comunidade, densamente povoada, a associação local de moradores tornou-se protagonista na resolução de conflitos entre os membros da comunidade, desenvolvendo inclusive um direito informal, não oficial¹⁵⁴. É claro que a criação de um direito paralelo não é desejável, servindo a experiência até mesmo de alerta para o Estado.

É incontestável que essas práticas acabam por enfraquecer o ordenamento jurídico, uma vez que, em geral, são conduzidas por pessoas sem a necessária formação jurídica e acabam por privilegiar a construção do consenso com base em valores locais ou sociais,

¹⁵³ Informações disponíveis em <<http://www.brasilia.unesco.org>>, acessado em 01.12.2010.

¹⁵⁴ Nesse sentido, v. Boaventura de Sousa Santos, “Law of the oppressed: the construction and production of legality in Pasargada”, in *Law and Society Review*, v. 12, 1977.

comuns às partes¹⁵⁵. Contudo, vale frisar que essas formas de Justiça não podem ferir as normas de ordem pública, pois há, nesse sentido, limite intransponível¹⁵⁶.

Ademais, nos casos em que as partes em conflito estão em paridade, há verdadeira democratização de Justiça na resolução informal dos conflitos, mas essa não costuma ser a situação que se apresenta. Assim, os conflitos entre cidadãos ou grupos com disparidade de poder requerem maior cautela, uma vez que a deterioração da posição da parte mais fraca pode ensejar ainda mais injustiça e consolidação de desigualdades sociais¹⁵⁷. A perda das garantias processuais contribui para essa situação indesejável. O terceiro facilitador deve considerar esses desníveis de poder e utilizar, tanto quanto possível, técnicas para compensá-los. Não sendo possível, deve rechaçar a utilização do meio consensual.

A crescente conscientização da sociedade quanto à responsabilidade dos conflitos trará consequentemente a ampliação desses espaços¹⁵⁸ – permitindo às pessoas saídas

¹⁵⁵ Buscando conhecer essas práticas, houve o mapeamento de 67 (sessenta e sete) projetos de acesso à justiça por resoluções alternativas de conflitos por pesquisa realizada pelo Ministério da Justiça – Secretaria de Reforma do Judiciário, in *Acesso à Justiça por sistemas alternativos de administração de conflitos: mapeamento nacional de programas públicos e não governamentais*, Brasília, 2005, disponível em <<http://portal.mj.gov.br/>>, acessado em 20.06.2011. Sobre tal pesquisa, Alexandre Veronese, “Projetos judiciais de acesso à Justiça entre assistência social e serviços legais”, in *Revista Direito GV*, Vol. 3, nº 1, jan.-jun. 2007, p. 29-30, menciona que “O problema da informalização das justiças alternativas residiria na perda da importância do referencial normativo como principal mecanismo de decisão, que deve ser observada pelas partes. Assim, se as partes estariam envolvidas em processos de resolução de conflitos que não teriam o direito estatuído (geral) como princípio primeiro. A primazia caberia ao acordo interindividual, que poderia, inclusive, contraditar o direito geral. (...) Deste modo, haveria um risco de expansão de um pluralismo jurídico que poderia significar a ruptura de padrões mínimos de observância de condutas no cotidiano”.

¹⁵⁶ Sobre a construção do consenso, a partir dos valores das partes e da sociedade, afastando-se do direito posto, v. Item 4.4, do Capítulo 4, Parte II.

¹⁵⁷ Para Boaventura de Sousa Santos, “Introdução à sociologia da administração da Justiça”, ob. cit., 1989, p. 58, “Nos casos em que os litígios ocorrem entre cidadãos ou grupos de poder socioeconômico parificável (litígios entre vizinhos, entre operários, entre camponeses, entre estudantes etc.) a informalização da justiça pode ser um genuíno fator de democratização. Ao contrário, nos litígios entre cidadãos ou grupos com posições de poder estruturalmente desiguais (litígios entre patrões e operários, entre consumidores e produtores, entre inquilinos e senhores) é bem possível que a informalização acarrete consigo a deterioração da posição jurídica da parte mais fraca decorrente da perda das garantias processuais, e contribua assim para a consolidação das desigualdades sociais”.

¹⁵⁸ Cf. Adolfo Braga Neto, “Mediação de Conflitos e Políticas Públicas”, ob. cit., 2008, “A propósito da cidadania, vale enfatizar que ela não significa tão somente o desfrutar de direitos e o cumprir deveres e obrigações, mas sobretudo o compartilhar e participar de espaços públicos em uma comunidade, região ou cidade. Tal fato nos revela a multiplicidade de temas a ela ligados, os quais geram conflitos que necessitam ser administrados de maneira mais pacífica, já que o convívio entre os cidadãos requer harmonia e todos almejam tranquilidade e paz. Nesse sentido, a mediação comunitária passa a ser uma resposta eficaz, pois contribui com o restabelecimento de laços rompidos entre as pessoas e grupos, estimula a participação ativa dos cidadãos na solução de conflitos, não se esquecendo que propicia também a inclusão social. Ao mesmo tempo confirma o que ensinam Nató, Querejazu e Carbajal, em ser

satisfatórias diante dos mais diversos impasses cotidianos¹⁵⁹. Qualquer alternativa informal de Justiça é criação jurídica complexa, cujas relações entre as partes e com o Estado devem ser pensadas, mas o Estado não deve buscar absorver todas as formas extrajudiciais de Justiça.

O controle e a supervisão da utilização desses meios são medidas desejáveis, sobretudo no que tange à capacitação de conciliadores e mediadores que atuam no âmbito extrajudicial, bem como à regulação da própria atuação desses profissionais, que devem desenvolver a atividade com respeito e ética.

Não resta dúvida de que haverá uma mudança cultural no futuro, porque diversas práticas e iniciativas já começam a ganhar visibilidade¹⁶⁰. Ademais, não parece que a ampla utilização de meios de resolução de conflitos, de forma extrajudicial, seja negativa ou atentatória a qualquer dos princípios constitucionais. Podem, pelo contrário, ser medidas de democratização da Justiça, mas dependem de correta utilização, que inspira cuidados estatais¹⁶¹.

um instrumento cívico com o qual os integrantes de uma sociedade podem administrar suas diferenças e gerir seus conflitos quer em ambientes públicos quer em ambientes privados, proporcionando a participação da construção da sociedade que integram. Consiste, também, na introdução da ferramenta da mediação no cotidiano de uma comunidade ou sociedade, região ou cidade, proporcionando no local onde proliferam os conflitos de diferentes ordens o desenvolvimento de uma cultura de paz, por intermédio da inclusão de um sistema próprio de resolução ou transformação em espaços institucionais chamados centros, câmaras ou mesmo casas”.

¹⁵⁹ Jean-François Six, in *Dinâmica de mediação*, ob. cit., 2001, p. 175, defendendo a ampliação dos meios consensuais, especialmente da mediação, menciona que “Mesmo que os instrumentos da comunicação proliferem, que eles religuem e atravessem todos os lugares de nosso planeta, sabemos bem que a comunicação, na vida concreta e quotidiana de nossas cidades, é frequentemente falha: carência de escuta, falta de compreensão, dificuldade de diálogo; o tecido social desintegra-se, cada um tem a tendência de se atomizar, de se fechar em seu casulo. A mediação, que, por sua própria característica, é destinada a criar ou restaurar laços graças à presença ativa de um terceiro que é independente e sem poder, pode trazer sua cota-parte, de maneira específica, no trabalho urgente de consolidação do tecido social, de todas as relações entre cidadãos. Trata-se então não de substituir as instituições e as associações, mas de propor esta nova abordagem complementar, que é a mediação”.

¹⁶⁰ Segundo Lília Maia de Moraes Sales, in *Justiça e mediação de conflitos*, ob. cit., 2004, p. 77, destacando a mediação – em comentários que se aplicam inteiramente a todos os mecanismos consensuais –, afirma que “a mediação poderá efetivamente servir à sociedade com um instrumento de transformação cultural, que prioriza o diálogo, a confiança, a cooperação e a solidariedade entre as partes envolvidas. Entende-se assim que a mediação, além de aliada do Poder Judiciário, é aliada da sociedade como um todo”.

¹⁶¹ Cf. Francisco José Cahali; Antonio Herance Filho; Karin Regina Rick Rosa e Paulo Roberto Gaiger Ferreira, in *Escrituras públicas: separação, divórcio, inventário e partilha*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 98, enaltece o sigilo das ações judiciais e menciona que a facultatividade da via extrajudicial deve ser a regra, permanecendo íntegro o direito de se buscar a solução judicial, principalmente em casos como a separação ou divórcio consensuais.

1.6.2. POLÍTICAS PÚBLICAS DE JUSTIÇA

Parte imprescindível em uma mudança cultural, capaz de estabelecer novas bases de solução de conflitos, é o desenvolvimento de políticas públicas de Justiça. Nesse contexto, merecem destaque aquelas voltadas ao tratamento de conflitos pela correta adequação entre o meio adotado e o confronto existente, com a consideração das peculiaridades e especificidades dos conflitos e das pessoas neles envolvidas. Vale mencionar que políticas públicas são programas e ações tomadas com a finalidade de atingir os objetivos do Estado.

Cumpra não somente organizar a prestação jurisdicional por meio do processo, mas também oferecer meios que socorram os cidadãos de modo abrangente. A utilização de meios consensuais por parte do Judiciário certamente contribui para o desempenho de sua função precípua, dando resposta a tantos conflitos que ocorrem na sociedade e favorecendo a transformação social.

Para bem desempenhar sua função, o Poder Judiciário deve permitir a solução de conflitos pelo mecanismo tradicional, de índole adjudicatória, mas deve dar ênfase a outros meios, do que resulta um estímulo à mudança cultural¹⁶². Por uma política pública de Justiça que proporciona solução adequada, o Judiciário Nacional não estará adotando um filtro de litigiosidade, mas incentivando uma nova postura dos jurisdicionados.

Destarte, assegura aos jurisdicionados o acesso à ordem jurídica justa e, além disso, atua de modo importante – embora tal fato represente mera consequência, detectável apenas a longo prazo – na redução da quantidade de conflitos ajuizados. A satisfação das partes

¹⁶² No mesmo sentido, a justiça restaurativa também deve ser incrementada, cf. Petrônio Calmon, *in Fundamentos da mediação e da conciliação*, ob. cit., p. 229 e ss. Segundo Eduardo Rezende Melo, “A experiência em justiça restaurativa no Brasil: um novo paradigma que avança na infância e juventude”, *in Revista do Advogado* nº 87, set. 2006, p. 28, “A implementação dos projetos de justiça restaurativa no país abre, portanto, um novo horizonte na área da infância e da juventude e das relações comunitárias. Um horizonte de participação e autonomia voltado a um maior desenvolvimento de potencialidades não apenas adolescente, mas também de sua família e comunidade para resolução dos problemas que os afetam, com maior responsabilidade e consequência. Um horizonte de maior inclusão social depende, para sua concretização, de um papel proativo e democrático que os atores do Sistema de Justiça, e todos seus parceiros do Sistema de Garantias, desde há muito compreenderam. É esse horizonte, de maior justiça para a infância e a juventude e para a comunidade em geral, que temos sempre de mirar e nos esforçar para construir”.

certamente determinará a redução substancial de sentenças, recursos e execuções judiciais. Nesse sentido, o CNJ teve papel relevante ao lançar, em agosto de 2006, o Movimento da Conciliação, que estimula a cultura da pacificação¹⁶³. Trata-se de um programa que conta com a participação de tribunais de todo o País, na esfera estadual, federal e do trabalho, sendo seu objetivo divulgar e incentivar a solução de conflitos por meio do diálogo¹⁶⁴.

O Movimento pela Conciliação já realizou diversas ações¹⁶⁵, entre tantas as parcerias com entidades representativas de classe, com empresas públicas, privadas e com órgãos públicos; criação de centrais de conciliação; realização de cursos técnicos e de mutirões conciliatórios no âmbito dos tribunais¹⁶⁶. Particularmente louvável é a Semana Nacional de Conciliação, campanha realizada anualmente para incentivar a realização de acordos.

Cumprindo tal expectativa, o Conselho Nacional de Justiça, pela Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, instituiu a política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses¹⁶⁷, estimulando a utilização de meios consensuais para resolução

¹⁶³ Morgana de Almeida Richa, “Evolução da semana nacional de conciliação como consolidação de um movimento nacional permanente da Justiça brasileira”, in *Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional*, Coordenadores Morgana de Almeida Richa e Antonio Cezar Peluso, Rio de Janeiro, Forense, 2011, p. 63, “O Movimento pela Conciliação teve início em 23 de agosto de 2006, com o projeto Conciliar é legal, focado no incentivo e na divulgação da solução de conflitos mediante a construção de acordos”.

¹⁶⁴ Contudo, a abordagem inicial estava relacionada com a redução de demandas, evidenciando o enfoque quantitativo, conforme Joaquim Falcão, in *Movimento pela Conciliação*, disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/conciliarConteudoTextual/anexo/artigo_02.pdf>, acessado em 08.10.2011.

¹⁶⁵ Segundo Andréa Maciel Pachá, “Movimento pela conciliação – o foco na sociedade”, in *Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional*, Coordenadores Morgana de Almeida Richa e Antonio Cezar Peluso, Rio de Janeiro, Forense, 2011, p. 88, “Capacitar de forma adequada, estabelecer parcerias e convênios para implementação efetiva das práticas de conciliação, bem como ampliar a visibilidade do Movimento, foi o caminho encontrado para prosseguir numa prática que se pretendia adotar de forma definitiva na administração judiciária nacional”.

¹⁶⁶ Cf. informações disponíveis em <<http://www.cnj.jus.br/campanhas-do-judiciario/356-geral/125-conciliacao>>, acessado em 20.06.2011.

¹⁶⁷ Morgana de Almeida Richa, “Evolução da semana nacional de conciliação como consolidação de um movimento nacional permanente da Justiça brasileira”, ob. cit., 2011, p. 72, “Merecem registro no desenho quatro pilares em que assenta a política judiciária nacional de tratamento de conflitos de interesse: o estabelecimento de núcleos permanentes de métodos consensuais em verdadeira célula de inteligência no desenvolvimento da política judiciária local; a instalação de centros judiciários de solução de conflitos e cidadania para concentrar ações de conciliação e mediação a cargo de conciliadores e mediadores; a capacitação permanente de magistrados, servidores e colaboradores nos métodos consensuais de solução dos conflitos; a manutenção de um banco de dados permanentemente atualizado sobre as atividades de conciliação.

de conflitos¹⁶⁸. O grande destaque dessa resolução é a nivelção nacional das práticas voltadas aos meios consensuais¹⁶⁹.

É preciso destacar que tal resolução atende às finalidades institucionais do CNJ, pois, nos termos do art. 103-B da CF/88, esse órgão deve zelar pela observância do art. 37 da CF/88, no qual se inclui o princípio da eficiência. Frise-se, a propósito, que ao CNJ cabe “fixar a implementação de diretrizes nacionais para nortear a atuação institucional de todos os órgãos do Poder Judiciário, tendo em vista sua unicidade”, conforme consta na Resolução nº 70, de 18 de março de 2009, que dispôs sobre o planejamento e a gestão estratégica no âmbito do Judiciário¹⁷⁰.

Tal previsão representa grande avanço na política judiciária nacional, inclusive por determinar a criação de banco de dados sobre as atividades voltadas para o tratamento consensual de conflito¹⁷¹. Entretanto, como toda política pública, sua implantação requer seriedade ao enfrentar os percalços, sobretudo pela mudança de paradigma que representa, e seus benefícios só poderão ser efetivamente verificados em longo prazo. Com isso, o inc. XXXV do art. 5º da CF ganha concretude, não apenas como garantia de acesso ao Judiciário, mas acesso de maneira universal, célere e adequada. A partir dessa resolução, cabe ao Poder Judiciário organizar o tratamento de conflitos por meios consensuais e não apenas a resolução do conflito de forma contenciosa. A instituição de

¹⁶⁸ Para Francisco José Cahali, *in Curso de arbitragem*, ob. cit., 2011, p. 46, “Pelos considerações apresentadas na Resolução, foi ressaltado que a eficiência operacional, o acesso ao sistema de Justiça e a responsabilidade social são objetivos estratégicos do Poder Judiciário (...). Também se destaca que a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, além de representarem útil expediente para a diminuição da excessiva judicialização dos conflitos, reduzindo, por consequência, a quantidade de recursos e de execuções de sentenças”.

¹⁶⁹ Sobre a necessária capacitação de conciliadores e mediadores, Valeria Ferioli Lagrasta Luchiari, “A Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça: origem, objetivos, parâmetros e diretrizes para a implantação concreta”, ob. cit., 2011, p. 245, menciona que “Foi necessário compatibilizar a formação mínima exigida para a atuação desses facilitadores e as diferentes realidades econômicas, sociais e geográficas de cada Tribunal, com a adoção de um modelo factível em âmbito nacional”.

¹⁷⁰ Tal assertiva é ratificada por Mariella Ferraz de Arruda Pollice Nogueira, “Dos núcleos permanentes de métodos consensuais de solução de conflitos”, *in Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional*, Coordenadores Morgana de Almeida Richa e Antonio Cezar Peluso, Rio de Janeiro, Forense, 2011, p. 260, ao mencionar as atividades dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, afirmando que “são essenciais para a concretização da política pública de tratamento adequado dos conflitos e aperfeiçoamento das instituições no âmbito estadual e regional, propiciando um direcionamento às práticas autocompositivas e o conseqüente aprimoramento do serviço judicial”.

¹⁷¹ Cf. Guilherme Vasi Werner, “O controle estatístico na Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça”, ob. cit., 2011, p. 293, é certo que “As estatísticas nos deixam mais próximos da verdade do que a ausência delas”.

meios consensuais por parte do Judiciário precisa assumir forma obrigatória, contínua e permanente.

Essa política de Justiça será implementada com a participação de uma rede constituída por todos os órgãos do Poder Judiciário, bem como por entidades públicas e privadas parceiras, inclusive universidades e instituições de ensino¹⁷². O art. 6º da mencionada resolução informa as atividades a ser desenvolvidas pelo CNJ para implementação dessa política de Justiça, sobretudo com respeito aos diversos setores da sociedade, especialmente os operadores do direito, de forma ampla¹⁷³.

Existem experiências institucionalizadas em vários órgãos do Poder Judiciário, mas não havia uniformidade nessas práticas. Em São Paulo, por exemplo, o serviço dos conciliadores e mediadores não é remunerado; na Bahia, a conciliação está a cargo de um funcionário nomeado especialmente para esse fim, que recebe salário fixo; no Rio Grande do Sul, a conciliação é promovida pelo juiz leigo, que recebe remuneração calculada por tarefa executada.

A falta de critérios uniformes para a capacitação, treinamento e atualização dos mediadores e conciliadores foi um entrave superado pela Resolução nº 125 do CNJ, pois a formação do terceiro facilitador está intimamente ligada à qualidade dos meios consensuais.

¹⁷² A implantação e o acompanhamento das medidas previstas na Resolução nº 125, no âmbito do CNJ, cabe ao Comitê Gestor da Conciliação, atualmente sob a presidência do Ministro Cezar Peluso, com o apoio da Comissão de Acesso ao Sistema de Justiça e Responsabilidade Social.

¹⁷³ Cf. Art. 6º. Para desenvolvimento dessa rede, caberá ao CNJ: I - estabelecer diretrizes para implementação da política pública de tratamento adequado de conflitos a serem observadas pelos Tribunais; II - desenvolver conteúdo programático mínimo e ações voltadas à capacitação em métodos consensuais de solução de conflitos, para servidores, mediadores, conciliadores e demais facilitadores da solução consensual de controvérsias; III - providenciar que as atividades relacionadas à conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos sejam consideradas nas promoções e remoções de magistrados pelo critério do merecimento; IV - regulamentar, em código de ética, a atuação dos conciliadores, mediadores e demais facilitadores da solução consensual de controvérsias; V - buscar a cooperação dos órgãos públicos competentes e das instituições públicas e privadas da área de ensino, para a criação de disciplinas que propiciem o surgimento da cultura da solução pacífica dos conflitos, de modo a assegurar que, nas Escolas da Magistratura, haja módulo voltado aos métodos consensuais de solução de conflitos, no curso de iniciação funcional e no curso de aperfeiçoamento; VI - estabelecer interlocução com a Ordem dos Advogados do Brasil, Defensorias Públicas, Procuradorias e Ministério Público, estimulando sua participação nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania e valorizando a atuação na prevenção dos litígios; VII - realizar gestão junto às empresas e às agências reguladoras de serviços públicos, a fim de implementar práticas autocompositivas e desenvolver acompanhamento estatístico, com a instituição de banco de dados para visualização de resultados, conferindo selo de qualidade; VIII - atuar junto aos entes públicos de modo a estimular a conciliação nas demandas que envolvam matérias sedimentadas pela jurisprudência.

Para que os meios consensuais sejam corretamente utilizados e constituam um modo de assegurar aos jurisdicionados verdadeiro acesso à ordem jurídica justa, importa que o estabelecimento dessa política pública dê organicidade as práticas vistas, não para minar o protagonismo regional, mas para incentivá-lo de forma produtora, pela fixação de critérios e condições para o seu exercício, tais como estabelecimento de carga horária, métodos para a capacitação, treinamento dos mediadores/conciliadores, controle da atividade de mediação e conciliação, tudo buscando equiparação em nível nacional.

Essa resolução terá inúmeros reflexos imediatos em termos de maior coesão social e determinará, com toda a certeza, mudanças importantes na organização da sociedade. Claro exemplo desse reflexo se verá na área do ensino universitário de Direito, que passará a formar profissionais com visão mais ampla e social, com consciência de que lhes cabe atuar muito mais na orientação, prevenção e composição do que simplesmente na solução contenciosa de conflitos. Outrossim, a possibilidade de planejamento estratégico pela verificação estatística das conciliações e mediações realizadas¹⁷⁴.

A experiência norte-americana sobre o Fórum de Múltiplas Portas deve ser mencionada¹⁷⁵, pois o Poder Judiciário funciona como centro de resolução de disputas, com distintas estruturas, baseadas na premissa de que há vantagens e desvantagens a considerar, especificamente em função das características de cada conflito e no atendimento do interesse das partes. Dessa forma, se cada mecanismo privilegia determinado tratamento, é preciso reconhecer que, quanto maior o número de meios, certamente maior a possibilidade de encontrar forma ajustada às necessidades e características do conflito. Assim, a solução será mais efetiva.

Naquele sistema, o Judiciário se apresenta como um núcleo de Justiça no qual as partes podem ser direcionadas ao meio correspondente à sua disputa. O juiz deixa de ser um

¹⁷⁴ Nesse sentido, Guilherme Vasi Werner, “O controle estatístico na Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, in *Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional*, Coordenadores Morgana de Almeida Richa e Antonio Cezar Peluso, Rio de Janeiro, Forense, 2011, p. 297, afirma que “A administração pública tem se convencido de que qualquer ação adotada deve ser medida em termos de resultado. O recolhimento de informações sobre diversos aspectos de seu desenvolvimento é matéria-prima dos eventuais ajustes em seu curso e, principalmente, do planejamento de novas ações estratégicas. (...). E, no que se refere às políticas públicas de solução consensual de conflitos, cabe ao CNJ e aos tribunais prestar contas de seu desenvolvimento e resultados”.

¹⁷⁵ Cf. Item 1.4, do Capítulo 1, Parte I.

aplicador do direito, cuja função primordial é a prolação da sentença, para tornar-se gerenciador do conflito, garantindo a melhor condução do processo¹⁷⁶.

O conflito, chegando ao Judiciário, é submetido a uma triagem de classificação. De acordo com as circunstâncias concretas, ele pode ser endereçado à autocomposição ou heterocomposição. Essas opções referem-se à possibilidade de aplicar arbitragem, mediação, avaliação de terceiro neutro ou processo judicial. São possíveis ainda mecanismos híbridos, como a *med-arb*, procedimento que se inicia com a mediação e, em não havendo composição entre as partes, permite instaurar a arbitragem para que um terceiro decida a controvérsia.

São escolhas apresentadas às partes conflitantes, devendo o caminho selecionado ser apto ao melhor tratamento do conflito. Nesse sentido, características como celeridade, confidencialidade, flexibilidade processual, custos, tratamento multidisciplinar, controle sobre a decisão, podem ser mencionadas para esclarecer a gama de possibilidades, vantagens e desvantagens dos vários métodos de solução de conflitos. O Fórum de Múltiplas Portas é uma necessidade para tratar adequadamente os conflitos. Desse modo, compromete-se o Estado a reconhecer diversas formas de solução de conflito, que não pode restringir-se unicamente ao processo. Isso decorre da garantia de acesso, por uma abordagem constitucional, que abrange múltiplos aspectos voltados ao cumprimento da paz social¹⁷⁷.

A visão moderna de Justiça pressupõe instrumentos de otimização, com a multiplicação dos caminhos de entrada e saída do Poder Judiciário. Nesse sentido, vale destacar que a Resolução nº 125 do CNJ cria os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e

¹⁷⁶ Esclarecendo as técnicas deste instituto norte-americano denominado *case management*, Kazuo Watanabe, “Cultura da sentença e cultura da pacificação” in *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*, Coordenação de Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide, São Paulo, DPJ, 2005, p. 689, afirma que se trata de “uma atividade processual que fortalece o controle judicial sobre: a) identificação das questões relevantes, b) maior utilização pelas partes de meios alternativos de solução de controvérsias, e c) tempo necessário para concluir adequadamente todos os passos processuais. O juiz planeja o processo e disciplina o calendário, ouvindo as partes. Pelo contato frequente que ele mantém com as partes, e destas entre si, promove a facilitação para uma solução amigável da controvérsia. E, mesmo não ocorrendo o acordo, as técnicas do *case management* permitem ao juiz eliminar as questões frívolas e planejar o processo, fazendo-o caminhar para o julgamento (*trial*) com eficiência e sem custo exagerado”.

¹⁷⁷ Para Fernanda Tartuce, in *Mediação nos conflitos civis*, ob. cit., 2008, p. 159, “A existência de peculiares órgãos e diversas instâncias jurisdicionais, com múltiplas funções e diferenciadas técnicas de abordar os conflitos, também foi contemplada na Constituição Federal, que procura disponibilizar uma gama considerável de mecanismos a serem utilizados em prol do estabelecimento da paz social”.

Cidadania, representando definitivamente a inserção do Fórum de Múltiplas Portas no sistema brasileiro¹⁷⁸. O incentivo do Estado para que as partes intentem processos construtivos visando resolver seus próprios conflitos permite, entre outros benefícios, o verdadeiro exercício da cidadania¹⁷⁹.

Ademais, o Estado cumpre sua função ao estabelecer um novo sistema de Justiça¹⁸⁰, sobretudo porque a melhor maneira de extrair o máximo proveito dos meios consensuais é associá-los ao Fórum de Múltiplas Portas.

A criação desses centros não exime tantos outros setores da sociedade a buscar formas criativas de solucionar conflitos, mas é fundamental para o desenvolvimento conjunto de iniciativas que perseguem uma cultura de paz. Os conflitos sempre baterão à porta do Judiciário, uma vez que é essa a sua função preponderante. Sejam eles de pequeno ou grande valor. Sejam simples ou complexos. Ainda que existam tantas iniciativas privadas voltadas à arbitragem, negociação, mediação, facilitação e conciliação, os conflitos irão – pelo menos, em grande parte – à Justiça convencional¹⁸¹.

¹⁷⁸ Para Valeria Ferioli Lagrasta Luchiari, “A Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça: origem, objetivos, parâmetros e diretrizes para a implantação concreta”, ob. cit., 2011, p. 237, “Os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania são unidades do Poder Judiciário às quais cabe, preferencialmente, a realização das sessões e audiências de conciliação e mediação a cargo de conciliadores e mediadores, no âmbito de determinado território definido pela organização judiciária do Estado, e o atendimento e orientação aos portadores de dúvidas e problemas jurídicos”.

¹⁷⁹ Andréa Maciel Pachá, “Movimento pela conciliação – o foco na sociedade”, ob. cit., 2011, p. 91, “O Movimento pela Conciliação é um caminho sem volta. Resultado de diversos fatores essenciais ao seu sucesso, conta esse Projeto com a participação de magistrados, servidores, membros do Ministério Público e da Defensoria, advogados e sociedade, que entenderam que uma política dessa envergadura só se sustenta porque agrega diversos interesses na construção de uma pauta comum da pacificação social”.

¹⁸⁰ Para Marco Antônio Garcia Lopes Lorencini, “A contribuição dos meios alternativos para a solução das controvérsias” in *As grandes transformações do processo civil brasileiro – Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*, Coordenação de Carlos Alberto de Salles, São Paulo, Quartier Latin, 2009, p. 622, “A forte presença do Estado na história brasileira sufocou as outras manifestações espontâneas de resolução de controvérsias. Uma forma de resgatar o encontro entre a adjudicação e os demais meios de solução de controvérsias é entender a inafastabilidade da jurisdição como obrigação de o Estado prestar serviço de Justiça, lançando mão, assim, não apenas da adjudicação, mas de outros meios de solução de controvérsias. Além de tolerar estas manifestações além da sentença judicial, a tarefa do Estado passa a também a de estabelecer políticas públicas para que as formas de solução de controvérsias que não a sentença estatal se espraíam, dentro e fora do ambiente do Poder Judiciário”.

¹⁸¹ Cf. Fernanda Tartuce, in *Mediação nos conflitos civis*, ob. cit., 2008, p. 86, menciona que “é da tradição do sistema jurídico brasileiro a distribuição de Justiça com base na litigiosidade, o que acaba por afastar o caminho natural da negociação entre as partes e conduzir ao Estado, por meio de seu poder impositivo, o destino dos problemas privados”. Contudo, a autora mostra uma posição otimista ao informar que “a previsão normativa da mediação e a institucionalização de sua invocação no processo civil revelam a possibilidade de instituição do sistema ‘multiportas’ entre nós”, ob. cit., p. 93.

Mostra-se mais do que necessária a inserção no Judiciário de meios alinhados com uma cultura de paz, bem como o incentivo à sua respectiva utilização por políticas públicas de Justiça. A Resolução nº 125 é um marco, porque apresenta uma diretriz a ser seguida por todos, instituindo a obrigatoriedade de uma nova política de tratamento de conflitos no âmbito judiciário.

1.6.3. ENSINO

Quanto à formação acadêmica, o estado é problemático. A falta de formação dos operadores do direito voltada aos meios alternativos, sobretudo de bases consensuais, constitui um grande empecilho a ser superado no desenvolvimento de uma cultura de paz¹⁸². Diante do espantoso número de faculdades de direito, encontram-se pouquíssimos cursos de cuja grade curricular constem disciplinas voltadas à formação não contenciosa.

Toda a ênfase é dada aos ensinamentos dirigidos para soluções contenciosas, pautadas no jogo de soma zero, refletindo práticas que majoritariamente proporcionam soluções adjudicatórias de conflitos¹⁸³. Essa formação molda a abordagem do operador do direito – profissional já atuante – ao contencioso; orienta-o para a judicialização do conflito, uma vez que desconsidera sumariamente endereçá-lo aos meios consensuais ou alternativos. Esse panorama requer modificação urgente.

¹⁸² Para Kazuo Watanabe, “Cultura da sentença e cultura da pacificação”, ob. cit., 2005, p. 685, “O grande obstáculo à utilização mais intensa da conciliação e mediação é a formação acadêmica dos nossos operadores do direito, que é voltada, fundamentalmente, para a solução contenciosa e adjudicada dos conflitos de interesses. Ou seja, toda ênfase é dada à solução dos conflitos por meio de processo judicial, em que é proferida uma sentença, que constitui a solução imperativa dada pelo critério do “certo ou errado”, do preto ou branco”, sem qualquer espaço para a adequação da solução, pelo concurso da vontade das partes, à especificidade de cada caso. É esse o modelo ensinado em todas as faculdades de direitos do país, sem exceção. E é esse, igualmente, o modelo de profissional do direito exigido pelo mercado para as principais carreiras profissionais, como a advocacia, a magistratura, o ministério público e as procuradorias públicas. Quase nenhuma faculdade oferece aos alunos, em nível de graduação, disciplinas obrigatórias voltadas à solução não-contenciosa dos conflitos. (...) Todavia, ainda não se nota um investimento maior na formação e treinamento de profissionais voltados à solução não-contenciosa de conflitos, isto é, à negociação, conciliação e mediação”.

¹⁸³ Cf. Luiz Fux, “O novo ensino jurídico”, in *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 9, 2000, p. 174-179. O autor faz críticas à prática de o estudante pensar o direito como um conjunto de preceitos, tornando-se prisioneiro do tecnicismo ao invés de um atuante indagador. Analisa ainda a Portaria nº 1.886/94 do MEC como projeto de otimização do ensino em geral e a “Comissão de Especialistas do Ensino de Direito” cuja proposta visa a estruturação do curso de direito em formação crítico-reflexiva, formação profissionalizante e em formação prática.

Por outro lado, também é verdade que uma cultura se transforma paulatinamente. Por isso, é certo que as novas bases de solução de conflitos vão exigir dos profissionais um novo conhecimento¹⁸⁴. O mercado influencia diretamente a formação dos profissionais e quanto mais os meios consensuais se alastrarem, maior será a exigência por profissionais com conhecimentos técnicos e teóricos relacionados aos mecanismos consensuais. Existem algumas iniciativas, mas a grande maioria dos cursos de direito atualmente ainda não contam com disciplinas voltadas aos meios alternativos ou ainda consensuais nas suas grades curriculares, em nível de graduação. A formação mais disponível sobre o tema está restrita a cursos de capacitação ou pós-graduação.

É preciso inserir disciplinas voltadas para meios alternativos de solução de conflitos. Entretanto, as universidades podem implementar atividades diversas que não só busquem formar profissionais afinados com os novos tempos, mas que se proponham a ser elas próprias agentes dessa mudança. Nesse sentido, vale destacar que a promoção de pesquisas científicas e atividades de extensão¹⁸⁵, por exemplo, são importantes formas de divulgar os meios consensuais. Além do aprendizado de novas técnicas, o estudo por diversas perspectivas favorece a transformação da mentalidade dos

¹⁸⁴ Em entrevista à Mariana Hernandez Crespo, Frank E. A. Sander ratifica tais assertivas, que também foram observadas no sistema norte-americano, transcrição disponível in *“A Dialogue between Professors Frank Sander and Mariana Hernandez Crespo Exploring the Evolution of the Multi-Door Courthouse (Part One)”*, ob. cit., 2008 (no original): “And of course, then the lawyers have to be educated. That is one consequence of that kind of [legal] obligation. I remember once I was asked to give a short course on ADR at a major Washington, D.C. law firm, and I asked them, ‘Why did you ask me to do this?’ They said, ‘Well, some of our lawyers have gone into court, and the judge has said, ‘You ought to consider a mini-trial,’” which was one form of the dispute process for this case. The lawyer went back, embarrassed, to the firm and asked, ‘What’s a mini-trial?’ So, there is some education that has to take place, and that is a good thing. MARIANA HERNANDEZ CRESPO: So, let me ask, what happened in academia? How did it all start? Lawyers have to be trained, so at some point ADR and mediation had to become part of the curriculum. FRANK SANDER: Yes. I think what happened is that starting soon after 1976, [following] these developments in the government and in the ABA and other areas in the [legal] literature, the academy came aboard this train through pressure. In 1976, few law schools had courses in negotiation. I doubt whether any had a course in mediation—maybe arbitration, yes. But, now every law school has at least one course in ADR; many have three, four or five. There are many research centers like the one we have at Harvard—the Program on Negotiation—and many other schools have similar centers”.

¹⁸⁵ Na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, iniciativa pioneira foi a organização do Núcleo de Estudos de Meios de Solução de Conflitos - NEMESC, em 2005, sob a orientação de Carlos Alberto de Salles, atualmente institucionalizado como disciplina de cultura e extensão. A metodologia do NEMESC pode ser verificada em Carlos Alberto de Salles e et. al., “A experiência do Núcleo de Estudos de Meios de Solução de Conflitos (NEMESC)”, ob. cit., 2010, p. 71-74. Segundo os autores, o objetivo do artigo é “compartilhar essa experiência, com a deliberada intenção de gerar emulação. Atingiremos nossos objetivos se nossa iniciativa for imitada e se novas experiências puderem se somar ao debate público das questões aqui envolvidas. Afinal, temos clara a importância da modificação da cultura dos profissionais do direito em relação às formas de solução de conflitos e controvérsias. O caminho, para tanto, passa necessariamente pelas faculdades de direito”, ob. cit., p. 71.

estudantes, inculcando a cultura do diálogo, favorecendo a manutenção das relações, as soluções baseadas em premissas integrativas, entre outros benefícios.

Outra maneira importante de divulgação os meios consensuais, que poderá ser empregada pelas universidades, é a implantação de centros de mediação e conciliação para atendimento comunitário. É duplo o benefício da medida: para os alunos, por verem os conhecimentos aplicados na prática, e para os membros da comunidade, por ganharem um novo canal de orientação. É importante que os alunos desenvolvam seus conhecimentos teóricos em salas de aula, mas que aprendam a empregá-los na prática.

Para a comunidade, os centros de mediação e conciliação ensejam conhecer um novo método de solução de controvérsias e dele servir-se a fim de solucionar a contento a desavença existente, demonstrando que através da comunicação transformadora é possível chegar a um deslinde que atenda ao interesse de todos os envolvidos.

As possibilidades de mudanças culturais inerentes aos meios consensuais sinalizam que o seu estudo e divulgação seguramente contribuirão de modo significativo para mostrar tanto à população e aos profissionais que as partes envolvidas em um litígio são atores responsáveis pela resolução de suas controvérsias, quanto para possibilitar a manutenção dos laços afetivos e a construção da paz social pela comunicação. Assim, além de contribuírem para formar profissionais mais capacitados na resolução dos conflitos existentes na sociedade e sensíveis aos problemas de seus clientes, estarão contribuindo para formar cidadãos mais participativos na sociedade brasileira.

É indispensável desenvolver processos educativos que façam a sociedade compreender em que consistem os meios consensuais, não só no direito, mas em diversas áreas do conhecimento, levando os estudantes a avaliar corretamente essas novas ferramentas que ajudarão a construir um novo paradigma de Justiça¹⁸⁶. Ademais, o ensino de meios

¹⁸⁶ Para Lília Maia de Moraes Sales, in *A mediação de conflitos – mudanças de paradigmas*, disponível em <http://www.mediacaobrasil.org.br/artigos_pdf/4.pdf>, acessado em 05.06.2011, “falar de mecanismos alternativos de solução de conflitos, entre os quais está inserida a mediação, é falar de uma nova cultura (pela mudança que implica na cultura atual), todavia tão velha quanto a humanidade e infelizmente em desuso na mesma sociedade que a relegou ao esquecimento quando de maneira incondicional entregou ao Estado os mecanismos básicos para solucionar suas disputas. Daí ser indispensável fazer avançar simultaneamente um processo educativo para que a sociedade entenda em que consistem esses mecanismos, mas não só no nível jornalístico ou publicitário, mas também que compreenda e avalie as novas ferramentas que ajudarão a obter a consecução dos objetivos finais desse

alternativos e consensuais enriquece a grade curricular de qualquer curso, pois oferece novas visões do conflito. Os meios de resolução de conflitos não estão confinados a temas exclusivamente jurídicos, mas se abrem à interdisciplinaridade pela diversidade dos conhecimentos que integram seus conteúdos.

processo, que é a paz social. Ademais disso, o ensino da mediação enriquece a grade curricular do curso que a adota, possibilitando uma visão dos problemas sob uma nova ótica porque é da essência da mediação a interdisciplinaridade. Não é um tema exclusivamente jurídico, mas a soma de várias disciplinas, o que termina por enriquecer ainda mais o seu estudo”.

2. TRATAMENTO ADEQUADO DE CONFLITOS POR MEIOS CONSENSUAIS

Antes de iniciar o estudo sobre a conciliação, é necessário tecer algumas considerações sobre seu pressuposto – o conflito –, bem como sobre as suas formas de tratamento, destacando os meios consensuais.

Afinal, o amplo conhecimento do conflito permite melhores encaminhamentos para uma resolução mais efetiva. Assim, a busca do conceito relacionado ao conflito se faz útil para aclarar a investigação sobre suas possíveis resoluções, porque a definição desse fato humano permite não apenas identificá-lo, mas de fato verificar a faceta que deve ser capturada pelo direito. E mais: verificar ainda a resposta e a preocupação que o Estado, pelo Poder Judiciário, deve ter na construção de um sistema de Justiça afinado com os novos tempos.

Frise-se, porém, que são tantos os fatores a considerar no tratamento do conflito que se procurou desenvolver referenciais sobre temas afeitos à compreensão dos sistemas, suas relações e suas interações. Com isso, optou-se por estudar a complexidade e o pensamento sistêmico, a importância da interdisciplinaridade, a relação entre os sistemas e a comunicação, a contribuição da teoria dos jogos para a resolução de conflitos. Após a construção desse arcabouço referencial, buscou-se compreender o fenômeno conflitivo e o seu reflexo para a prestação jurisdicional. Por fim, há sistematização dos principais modelos consensuais, bem como verificação das vantagens e desvantagens desses meios de resolução de conflitos, destacando a adequação.

Tudo para melhor situar as proposições a desenvolver nos dois capítulos seguintes, especificamente voltados à análise da conciliação como meio de resolução de conflitos a ser utilizado pelo Judiciário.

2.1. SISTEMAS, RELAÇÕES E INTERAÇÕES

2.1.1. COMPLEXIDADE E PENSAMENTO SISTÊMICO¹⁸⁷

A racionalidade científica preconizada pela ciência moderna, constituída a partir da revolução científica do século XVII, teve por base o paradigma da simplicidade, porque estabelecida sobre uma ordem científica hegemônica que nega o caráter racional de toda forma de conhecimento não fundamentado em princípios epistemológicos e metodológicos. Isso significa que a lógica da investigação que não é quantificável é cientificamente irrelevante. Assim, a ordem afasta a desordem, pela separação de ideias e redução, pois há coordenação de uma construção que recria o complexo a partir do simples, isto é, o paradigma da simplicidade obriga-nos a separar e reduzir, a fim de melhor compreender.

Entretanto, os cientistas no início do século XX começaram a defrontar-se com evidências que já não eram mais inteligíveis por esse paradigma, uma vez que tinha deixado de ser possível entender o universo apenas como ordem. Essa constatação levou ao princípio da incerteza, gerando um processo de mudança cultural e extrapolando as disciplinas que no princípio tinham tal percepção (física e mecânica), desconstruindo o paradigma clássico newtoniano e favorecendo a constituição de um novo paradigma. Nesse sentido, são as ideias relacionadas ao pensamento complexo desenvolvidas por Edgar Morin¹⁸⁸, que apresenta concepções significativas para melhor compreensão do objeto de análise desta tese, sobretudo porque demonstra a ligação entre a ordem e a

¹⁸⁷ De forma diversa, Carlos Eduardo de Vasconcelos, in *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*, ob. cit., 2007, apresenta o pensamento sistêmico não apenas pela dimensão da complexidade, mas agrega ainda as dimensões da instabilidade e da intersubjetividade. Segundo ele, ob. cit., p. 34, “Na presente era dos conhecimentos, com as suas conturbações mundializantes, tendem a prevalecer os aspectos relacionais, horizontalizantes e dinâmicos ou expansivos das relações interpessoais e sociais em geral. (...) Daí a importância de instituições substancialmente democráticas, necessárias ao asseguramento de uma instabilidade mínima em ambiente pluralista, com políticas de defesa e promoção dos direitos e da dignidade da pessoa humana, para prevenir os fascismos societais e as ingovernabilidades. Essas novas instituições democráticas devem estar legitimadas a ponto de poderem contribuir para o equilíbrio finalístico entre regulação e emancipação, auto-afirmação e integração, consoante abordagens do tipo “e-e”.

¹⁸⁸ A explanação realizada nesta parte do estudo refere-se à obra *Introdução ao pensamento complexo*, tradução de Eliane Lisboa, Porto Alegre, Sulina, 2006, do original *Introduction à la pensée complexe*, Paris, ESF éditeur, 1990. O autor é formado em Direito, História e Geografia, realizou estudos em Filosofia, Sociologia e Epistemologia. É considerado um dos principais pensadores sobre a complexidade, sendo autor dos livros *O método* (6 volumes), *Ciência com consciência* e *Os sete saberes necessários para a educação do futuro*. Suas ideias exercem grande influência na área da comunicação e educação, inclusive de forma significativa no Brasil. No prefácio da primeira obra supracitada, o autor menciona que “a complexidade não é a chave do mundo, mas o desafio a enfrentar, por sua vez o pensamento complexo não é o que evita ou suprime o desafio, mas o que ajuda a revelá-lo e às vezes mesmo a superá-lo”.

desordem, como fenômenos colaboradores da experiência humana e se encerra na justificativa das exigências de um tratamento interdisciplinar de questões complexas. Destarte, algumas considerações sobre o tema serão feitas, mas com o foco no recorte desta tese.

Edgar Morin desenvolve um aprofundamento do tema *complexidade* baseado neste paradoxo do universo: ao mesmo tempo que o mundo caminha para a desordem, há um princípio de auto-organização que leva os seres vivos a complexificar-se e desenvolver-se. É justamente isso que promove a evolução¹⁸⁹.

Pensou-se, a princípio, tratar-se de uma diferença própria de organizações vivas, baseadas que estavam numa matéria-prima mais nobre, tendente ao desenvolvimento. Não se sustentou tal argumento porque as descobertas comprovavam cada vez mais que a organização do universo poderia vir da não organização¹⁹⁰ e, ao mesmo tempo, a organização viva também era entendida como um processo dinâmico, que se paga com a morte dos seus indivíduos. Para Morin, há muito mais espécies que desapareceram desde a origem da vida do que espécies que sobreviveram.

Esse fato trouxe a percepção de que a ordem e a desordem, apesar de inimigas – por estarem em lados opostos – , cooperam de maneira inequívoca para organizar o universo¹⁹¹. A partir desse entendimento, o autor leva-nos a reconhecer que ordem e desordem interagem para a organização, cada qual influenciando e sendo influenciada pela outra, principalmente nas organizações que apresentaram refinamento pela complexidade das relações. Observa o autor que as nossas próprias células estão em um processo incessante de morte e criação, que ao longo do tempo se desequilibra e leva-nos à morte. Nesse sentido, Morin destaca que a aceitação da complexidade é a

¹⁸⁹ Mencionando o princípio da incerteza para a compreensão da complexidade, Carlos Eduardo de Vasconcelos, in *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*, ob. cit., 2007, p. 30, menciona que “essa percepção deu origem a todo um processo de mudança cultural, que extrapolou da física e da mecânica para as outras ciências, e que foi desconstruindo o paradigma mecanicista clássico, Newtoniano, e construindo um pensamento complexo capaz de abordar as contradições contextualmente, em vez de excluir um ou outro dos seus elementos”.

¹⁹⁰ Nesse sentido, é possível mencionar a desintegração pela explosão (*big-bang*) e que ao desintegrar-se, permitiu a organização de todo o universo.

¹⁹¹ Nesta perspectiva, vale destacar a entropia. Segunda as leis da termodinâmica, o trabalho pode ser completamente convertido em energia, entretanto a recíproca não é verdadeira. Assim, a entropia busca mensurar a parcela de energia que não pode mais ser transformada em trabalho, representando um grau de desordem pela irreversibilidade num sistema dinâmico.

aceitação da desordem, comportando uma harmonia que está intrinsecamente ligada à desarmonia.

O pensamento complexo não afasta a incerteza ou a contradição, quando essas aparecem. Fazê-lo, na visão clássica, seria um erro no raciocínio, que levaria o cientista a rever seus postulados, enquanto, para o pensamento complexo, não se pode isolar os objetos uns dos outros porque a complexidade pressupõe justamente a integração e o caráter multidimensional de qualquer realidade. A racionalização consiste em querer encerrar a realidade num sistema coerente e tudo o que, na realidade, contradiz esse sistema coerente é visto como ilusão ou aparência, enquanto no pensamento complexo não há pretensão de esgotar em um sistema lógico a totalidade do real, visto que impossível¹⁹². Isso explica a tentativa de aprofundar a compreensão pela inserção de diversos mecanismos, tais como o diálogo e a interdisciplinaridade.

Para lidar com essa complexidade, Morin desenvolve instrumentos teóricos que substituem o paradigma da disjunção, redução e unidimensionalização pelo paradigma da distinção, conjunção e multidimensionalização, permitindo distinguir sem separar, bem como associar sem reduzir. Importante frisar que não se trata de abandonar a lógica clássica, mas de integrá-la com o reconhecimento dos seus limites, escapando da unidade abstrata do alto (holismo) e do baixo (reducionismo)¹⁹³. Morin chama essas diretrizes metodológicas de macroconceitos, salientando que nas coisas mais importantes os conceitos não se definem pelas suas fronteiras, mas a partir de seu núcleo. Esta é uma ideia anticartesiana, uma vez que não exige a distinção e a clareza como princípios da verdade.

O pensamento complexo integra os modos simplificadores de pensar, recusando, porém, as consequências redutoras, de cunho unidimensional que limitam a visão da realidade.

¹⁹² Cf. *Introdução ao pensamento complexo*, ob. cit., 2006, p. 14, “A dificuldade do pensamento complexo é que ele deve enfrentar o emaranhado, o jogo infinito das inter-retroações, a solidariedade dos fenômenos entre eles, a bruma, a incerteza, a contradição. Mas podemos elaborar algumas das ferramentas conceituais, alguns dos princípios para esta aventura, e podemos entrever o semblante do novo paradigma de complexidade que deveria emergir”.

¹⁹³ Cf. *Introdução ao pensamento complexo*, ob. cit., 2006, p. 102-103, a complexidade “é a união de processos de simplificação que são seleção, hierarquização, separação, redução, com os outros contraprocessos, que são a comunicação, a articulação do que foi dissociado e distinguido; e é a maneira de escapar à alternância entre o pensamento redutor, que só vê os elementos e o pensamento globalizado, que só vê o todo”.

Nessa perspectiva, aspira-se a um conhecimento interdisciplinar, reconhecendo, contudo, que o conhecimento completo é impossível.

Morin propõe o conceito de organização partindo da noção de sistema como um todo composto por partes distintas e interligadas, que produz qualidades e propriedades não existentes, quando se consideram as partes isoladamente. A organização deve interligar as ideias de totalidade e inter-relações, assegurando solidariedade entre as partes e solidez ao sistema e permitindo sua duração, apesar das perturbações aleatórias. Esse conceito permite identificar a conexão de elementos, acontecimentos ou indivíduos diversos que passam a compor uma unidade, com qualidades próprias do todo que não existiriam caso as partes continuassem separadas, ou seja, não se pode reduzir o todo às partes ou as partes ao todo.

Emerge assim o conceito relacionado à auto-organização. Nesse sentido, a diferença entre a máquina e a organização viva é que a máquina artificial pode simplesmente ser organizada, enquanto o organismo vivo é auto-organizador, considerando que essa organização decorre de uma lógica de complexidade. Na máquina artificial, embora constituída por elementos extremamente resistentes, basta uma alteração em um de seus constituintes para a imobilização do conjunto, o que demanda intervenção exterior para o seu reparo. São incapazes de se gerar e de regenerar, enquanto o organismo vivo apresenta uma grande confiabilidade do conjunto, apesar da fraca segurança proporcionada por seus componentes isoladamente, uma vez que todos os órgãos são constituídos por moléculas que rapidamente se degradam. Contudo, as células morrem e renovam-se, fazendo com que o conjunto permaneça em funcionamento, tanto quanto possível idêntico a ele originalmente.

Portanto, as organizações vivas suportam, produzem e combatem a desordem, regenerando-se. Essa ideia remete à articulação entre ordem, desordem e organização, ou seja, a desordem age por toda a parte, permitindo a constituição de fenômenos organizados. Ela está presente, como rupturas e desvios, não sendo uma entidade em si, mas sendo sempre relativa a processos energéticos, interativos, transformadores ou dispersivos. Assim, ordem e desordem seguramente se opõem, mas também estão vinculadas, sendo relativas e relacionais. Isso pressupõe uma ligação de natureza dialógica.

O princípio dialógico é apontado por Morin como um dos princípios fundamentais integrantes do pensamento complexo que mantém a dualidade no âmago da unidade. Pela dialógica, é possível contextualizar o objeto, promovendo o estabelecimento de articulações, sem eliminar as diferenças. Dessa forma, nesse princípio da complexidade estão presentes complementaridades e antagonismos, considerados em diferentes contextos. O sistema auto-organizador, embora distinto do meio externo pela sua autonomia e individualidade, liga-se a ele pela dependência de energia, alimentos, informação. Enquanto no sistema fechado as trocas com o exterior são inexistentes e muito pobres as relações com o meio, a individualidade do sistema aberto associa-se a relações muito ricas e dependentes do meio externo. Segundo Morin, toda vida humana autônoma é uma trama de incríveis dependências e essa relação evita que a unidade desapareça na presença da diversidade.

Cabe ainda destacar que, para Morin, indivíduo e sociedade relacionam-se de modo dialógico, pois são antagônicos e complementares. As singularidades anatômicas, psicológicas e afetivas não são primordialmente o que nos diferencia uns em relação aos outros, mas sim a existência de um “eu” que singulariza e integra as experiências vividas. A qualidade do sujeito ultrapassa as transformações do ser individual, mas essa unicidade singular é algo humano universalmente partilhado.

Por isso, na relação intersubjetiva, estranheza e similitude estão presentes na relação com o outro, representando ambivalência. É na linguagem que o princípio da comunicação se manifesta, porque o ser humano faz-se na linguagem que o constitui. A linguagem possibilita a emergência da mente humana presente em todas as operações cognitivas e práticas próprias de toda organização social. Portanto, a linguagem nutre a complexidade das relações sociais, sendo, além de instrumento de comunicação, o indispensável portador cultural do conjunto de saberes da sociedade.

Nesse diapasão, o conflito, fruto das relações intersubjetivas, deve ser reconhecido como fenômeno complexo, que requer uma visão integrativa das diversas dimensões que o compõem (dimensão ética, ecológica, epidemiológica, estratégica, econômica e política, educacional, psicossociocultural e transcendental). Nessa perspectiva, o entendimento da complexidade e a verificação da mudança de paradigma permitem

ampliar qualquer análise, pois os sistemas dinâmicos instáveis, antes vistos como exceção, tornam-se a regra.

Observe-se que essa instabilidade apresenta duas funções fundamentais. Por um lado, a unificação das descrições e, por outro, a formulação de teorias baseadas na noção de probabilidade, evitando o dualismo da teoria quântica ortodoxa, exprimindo o que é possível e não o que é certo.

A compreensão da complexidade nas bases supracitadas remete-nos à dinâmica das relações intersubjetivas, sobretudo com vistas à sociedade atual, conforme aprofundará adiante este estudo. A interação existente entre a ordem e a desordem traz uma lógica de superação e reestruturação que permite compreender as relações intersubjetivas como um eterno retorno entre a crise e a busca pelo equilíbrio, possibilitando constante transformação¹⁹⁴.

Nesse contexto, o conflito deve ser visto não apenas pelo isolamento das relações, mas considerando seus limites e focando seu núcleo, porque “não se trata, como querem alguns, de simples resolução de conflitos, pois, o conflito não é algo que se resolve ou mesmo se dissolve, mas algo que se transforma. Sem o conflito, o ser humano não cria, não vive, não se recria”¹⁹⁵.

2.1.2. A IMPORTÂNCIA DA INTERDISCIPLINARIDADE

Com a organização política dos povos, o Estado cada vez mais restringiu a autotutela e se reservou o poder de solucionar conflitos por meios adjudicatórios, aplicando a norma abstrata ao caso concreto de forma impositiva. Eis no que consiste essa função jurisdicional do Estado: amparar quem tenha razão no caso concreto pela

¹⁹⁴ Cf. *Introdução ao pensamento complexo*, ob. cit., 2006, p. 13, “Infelizmente, pela visão mutiladora e unidimensional, paga-se bem caro nos fenômenos humanos: a mutilação corta na carne, verte o sangue, expande o sofrimento. A incapacidade de conceber a complexidade da realidade antropossocial, em sua microdimensão (o ser individual) e em sua macrodimensão (o conjunto da humanidade planetária), conduz a infinitas tragédias e nos conduz à tragédia suprema. Dizem-nos que a política “deve” ser simplificadora e maniqueísta. Sim, claro, em sua concepção manipuladora que utiliza as pulsões cegas. Mas a estratégia política requer o conhecimento complexo, porque ela se constrói na ação com e contra o incerto, o acaso, o jogo múltiplo das interações e retroações”.

¹⁹⁵ Cf. Águida Arruda Barbosa, Eliana Riberti Nazareth e Giselle Groeninga, apresentação de Jean-François Six, in *Dinâmica de mediação*, Belo Horizonte, Del Rey, 2001, p. viii.

individualização do ordenamento jurídico, cercada de garantias e formalidades, a fim de assegurar poder suficiente para dizer o direito e impor decisões. Os órgãos jurisdicionais outorgam proteção apenas àquele cuja pretensão seja dela merecedora. Este exercício é limitado não apenas pelo processo, mas principalmente pelo direito material¹⁹⁶.

É assim que o órgão judicial deverá dirimir o conflito, substituindo as partes na solução de seus litígios, que devem de imediato sujeitar-se à decisão compulsoriamente. Tal atividade resultará na prevalência efetiva de uma pretensão, com o que se espera a eliminação do conflito. No exercício consumado da jurisdição, este é único resultado esperado do processo: que cada parte obtenha o que lhe é permitido, segundo o direito. Contudo, essa forma de resolução mostra-se extremamente limitada, visto ter por base um inevitável jogo de soma zero.

Por muito tempo, houve a percepção de que fora do processo não seria possível uma solução válida do conflito, seguindo a linha racionalista ocidental aplicada ao direito processual¹⁹⁷. Não resta dúvida de que o aspecto jurídico é contemplado com o processo judicial, entretanto, outras dimensões do conhecimento devem ser contempladas. Cada vez mais, a importância de outras ciências é reconhecida para as soluções

¹⁹⁶ Sobre o positivismo do direito, Boaventura de Souza Santos, in *A crítica da razão indolente*, São Paulo, Cortez, 2000, p. 141, menciona que "O positivismo é a consciência filosófica do conhecimento-regulação. É uma filosofia da ordem sobre o caos tanto na natureza como na sociedade. A ordem é a regularidade, lógica e empiricamente estabelecida através de um conhecimento sistemático. O conhecimento sistemático e a regulação sistemática são as duas faces da ordem. O conhecimento sistemático é o conhecimento das regularidades observadas. A regulação sistemática é o controle efetivo sobre a produção e reprodução das regularidades observadas. Formam, em conjunto, a ordem positivista eficaz, uma ordem baseada na certeza, na previsibilidade e no controle... Graças à ordem positivista, a natureza pode tornar-se previsível e certa, de forma a poder ser controlada, enquanto a sociedade será controlada para que possa tornar-se previsível e certa. Isto explica a diferença, mas também a simbiose, entre as leis científicas e positivas. A ciência moderna e o direito moderno são as duas faces do "conhecimento-regulação". Ainda sobre o tema, Ademir Buitoni, in "A ilusão do normativismo e a mediação", in *Revista do Advogado*, nº 87, set. 2006, p. 109-110, afirma que "no caso específico do Brasil, a implantação do regime republicano, em 1889, em substituição à monarquia, sem grande participação popular, foi feita sob a inspiração da ideologia positivista. A bandeira nacional adotou o lema: "Ordem e Progresso", agasalhando, justamente, o pensamento predominante da época: quanto mais ordem mais progresso, mais prosperidade, mais riqueza. Ordem nacional significa, basicamente, ordem jurídica, ordem constitucional, ordem legal. Sem regulamentação jurídica não se pode falar em ordem nacional no Estado moderno. Até hoje, no Brasil, cultivamos a ilusão do normativismo. Continuamos a achar que tudo precisa ser regulado, que as leis devem, permanentemente, ser reformadas, que os códigos devem ser atualizados e que a ordem jurídica deve ser modernizada, sem o que não se chegaria ao desejado status de justiça social, de equilíbrio social e de desenvolvimento".

¹⁹⁷ Para Hilton Ferreira Japiassu, in *A crise da razão no ocidente*, disponível em <http://www.sinergia-spe.net/editoraeletronica/autor/069/06900100_1.htm>, acessado em 05.06.2009, o racionalismo consiste "no fato de se erigir a Razão (sob sua variante ocidental de razão científica) em sistema absoluto promovendo um cientificismo para o qual "fora da ciência não há salvação" e que a Ciência constitui o único caminho susceptível de conduzir-nos à Verdade".

jurisdicionais¹⁹⁸. É preciso frisar que a superação das especializações permite novas práticas, favorecendo vários entendimentos de um mesmo objeto. Ademais, o reconhecimento da complexidade afasta qualquer compreensão que tenha por base o isolamento.

Nesse sentido, a extrema especialização do conhecimento levou à disciplinaridade¹⁹⁹. É, em resposta à fragmentação das ciências, valorizadas pela especialização, que hoje se professa uma visão interdisciplinar, demonstrando as vantagens da contribuição decorrente de uma visão sistêmica, que não incida apenas sobre o cientificismo objetivo nem só sobre o humanismo²⁰⁰. As disciplinas não podem ficar incomunicáveis. Pelo contrário, é da natureza do conhecimento a macroconcepção, apta a proporcionar enriquecimento pelas distintas e ricas contribuições de diversas abordagens. Nesse sentido, estando reunidas várias disciplinas, as respostas a um dado conflito serão mais plausíveis. Sendo assim, outras disciplinas devem ser vistas como arcabouço disponível para que sejam proferidas respostas mais efetivas aos conflitos²⁰¹.

É evidente que o desdobramento jurídico do conflito deve ser solucionado, mas nem sempre será suficiente para atingir a pacificação social. Por isso é tão importante a institucionalização de meios que possam dar uma solução diferenciada ao conflito e principalmente ampliar as disciplinas que tratam esse fenômeno humano, tornando sua

¹⁹⁸ Cf. Fernanda Tartuce, in *Mediação nos conflitos civis*, ob. cit., 2008, p. 26, “revela-se cada vez mais essencial arejar o sistema jurídico, gerando oportunidades de diálogo entre este e as demais disciplinas sociais, abrindo o sistema para a complexidade e para a interdisciplinaridade”.

¹⁹⁹ Segundo Hilton Ferreira Japiassu, in *Interdisciplinaridade e patologia do saber*, Rio de Janeiro, Imago, 1976, p. 70, “disciplinaridade é a exploração científica especializada de determinado domínio homogêneo de estudo, isto é, o conjunto sistemático e organizado de conhecimentos que apresentam características próprias nos planos do ensino, da formação, dos métodos, e das matérias; esta exploração consiste em fazer surgir novos conhecimentos que se substituem aos antigos”.

²⁰⁰ Para Lídia de Almeida Prado, in *O juiz e a emoção*, Campinas, Millennium, 2003, p. 02, “a interdisciplinaridade é considerada como a mais recente tendência da teoria do conhecimento, decorrência obrigatória da modernidade, possibilitando que, na produção do saber, não se incida nem no radical cientificismo formalista (objetivismo), nem no humanismo exagerado (subjetivismo). Tal saber caracteriza-se por ser obtido a partir da predisposição para um encontro entre diferentes pontos de vista (diferentes consciências), o que pode levar, criativamente, à transformação da realidade”.

²⁰¹ Esclarece Hilton Ferreira Japiassu, in *Interdisciplinaridade e patologia do saber*, ob. cit., 1976, p. 72, que “corresponde a uma evolução dos tempos atuais, resultante de um caminho irreversível, vindo preencher os vazios deixados pelo saber proveniente das áreas de especialidade do conhecimento, constitui importante instrumento de reorganização do meio científico, a partir da construção de um saber que toma por empréstimo os saberes de outras disciplinas, integrando-os num conhecimento de um nível hierarquicamente superior desencadeando uma transformação institucional mais adequada ao bem da sociedade e do homem”.

resposta mais completa e efetiva²⁰². Tem a sua razão de ser na busca de uma grande teoria, uma nova etapa do desenvolvimento da ciência, caracterizada por uma reunificação do saber em um modelo aplicável a todos os âmbitos atuais do conhecimento. A necessidade de interdisciplinaridade para produzir conhecimentos é ditada pela própria dinâmica social, por seu cunho dialético.

A interdisciplinaridade não pode ser entendida apenas como a utilização da psicologia nos conflitos familiares²⁰³, interpretação limitadora e incompleta de algo muito maior, um fenômeno que deve ser entendido na sua inteireza. A produção do conhecimento deve ser interdisciplinar, originária de uma atitude construída na observação e cooperação de diversos saberes. Para tanto, é preciso despertar, no operador do direito, uma nova manifestação de inteligência, que não afasta a especialização, mas agrega uma propedêutica interdisciplinar²⁰⁴.

Trabalhar a interdisciplinaridade não significa negar as especialidades e objetividade de cada ciência. Trata-se de uma condição necessária para detectar as áreas em que seja possível estabelecer conexões, ou seja, o território de cada campo do conhecimento deve ser respeitado, bem como distintos devem ser os pontos que unem e que diferenciam as disciplinas. Todavia, essa exigência impõe a cada especialista que

²⁰² Segundo Águida Arruda Barbosa, in *Construção dos fundamentos teóricos e práticos do código de família brasileiro*, Tese de doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007, p. 60, “como o Judiciário não está aparelhado para enfrentar o litígio sob o enfoque interdisciplinar – um conhecimento que amplia as disciplinas em sua extrema especialidade, paradigma da pós-modernidade – a demanda judicial pode contribuir negativamente, tornando o conflito crônico, pois este fica entregue à vontade da lei externa, e não à lei interna de constituição psíquica. (...) Configuram grande desvio de objetivo as ações judiciais que visam obter guarda de filhos, regulamentação de visita e pensão, sem investigar a origem do conflito nos papéis e funções conjugais. (...) As questões inadequadamente enfrentadas pelos pais destes filhos, afinal, trata-se da essência da organização do princípio da aliança e da parentalidade, conforme já exaltado”.

²⁰³ Para Águida Arruda Barbosa, in *Construção dos fundamentos teóricos e práticos do código de família brasileiro*, ob. cit., p. 108, “entre os profissionais das ciências jurídicas, há um conceito equivocado de interdisciplinaridade. A idéia é que um atendimento interdisciplinar deve ser feito por, no mínimo, dois profissionais de diferentes áreas do saber. No caso dos conflitos de Direitos de Família, a ideia de excelência interdisciplinar – repita-se, equivocada – é que os sujeitos do conflito sejam atendidos, simultaneamente, por um advogado e por um psicólogo”.

²⁰⁴ Cf. Lídia de Almeida Prado, in *O juiz e a emoção*, ob. cit., 2003, p. 03, “a interdisciplinaridade amplia a potencialidade do conhecimento humano, pela articulação entre as disciplinas e o estabelecimento de um diálogo entre os mesmos, visando à construção de uma conduta epistemológica. (...) A interdisciplinaridade é considerada como a mais recente tendência da teoria do conhecimento, decorrência obrigatória da modernidade por se tratar de um saber oriundo da predisposição para um “encontro” entre diferentes pontos de vista (diferentes consciências), o que pode levar, criativamente, à transformação da realidade”.

transcenda sua própria especialidade para captar contribuições possíveis de outras disciplinas.

A interdisciplinaridade deve ser vista como a integração entre várias disciplinas e campos de conhecimento, a fim de romper com a visão unitária. É claro que essa tarefa requer grande esforço dos operadores do direito, uma vez que a sua constituição só será possível com a ruptura de uma série de obstáculos ligados à racionalidade positivista. Nesse sentido, interessante seria ampliar os institutos partindo da compreensão da dinâmica humana com aporte de ciências como a psicanálise, a psicologia, a sociologia, a antropologia, a biologia, a medicina, a filosofia, entre outras. Isso favoreceria a pluralidade de fontes e a comunicação qualificada entre as ciências. A interdisciplinaridade envolve a complexidade que leva ao pensamento sistêmico, pois uma área enriquece o conhecimento da outra e o resultado é a construção de um saber mais completo e menos fragmentado, com conexões mais evidentes pela discussão, numa abordagem que privilegia vários pontos de vista.

Com a institucionalização dos meios consensuais voltados à resolução de conflitos, os operadores do direito devem ter uma formação interdisciplinar²⁰⁵, abandonando a redução da realidade a um só nível, regido pela lógica jurídica, para entender melhor o conflito e adequar de forma mais efetiva as possíveis resoluções. Somente o conhecimento interdisciplinar, que abandone a análise exclusivamente tecnicista do ordenamento jurídico vigente, pode permitir a compreensão do conflito como fenômeno jurídico, mas contextualizado em suas múltiplas particularidades.

A institucionalização de meios consensuais para o tratamento de conflitos apresenta essa perspectiva mais ampliada e põe as ciências humanas a serviço do acesso à ordem jurídica justa, levando à complementaridade da resolução e à possibilidade de uma prática social própria. Importa lembrar que ao Judiciário chegam todos os conflitos da sociedade, muitos dos quais indiretamente decorrentes de demandas complexas que

²⁰⁵ Segundo Edgar Morin, in *Educação e Complexidade: os setes saberes e outros ensaios*, Tradução de Maria da Conceição de Xavier Almeida e Edgard de Assis Carvalho, São Paulo, Cortez, 2002, p.13, são conceitos diferentes. A multidisciplinaridade pressupõe que várias disciplinas podem ser reunidas, contudo podem não partilhar qualquer tipo de relação sobre esse objeto. Na interdisciplinaridade, dois ou mais campos do saber estão reunidos e voltados para a análise e verificação do mesmo objeto de estudo. Já a transdisciplinaridade é mais ampla, porque se preocupa com a interação contínua e ininterrupta de todas as disciplinas num momento e lugar.

interligam temas como educação, saúde, habitação, lazer, segurança e tantos outros. Nesses casos, a resolução do conflito de forma singularizada não logra ir além de mero paliativo. Com isso, mais efetivo que um tratamento interdisciplinar singularizado do conflito seria o envolvimento de áreas, capazes de somar forças na busca por resoluções em macroperspectiva.

As teorias aqui destacadas permitem uma visão mais abrangente acerca da realidade, contribuindo para entender a experiência humana e pensar formas de resolução do conflito, em que a conciliação seja vista apenas como meio de resolução possível. Uma sociedade tão plural quanto complexa requer instrumentos plurais, condizentes com as relações intersubjetivas. Dessa maneira, cumpre reconhecer o valor da interdisciplinaridade, não apenas como forma de tratamento individual de conflitos, mas como forma de melhor compreender a condição humana e dar respostas efetivas aos vários conflitos existentes.

Não resta dúvida de que é por um conjunto de ações que se efetivará a verdadeira cultura da pacificação, suplantando a cultura do litígio. Todavia, nesse intento, será necessário pensar as bases da prestação jurisdicional voltadas a um tratamento interdisciplinar do conflito, bem como uma nova formação dos profissionais do direito, aprimorando os diálogos da ciência jurídica com outras ciências e refinando as práticas decorrentes dessa interação.

2.1.3. SISTEMAS E COMUNICAÇÃO

A teoria da comunicação é relevante pela sua grande contribuição ao objeto desta tese. O amplo conhecimento do conflito permite melhor encaminhar uma resolução efetiva e uma boa forma de chegar a tanto é justamente a partir da comunicação²⁰⁶.

²⁰⁶ Para Antônio Rodrigues de Freitas Jr., “Conflitos de Justiça e limites da mediação para a difusão da cultura da paz”, in *As grandes transformações do processo civil brasileiro – Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*, Coordenação de Carlos Alberto de Salles, São Paulo, Quartier Latin, 2009, p. 513, “é fora de dúvida a imensa contribuição que os conhecimentos, adquiridos em teoria de comunicação e nos chamados estudos da linguagem, podem oferecer para o enriquecimento e a sofisticação das técnicas de mediação”. Entretanto, atribui à hermenêutica grande auxílio ao desenvolvimento dos meios consensuais: “A contribuição do argumento de Gadamer reside, essencialmente, em chamar a atenção para a hermenêutica enquanto estatuto do conhecimento pela palavra, numa atmosfera de intercâmbio subjetivo capaz de otimizar as potencialidades de interpretação enquanto exercício de aproximação do homem com os escassos limites de sua finitude. É precisamente nesse ponto em que, como advogo, a hermenêutica

Antes, porém, cumpre fazer algumas considerações sobre a teoria geral de sistemas preconizada por Karl Ludwig von Bertalanffy²⁰⁷, biólogo alemão que desenvolveu conceitos abstratos de ampla aplicação. Segundo ele, indivíduos ou organizações são passíveis de aplicações tais como nos demais sistemas orgânicos vivos, postulado que provocou o alastramento das premissas dessa teoria às ciências sociais. Suas principais considerações referem-se à unicidade, ou seja, qualquer organização deve ser avaliada como um todo e não somente por departamentos ou setores.

Acresça-se ainda que os sistemas vivos – sejam indivíduos ou organizações – devem ser encarados como “sistemas abertos”, porque mantêm contínua troca de matéria, energia e informação com o ambiente. Em um sistema aberto, todas as partes atuam em dinâmica interativa, de forma autônoma e, ao mesmo tempo, interdependente. Nesse sentido, a harmonia na conexão se deve à comunicação e certamente a compreensão fracionada de um fenômeno prejudicará a compreensão do todo.

Os sistemas abertos são caracterizados pela interação dos seus integrantes com o meio e dificilmente apresentam subsistemas estáveis. Essa visão permite entender o conflito não como ameaça, mas como fator vital de sistemas dinâmicos. Por essa perspectiva, o conflito é visto como fator da evolução humana e sua solução está mais relacionada a uma adequada transformação do que à sua dissolução.

Todo sistema tem certa autonomia para se auto-regular a partir da interação com o meio. Preponderam nessa teoria as relações que um dado sistema estabelece pela interação de seus elementos constitutivos e a sua organização. Há uma ordem interna gerada a partir da influência mútua dos seus próprios elementos por uma interação circular e recursiva, o que explica por que as relações não podem ser compreendidas de forma isolada.

O desenvolvimento da teoria de Bertalanffy remete à teoria da comunicação e atua como precedente necessário na engenharia de sistemas. Ao se estabelecer como metaciência, a teoria de Bertalanffy propõe o desenvolvimento de metamodelos válidos

pode constituir a ferramenta metodológica e o fundamento teórico nuclear dos saberes direcionados ao desenvolvimento da mediação”.

²⁰⁷ Cf. Karl Ludwig Von Bertalanffy, *Teoria Geral dos Sistemas*, tradução de Francisco M. Guimarães, São Paulo, Vozes, 1975.

para os sistemas em geral, como uma ciência da totalidade ou uma disciplina lógico-matemática, aplicável a todas as ciências que tratam organizações e relações complexas.

Essa construção conceitual foi amplamente difundida, passando a ser utilizada pioneiramente na sociologia por Niklas Luhmann²⁰⁸, que estabelece a observação de determinado objeto a partir da interação de seus elementos, admitindo uma construção científica embasada nas relações existentes, sobretudo entre os elementos e as funções exercidas no todo comunicativo dos sistemas²⁰⁹.

Todas essas noções incrementaram a teoria da comunicação, que apresenta vários axiomas. Em apertadíssima síntese, é possível destacar as seguintes: a) todo comportamento é uma forma de comunicação; b) toda comunicação tem, além do significado das palavras, mais informações que, se nem sempre objetivas, ainda assim consistem uma forma de expressão do comunicador; c) o estabelecimento da comunicação se dá de forma diferente para o emissor e o receptor; d) cumpre observar como tudo é dito, razão por que a linguagem corporal, a gestão dos silêncios, as onomatopeias, são de enorme importância; e) o intercâmbio da comunicação é simétrico, segundo seja uma relação de igualdade ou de diferença²¹⁰.

Esses conceitos imprimem maior clareza na emissão ou decodificação de mensagens, cujas peças fundamentais são a linguagem e a hermenêutica, de suma importância para construir os caminhos que levam a soluções, principalmente em conflitos intersubjetivos e estruturas organizacionais. A comunicação nas inter-relações reflete os mecanismos de pensamento envolvidos nos processos de emissão e recepção dos estímulos e encontra-se associada às construções mentais advindas da experiência, dos conceitos e valores dos envolvidos²¹¹.

²⁰⁸ Cf. Niklas Luhmann, "Positive Law and Ideology" in *The differentiation of the society*, New York, Columbia University Press, 1980.

²⁰⁹ Esta matriz conceitual encontra respaldo ainda na concepção cognitivista de Humberto Maturana e Francisco Varela, com base na epistemologia do construtivismo radical e nos estudos de identidade como resultante de processos relacionais e consequentemente pela construção de sentido, in *A árvore do conhecimento: as bases biológicas do entendimento humano*, Campinas, Editorial Psy, 1995.

²¹⁰ Segundo Paul Watzlawick, Janet Helmick Beavin e Don D. Jackson, in *Pragmática da comunicação humana: um estudo dos padrões, patologias e paradoxos da interação*, tradução de Álvaro Cabral, 13ª ed., São Paulo, Cultrix, 2002.

²¹¹ Cf. Lia Regina Castaldi Sampaio e Adolfo Braga Neto, *O que é mediação de conflitos?*, São Paulo, Brasiliense, 2007, p. 29.

Com base nessas formas, a comunicação pode trazer uma mudança de primeira ou segunda ordem. Na primeira, a mudança é de acomodação, proporcionando nova arrumação do conflito. Na segunda, há uma transformação do conflito, por seu caráter mais profundo e tratamento mais abrangente de percepção.

Com relação às políticas de Justiça, essa diferenciação é extremamente relevante. Enquanto as mudanças de primeira ordem estão associadas à produtividade, celeridade e escoamento dos conflitos judicializados, as mudanças de segunda ordem alteram de forma basilar a relação intersubjetiva, modificando-a e proporcionando uma verdadeira redução da litigiosidade, não só pelo encerramento do processo, mas pela adequada transformação da controvérsia²¹².

Deve então o Poder Judiciário enfrentar este desafio ao incorporar os meios consensuais: permitir a correta utilização das técnicas, a partir da teoria da comunicação, gerando a comunicação necessária à resolução específica do conflito²¹³. Nesse sentido, é preciso ressaltar que, enquanto para alguns basta uma mudança de primeira ordem, para outros só haverá resolução após uma intervenção mais profunda, gerando mudanças de segunda ordem. Destarte, se o meio consensual for aplicado incorretamente, pela comunicação de acomodação àquele conflito mais complexo, não haverá como solucioná-lo e, certamente, sua litigiosidade desdobrar-se-á em outras tantas demandas.

Os efeitos da aplicação errônea da comunicação no Poder Judiciário podem ser calamitosos. Frise-se, a propósito, que a comunicação de segunda ordem é mais profunda e pressupõe maior complexidade do conflito, que deve ter tratamento mais apurado pela aplicação de técnicas diferenciadas e pertinentes, próprias para tanto²¹⁴.

²¹² Corroborando esta posição, v. Célia Regina Zapparolli, “Políticas públicas de Justiça e a mediação de conflitos intra-familiares em contextos de crimes processados pelas Leis 9.099/1995 e 11.340/2006”, in *As grandes transformações do processo civil brasileiro – Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*, coordenação de Carlos Alberto de Salles, São Paulo, Quatier Latin, 2009, p. 544. A autora menciona que as mudanças de primeira ordem são as de acomodação, podendo encarregar-se da disputa e contenção de seus efeitos, entretanto a estrutura permanecerá inalterada.

²¹³ Destacando a comunicação nos meios consensuais, John W. Cooley, in *A advocacia na mediação*, tradução de René Loncan, Brasília, Universidade de Brasília, 2001, p. 180, enfatiza que “A comunicação consiste em quatro elementos componentes: a transmissão verbal de informações (falar); a transmissão não-verbal de informações (o uso de linguagem corporal); o recebimento e a interpretação de informações verbais (ouvir); o recebimento e a interpretação de informações não-verbais (o processamento de linguagem corporal percebida)”.

²¹⁴ Célia Regina Zapparolli, “Instrumentos não adjudicatórios de gestão de demandas, conflitos, disputas, problemas e crises nos sistemas: especificidades e aplicabilidade”, in *Direito Individual do Trabalho*,

Apesar desses riscos, os meios consensuais integram uma ação comunicativa que permite a autocompreensão e autorreflexão, favorecendo que os participantes tomem consciência dos seus atos e das suas opções, com a busca de maior harmonia social. Nesse sentido, cumpre mencionar a teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas²¹⁵.

A linguagem, no entendimento desse autor, permite que as pessoas encontrem um denominador comum integrando perspectivas filosóficas, sociológicas e psicológicas, possibilitando a unidade na interdisciplinaridade. A interação por meio da comunicação permite o entendimento entre os membros da sociedade, sendo a argumentação entre os indivíduos o meio utilizado para construir esse entendimento, ou seja, é por meio da argumentação racional e da linguagem que os indivíduos procuram convencer uns aos outros das verdades de suas afirmações e declarações.

Vale destacar ainda que a comunicação e a emoção encontram-se intrinsecamente interligadas, o que se vê mais claramente em alguns conflitos específicos. A emoção restringe ou amplia a intenção do comunicador e a compreensão do receptor, por isso, quando existe um conflito, latente ou manifesto, o fluxo natural da comunicação, em regra, é interrompido ou prejudicado. Tal fato acarreta falhas no diálogo, levando a interpretações equivocadas ou exteriorizações distorcidas, que geram mais conflitos²¹⁶.

Organização de Candy Florencio Thome e Rodrigo Garcia Schwarz, São Paulo, Campus, 2011, p. 39, destaca a relevância das mudanças de segunda ordem, afirmando que “Nessa linha de pensamento para que um conflito seja administrado em patamares mais definitivos, é necessário que haja a reorganização do sistema: recontextualizando, modificando-se o padrão comunicativo e relacional entre os envolvidos, o que dificilmente um processo judicial dará conta, por delimitar-se na lide (pedido, parte recortada do conflito sociológico mais amplo). Uma das grandes dificuldades no trabalho em situações concretas que impliquem em contraposição de posições e interesses é a invasão de emoções e sentimentos que tendem a “capturar” os indivíduos, afastando-os do foco e da objetividade, podendo levar à escalada para patamares de violência e, até ao crime, enredando não só os envolvidos, mas todos os presentes”.

²¹⁵ A teoria da ação comunicativa foi desenvolvida em 1981 por Jürgen Habermas em duas obras, *Theorie des kommunikativen handelns Band I- Handlungsrationaltat und gesellschaftliche rationalisierung; Band; II – Zur kritik der funktionalistischen vernunft*, 1981, Suhrkamp Verlag, Frankfurt. Foram consultadas para esta pesquisa as versões espanholas: Teoria de la acción comunicativa I – Racionalidad de la acción y racionalización social; II – Crítica de La razón funcionalista, 4ª Ed., Tradução de Manuel Jiménez Redondo, Madri, Taurus Humanidades, 1987.

²¹⁶ Nesse sentido, Morton Deutsch, “A resolução do conflito: processos e destrutivos”, ob. cit., 2004, p. 39, menciona que “Conflito falso é a ocorrência do conflito quando não há base para ele. Este conflito sempre indica má-percepção ou má-compreensão. Dada a notória inexatidão na percepção realizada pelos indivíduos, grupos ou nações, não é improvável que tais conflitos sejam frequentes. Um conflito pode, logicamente, iniciar-se como falso mas eliciar novos motivos e comportamentos que o transformem em verdadeiro. Uma transformação como essa é mais provável de ocorrer em uma atmosfera de competitividade e suspeição do que em uma de cooperação e confiança”.

A análise dessa teoria ratifica a finalidade dos meios consensuais, pois haver espaços públicos que favoreçam a comunicação garante a discussão sobre a legitimidade das normas positivas quando aplicadas ao caso concreto, pela argumentação da sua justeza, de acordo com as pessoas que sofreram seus efeitos²¹⁷. Segundo a teoria da ação comunicativa, a participação das pessoas nas decisões, o diálogo e a comunicação produzem benefícios não só pelo procedimento discursivo (ética discursiva), mas pela inclusão social. Os indivíduos que não tinham voz passam a discutir problemas e decidir juntamente com outros indivíduos, fortalecendo indiretamente a sociedade civil.

A teoria da ação comunicativa estabelece a interação dos membros da sociedade por meio da linguagem e da comunicação, de maneira a despertar os indivíduos para as suas responsabilidades como membros dessa sociedade²¹⁸.

Se a intenção dos meios consensuais é permitir que as próprias partes superem o conflito, buscando saídas integrativas e transformando o impasse numa oportunidade de crescimento, é preciso reconhecer que tal intento só será possível pela análise estrutural das relações em que os conflitos se encontram, bem como pela identificação de possíveis alterações. Advirta-se que as modificações – sejam de primeira ou segunda ordem – devem ser ditadas pelos próprios conflitos, de acordo com as necessidades específicas de acomodação ou de transformação, conforme as relações intersubjetivas. As técnicas intervencionistas devem ser aplicadas de maneira afinada com as características dos conflitos, considerando ademais as partes envolvidas.

Outrossim, a comunicação e suas respectivas teorias têm grande relevância nas relações intersubjetivas, sendo fundamental utilizá-las na resolução de conflitos, com grande

²¹⁷ Comprovando que a mediação, como meio consensual, reflete a teoria da ação comunicativa desenvolvida por Jürgen Habermas, encontrando nela sua fundamentação, v. Lília Maia de Moraes Salles, *in Justiça e mediação de conflitos*, ob. cit., 2004. Segundo a autora, ob. cit., p. 177, “a aceitação da norma pela sociedade é dependente de um processo argumentativo do qual participem todos aqueles tocados pelos efeitos dessa norma. Esse processo argumentativo é dialógico, racional e democrático, devendo ser considerado todos os argumentos sobre a justeza dessa norma. Todos os efeitos produzidos pela norma são ponderados para que se estabeleça a sua aceitação ou não pela sociedade. A validação de uma norma ou sistema normativo é assegurada pela razão comunicativa, pela razão comunicativa, pela motivação dos envolvidos em alcançar um entendimento solidário, e para a competência argumentativa dos indivíduos”.

²¹⁸ Cf. Lília Maia de Moraes Salles, *in Justiça e mediação de conflitos*, ob. cit., 2004, p. 174.

destaque para as mudanças decorrentes de uma aplicação em processos cooperativos ou competitivos de solução de conflitos²¹⁹.

A compreensão desses elementos é essencial: tanto o entendimento sobre os sistemas, que servem de parâmetros para a apreensão da teia de relações que cercam o conflito quanto a comunicação e suas diversas teorias, elementos fundamentais que são dos meios consensuais, constituem fatores imprescindíveis para o entendimento do conflito²²⁰ e da sua respectiva resolução por uma mudança de paradigma voltada à construção do consenso.

2.1.4. ANALISANDO ESTRATÉGIAS: A TEORIA DOS JOGOS

A teoria dos jogos oferece subsídios teóricos da matemática para compreender as estratégias comportamentais²²¹. Nesse sentido, Neumann e Morgenstern apresentam a teoria dos jogos de forma a aplicá-la em qualquer interação social em que os indivíduos tenham alguma compreensão de como o resultado afeta o participante não apenas pela sua própria ação, mas também pelas ações dos outros indivíduos. A teoria dos jogos é, portanto, uma forma de analisar estratégias comportamentais, de acordo com as especificações de determinada situação.

Nesse sentido, os *jogos* equivalem a descrições de uma situação, na qual as pessoas agem dentro de determinadas regras preestabelecidas com a finalidade de optarem pela melhor ação, considerando as decisões das outras pessoas envolvidas e pressupondo que cada participante atuará com racionalidade instrumental e/ou estratégica. Pela

²¹⁹ Analisando a comunicação em processos cooperativos em contraposição a processos competitivos, Morton Deutsch, “A resolução do conflito: processos e destrutivos”, ob. cit., 2004, p. 50, afirma que “a) Um processo cooperativo é caracterizado por uma comunicação aberta e honesta de informações relevantes entre os participantes. Cada um é interessado em informar e ser informado pelo outro. b) Um processo competitivo é caracterizado tanto pela escassez de comunicação como pela comunicação desencaminhada. Isso também dá ensejo à espionagem ou outras técnicas de se obter informação sobre o outro que este não pretenda comunicar. Somado à obtenção de tal informação, cada parte está interessada em prover informações erradas ou desanimadoras para a outra”.

²²⁰ Para Lia Regina Castaldi Sampaio e Adolfo Braga Neto, *O que é mediação de conflitos?*, ob. cit., 2007, p. 29, a comunicação é elemento fundamental para o estudo do conflito.

²²¹ John Von Neumann é considerado o pai da teoria dos jogos. Apesar dos seus diversos relatos sobre o tema desde 1928, foi apenas em 1944 que publicou, juntamente com Oskar Morgenstern, sua maior obra: *Theory of games and economic behavior*, Princeton, Princeton University Press, trazendo problemas típicos do comportamento econômico a partir da análise dos jogos de estratégia, além de apresentar diversos conceitos, como utilidade, jogos de soma zero e não-zero, *minimax*, entre outros.

formalização matemática, considera-se *jogo* uma situação em que determinados indivíduos, a partir das suas finitas opções, faz escolhas com base nas suas possibilidades e nas opções com que contam os adversários.

Neumann desenvolveu a teoria dos jogos baseado no modelo competitivo, voltado à compreensão dos jogos de soma zero, considerando que cada jogador buscará para si a melhor opção e, com isso, os melhores jogadores ganharão mais, numa espécie de seleção natural dos melhores competidores. Ao buscar a melhor opção para si, o jogador terminará levando seu adversário à derrota, embasado em ações de colisão.

Contudo, esse estudo foi incrementado por uma mudança de paradigma. Tal intento foi realizado por John Forbes Nash Jr.²²², aluno de Neumann em Princeton, que também se dedicou a análise da teoria dos jogos, sem partir porém da noção de competição, mas preferindo recorrer a uma base colaborativa, afastando os ganhos individuais como opções de jogo. Com isso, rompeu-se o padrão que era pressuposto da teoria de Neumann.

A partir dessa nova fundamentação, Nash desenvolveu a premissa de que, para ganhar, não é preciso derrotar o adversário e que as soluções colaborativas podem maximizar os ganhos para além daqueles individuais. Essa compreensão permitiu consolidar a teoria dos jogos como a análise matemática de situações que envolvem conflitos de interesse, com base nas opções existentes e ponderando as condições verificadas²²³. Segundo o

²²² Nos seus primeiros estudos, John Forbes Nash Jr. analisou a existência de um equilíbrio de estratégias mistas para jogos não-cooperativos, sugerindo uma abordagem colaborativa, conforme se observa em “Equilibrium Points in n-Person Games”, *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, Volume 36, Issue 1, 1950 e *Non-cooperative Games*, PhD, Princeton University Press, 1950, disponível em <http://www.princeton.edu/mudd/news/faq/topics/Non-Cooperative_Games_Nash.pdf>, acessado em 23.06.2011. Já nos artigos “The Bargaining Problem”, in *Econometrica – Journal of the econometric society*, vol. 18, Maryland, 1950, pp. 155-162, disponível em <<http://www.sonoma.edu/users/e/eyler/426/nash1.pdf>>, acessado em 25.06.2011 e “Two-person Cooperative Games”, in *Econometrica – Journal of the econometric society*, vol. 21, Maryland, 1953, pp. 128-140, disponível em <http://www.socio.ethz.ch/publications/spieltheorie/klassiker/Nash_Two-Person_Cooperative_Games.pdf>, acessado em 30.06.2011, ele aprimorou essas técnicas e desenvolveu conceitos relacionados às lógicas de barganha. Em 1994, Nash recebeu o prêmio Nobel por suas contribuições à teoria dos jogos.

²²³ O chamado “Dilema do Prisioneiro” foi apresentado pela primeira vez na Universidade de Princeton em 1950, como exemplo da teoria dos jogos e consiste na análise das melhores opções, a partir do seguinte caso: a polícia prende dois indivíduos suspeitos de cometerem um crime e os coloca em duas celas separadas, sem possibilidade de comunicação entre eles. O detetive suspeita que um deles cometeu também um segundo crime mais grave e faz uma proposta: quem denunciar o outro e colaborar com a investigação, ficará livre, enquanto o outro pegará cinco anos de pena. Contudo, se os dois se acusarem mutuamente, os dois pegam três anos, mas se os dois ficarem calados, eles só serão acusados do

equilíbrio de Nash, cada jogador não terá incentivo de mudar sua estratégia, se os demais jogadores não o fizerem também²²⁴.

Uma característica do jogo de soma zero é que nenhum jogador agrega valor algum de utilidade para si quando colabora com o outro. O objetivo de cada jogador é fundamental para definir a sua estratégia e é por isso visto como a “utilidade”. Esse conceito refere-se à satisfação da parte, sua preferência. Uma eventual cooperação funcionaria como sabotagem, já que não é possível haver dois vencedores. Isso torna os jogos de soma zero estritamente competitivos, visto que, para um jogador ganhar, seu oponente necessariamente precisa perder. Os jogadores só podem ser compreendidos ocupando lados opostos e antagônicos, ficando afastada qualquer possibilidade de ato colaborativo. O resultado do jogo será igual a zero, porque um ganha justamente o que o outro perdeu²²⁵.

Já os jogos de soma não zero caracterizam-se pela cooperação e pela comunicação, pois a troca de informações pode ajudar a auferir ganhos mútuos. Nesses jogos, quando um jogador ganha, não necessariamente o outro perde, podendo até mesmo ganharem ambos, o que constitui motivação a mais para que os jogadores trabalhem juntos na tentativa de ganhar. São jogos de soma variável, infensos à padronização dos ganhos, nos quais a cooperação entre os jogadores e os interesses envolvidos podem ser bastante variáveis²²⁶.

primeiro crime e pegam um ano de cadeia cada um. Situações como esta motivaram o desenvolvimento da teoria que pode ser aplicada aos mais diversos campos das ciências sociais e econômicas. Para aprofundar o estudo do dilema supracitado, v. William Poundstone, in *Prisoner's dilemma – John Von Neumann, game theory and the puzzle of the bomb*, New York, Doubleday, 1992.

²²⁴ Para Célia de Andrade Lessa, “Racionalidade estratégica e instituições”, in *Revista brasileira de ciências sociais*, vol. 13, n. 37, São Paulo, jun 1998, disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-69091998000200008&script=sci_arttext#home>, acessado em 30.06.2011, “O equilíbrio de Nash caracteriza-se como o perfil de estratégias que representam a melhor resposta ao que os agentes consideram como *certo* que os outros que com eles interagem irão fazer; em particular eles consideram que agentes racionais não jogarão estratégias dominadas. Esta crença encontra respaldo na ideia de racionalidade dos agentes, que indica o comportamento maximizador de utilidade como o comportamento racional, bem como na ideia de conhecimento comum desta condição, vale dizer, os agentes numa interação estratégica sabem que são racionais, sabem que isto é conhecido, e assim por diante, o número de rodadas requerido correspondendo ao número de eliminações de estratégias dominadas possível no jogo”.

²²⁵ Sobre a análise dos jogos de soma zero por uma visão social, v. Raul Marinho, *Prática na Teoria: Aplicação da Teoria dos Jogos e da Evolução aos Negócios*, São Paulo, Saraiva, 2005.

²²⁶ Cf. Ronaldo Fiani, in *Teoria dos Jogos – Com Aplicação em Economia, Administração e Ciências Sociais*, 2ª Ed., São Paulo, Campus, 2006.

Nos jogos que tenham por base a cooperação, é benéfica a comunicação entre os jogadores, sobretudo antes de decidirem suas estratégias. Todavia, tal benefício deve ser visto com reservas, porque também é oportunidade para ameaças e blefes, que podem impedir ou prejudicar bons resultados. Como os jogadores têm interesses em comum, é possível estabelecer compromissos prévios, garantindo uma boa e eficaz comunicação. Já nos jogos não cooperativos, em regra, não há comunicação prévia. Vale frisar que esse é um elemento importante: saber se os jogadores têm conhecimento das decisões dos outros jogadores, antes de definirem seu posicionamento, pois o conhecimento da estratégia do outro jogador pode ser fundamental na análise da interação estratégica.

Os jogos podem contar com uma informação perfeita ou imperfeita. Nos jogos de informação perfeita, os jogadores conhecem a história do jogo antes mesmo de tomar decisões e sabem previamente os movimentos que serão feitos por seu oponente, conhecendo suas motivações e informações. Nesse caso, não há informação privilegiada. Nos jogos de informação imperfeita, os jogadores não conhecem a estratégia de seu oponente, não sabem que caminhos vão tomar.

Esses conceitos não se confundem com as informações relacionadas ao próprio jogo, estritamente. Nesse caso, os jogos são chamados de informação completa ou incompleta. No primeiro, os jogadores têm previamente todas as informações sobre o jogo, isto é, a quantidade de jogadores, a posição que cada jogador vai ocupar em cada momento, as regras de atuação, ações possíveis. Os jogos de informação completa não se confundem com os de informação perfeita. Já os jogos de informação incompleta são aqueles em que o jogador desconhece pelo menos um dos elementos do jogo, que deixa de ser informação comum entre eles, caracterizando um jogo assimétrico.

Os jogos de soma zero com informação perfeita permitem verificar de um intervalo entre o mínimo e o máximo de vantagem a ser aferida. Esse é o princípio *minimax*, que se refere à constatação dos ganhos mínimos e máximos do jogo. Isso pode favorecer a investigação das melhores estratégias, além de trazer nivelação às partes, pois ambos podem igualmente realizar essa investigação.

O princípio do equilíbrio, desenvolvido por Nash, pode ser conceituado como a combinação de estratégias que os jogadores preferencialmente devem escolher,

considerando que nenhum jogador faria melhor se escolhesse outra alternativa, dada a estratégia geral. Isso significa que a estratégia de cada jogador deve ser a melhor resposta às estratégias dos outros e que o emprego desse conceito enseja elevar os resultados gerais, que serão consideravelmente melhores. A utilidade geral será superior por esse conceito, favorecendo a mudança do jogo de não cooperativo de soma zero para cooperativo de soma não zero.

Analizando essas teorias, verifica-se que a resolução do conflito pela sentença proferida no processo judicial caracteriza um jogo não cooperativo e de soma zero²²⁷. Em regra, a estabilização da demanda impede que novos pedidos aptos a agregar algum valor ao desfecho do conflito sejam formulados para ampliar a discussão e permitir a mudança do jogo. A discussão é fixada pela petição inicial e pela contestação. Vale acrescentar ainda que, apesar de ser um jogo de soma zero, não é possível, em regra, estabelecer um ponto mínimo e máximo relacionando as perdas e ganhos prováveis, pela imprevisibilidade das decisões judiciais. A verificação do ordenamento jurídico pode indicar algumas possíveis decisões judiciais, mas não se compara ao estabelecimento prévio determinado pelo *minimax*, que está ligado a algo mais objetivo. No sistema brasileiro, a decisão do caso pelo juiz apresenta grande imprevisibilidade para as partes envolvidas, seja pela elasticidade de um ordenamento jurídico tão vasto e plural, seja pela produção probatória, que nem sempre traduz a verdade material.

A impossibilidade de encontrar no Poder Judiciário, pela adjudicação tradicional, algum equilíbrio na ponderação de interesses, conforme os conceitos desenvolvidos por Nash, é fator que gera grande insatisfação na sociedade civil. De fato, se os pontos de equilíbrio garantem de certo modo a possibilidade de cada parte conseguir assegurar o melhor e o pior resultado possível, tendo em vista as opções disponíveis à outra parte, por outro lado, o processo judicial assegura que para apenas uma das duas partes a

²²⁷ Cf. Fábio Portela Lopes de Almeida, “A teoria dos jogos: uma fundamentação teórica dos métodos de resolução de disputa”, in *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*, vol. 2, Organizador André Gomma de Azevedo, Brasília, Grupos de pesquisa, 2003, p. 190, “Apesar de ser um jogo de soma zero, o processo judicial não tem, necessariamente, um ponto *minimax*, em que ambos os adversários conseguem assegurar uma utilidade mínima. Tal ocorre porque, embora sendo considerado um jogo, no processo judicial quem decide é um terceiro, o juiz, e não as partes. Além disso, o juiz não poderá decidir a lide de modo que os interesses das partes sejam ressalvados porque julgará de acordo com o direito e não com os interesses. A decisão fundamentada em regras normativas normalmente não permite a composição da lide em termos de interesses, mas tão somente em termos de direito e, sendo assim, para cada ponto controvertido, uma das duas partes necessariamente será vitoriosa e a outra, derrotada”.

utilidade será garantida. É possível ainda que ambas as partes saiam insatisfeitas, porque a parte vencedora talvez tenha de arcar com inúmeros prejuízos decorrentes da demora da prestação jurisdicional, que a impediu de ter o bem da vida em tempo razoável.

Ademais, ao considerar o Judiciário apenas o direito e não o interesse das partes pode gerar uma insatisfação pelo julgamento, que não atenderá adequadamente ao caso. Pode ainda o processo judicial ser considerado de informação completa e imperfeita, pois as partes conhecem previamente as regras do jogo, pela existência do devido processo legal e têm conhecimento das ações possíveis dos outros adversários. Entretanto, não tem conhecimento das provas nem das estratégias a ser adotadas pelo adversário, favorecendo ameaças e blefes que instigam a competitividade desse jogo não colaborativo.

A publicidade e a motivação das decisões são informações que dão conhecimento do jogo em si, mas não atingem as ações da parte adversa. Ao juiz é dada a possibilidade de interferir na assimetria de informações, já que se lhe reconhece a possibilidade de interferir na produção probatória. Tal fato, contudo, pouco se verifica concretamente pouco verificado na esfera civil.

Já sobre os meios consensuais, é preciso destacar que são jogos cooperativos. A adesão é fundamental para a submissão do conflito à resolução consensuada e esse é exatamente o primeiro passo cooperativo a ser dado pelas partes. Se uma parte deixar o meio consensual, nada poderá ser feito pela outra parte. Não há compulsoriedade, o que instiga a colaboração entre as partes e, neste ponto, o terceiro facilitador desempenha o papel extremamente relevante de motivar as partes nessa direção, enaltecendo a necessidade de ambos aderirem à construção do consenso. Por ser um jogo de soma não zero, podem as partes trabalhar na busca de opções de ganhos mútuos, mesmo que o impasse, num primeiro momento, apresente-se de soma zero.

Some-se a isso que trazerem as partes seus verdadeiros interesses aumenta muito a possibilidade de sucesso do jogo colaborativo, pela ampliação do leque de opções e matérias a discutir. Estabelecer-se um relacionamento entre as partes pode ajudar ainda

mais a considerar ganhos mútuos e inserir outros elementos no debate. As partes deixam de ser adversárias para tornar-se colaboradoras na intenção de atacar o conflito²²⁸.

É um jogo de informação completa, pois o terceiro imparcial deve informar as partes sobre as fases do procedimento no início da sessão, esclarecendo as regras e as ações possíveis das partes. Com relação às informações das estratégias, é bem provável que as partes não forneçam à outra parte informações que a prejudiquem. Pode-se então considerar um jogo de informação imperfeita a não ser que as partes desejem que a outra tenha conhecimento de alguma informação exclusivamente sua. A confidencialidade que cerca os meios consensuais estimula a comunicação entre as partes, garantida pelo sigilo da troca de informações ocorridas nas sessões de conciliação e mediação.

A teoria dos jogos permite uma base comparativa interessante para a análise dos meios de resolução de conflitos, verificando que enquanto a competitividade é a base do processo judicial, como forma de adjudicação, a cooperação é a base dos meios consensuais, permitindo mais possibilidades, inclusive soluções baseadas na premissa “ganha-ganha”. Diferentemente do processo judicial, os meios consensuais permitem a flexibilidade. Numa conciliação, mesmo o que é para as partes um jogo de soma zero, pode transformar-se em jogo de soma não zero, bastando que se abandonem as posições antagônicas e se atue de forma colaborativa, buscando soluções integrativas.

Pode-se dizer que a teoria dos jogos traz a lógica das estratégias, de acordo com as regras do jogo. Não está ligada à moralidade, nem a conceitos de “bem ou mal” ou “certo e errado”, mas apenas à lógica. Trata-se do reconhecimento de que as partes buscarão maximizar seus ganhos, seja em jogos competitivos ou colaborativos. Pelo recorte inerente a esta tese, o estudo aqui realizado limita-se às principais variações dos conceitos destacando dois modelos antagônicos.

²²⁸ Essa é a mudança preconizada por Roger Fisher; William Ury e Bruce Patton, in *Como chegar ao sim – negociação de acordos sem concessões*, Tradução de Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges, 2ª ed., Rio de Janeiro, Imago, 2005. Destacando a importância de separar as pessoas dos problemas, os autores mencionam que “é útil sentar-se literalmente do mesmo lado de uma mesa e colocar diante dos olhos o contrato, o mapa, o bloco de papel em branco ou o que quer que retrate o problema. Se vocês tiverem estabelecido uma base de confiança mútua, tanto melhor. Contudo, por mais precário que seja seu relacionamento, tentem estruturar a negociação como uma atividade de lado a lado, na qual vocês dois – com seus interesses e percepções diferentes e com seu envolvimento emocional – enfrentarão juntos uma tarefa comum”, ob. cit., p. 57.

É claro que a teoria dos jogos é mais complexa, apresentando uma infinidade de possibilidades e estratégias, inclusive de formas híbridas. Não há dúvida, entretanto, de que a maior contribuição dessa teoria à presente tese é a compreensão da relação do comportamento humano com o processo decisório do conflito. Sob esse aspecto, é incontestável a influência do meio sobre a decisão das partes conflitantes, fato determinante para ações competitivas ou colaborativas.

2.2. COMPREENDENDO O CONFLITO

Trata-se de um fenômeno inerente à condição humana, que, aliás, impulsiona a evolução. Das mais leves situações até as mais profundas e complexas, o conflito²²⁹ é um componente essencial para o desenvolvimento humano.

O conflito é um fenômeno cíclico, dinâmico e relacional, que pode ser gerado por qualquer acontecimento. Por decorrer das relações sociais, traz grande pluralidade de percepções e revela suas características por diversos ângulos valorativos, sendo ainda objeto de estudo de diversas ciências. Isso explica a dificuldade de conceituá-lo com exatidão e ainda a enorme variedade de proposições sobre o tema. As considerações feitas neste estudo destacam o fenômeno do ponto de vista jurídico e sistêmico, bem como sua análise segue avaliando a resolução por meios consensuais. Ressalte-se que não há esgotamento do tema – o que seria impossível – nem proposição de um conceito a ser adotado universalmente, mas tão-somente permitir maior embasamento sobre um dos focos desta tese: o conflito.

2.2.1. TIPOLOGIA DO CONFLITO

Inicialmente, cumpre frisar que o conflito, em si, não é nem positivo, nem negativo²³⁰. Na própria essência do homem está inserido o pensamento do conflito, não por uma

²²⁹ Etimologicamente, do latim *conflitu*, significa choque, embate ou luta.

²³⁰ Segundo Petrônio Calmon, in *Fundamentos da mediação e da conciliação*, ob. cit., 2007, p. 25, “o conflito não é um mal em si mesmo e são considerados como aspectos inevitáveis e recorrentes da vida. Têm funções individuais e sociais importantes, proporcionando aos homens o estímulo para promover as mudanças sociais e o desenvolvimento individual. O importante não é aprender a evitá-lo ou a suprimi-lo,

questão de violência ou poder, mas no sentido de evolução natural, sendo elemento fundamental de diversas mudanças, inclusive sociais. O modo como o conflito afeta as pessoas é que o definirá como positivo ou negativo. Pode ainda não significar falta de ordem ou disfunção social, mas apenas a busca por condições melhores.

Ao analisar os principais destaques conceituais relacionados ao tema, constata-se uma grande diversidade de ideias e classificações, contudo merece destaque a tipologia que menciona os sujeitos envolvidos no conflito.

Para Morton Deutsch, um conflito existe quando atividades incompatíveis ocorrem, podendo ser intrapessoais, interpessoais, intracoletivos, intercoletivos e internacionais²³¹. Seguem na mesma linha as considerações de Michel Fustier, para quem o conflito pode ser classificado como interno, interpessoal, intragrupal, intergrupal ou interorganizacional²³².

De modo geral, para esses autores, o conflito interno é caracterizado pela inquietação do indivíduo consigo mesmo, fato que pode contrapô-lo a outras pessoas ou grupos. Nesse caso, embora o conflito seja intrapsíquico, seu desdobramento pode atingir as relações interpessoais, gerando conflitos. Quando esse abalo interno do indivíduo se reflete negativamente nas relações interpessoais, parece mais apropriado que ambos os conflitos sejam devidamente tratados. Isoladamente, porém, o conflito intrapsíquico deve ser tratado pela psicologia ou psiquiatria, conforme o caso²³³.

Já o conflito interpessoal refere-se à dissonância nas relações entre indivíduos. Nesse caso, o diálogo pode ensejar uma reflexão que leve ao foco do conflito, sendo suficiente para transformá-lo. Os indivíduos são responsáveis para tentar ao máximo identificar percepções cooperativas voltadas a uma solução construtiva²³⁴.

atitude que poderia trazer consequências danosas. Ao contrário, diante do conflito, a atitude correta é encontrar uma forma que favoreça sua composição construtiva”.

²³¹ Cf. Morton Deutsch, “A resolução do conflito: processos e destrutivos”, ob. cit., 2004, p. 29.

²³² Cf. *O conflito na empresa*, São Paulo, Martins Fontes, 1982, p. 12 e ss.

²³³ Para Haim Gruspun, *Mediação familiar: o mediador e a separação de casais com filhos*, São Paulo, LTr, 2000, p. 22, mencionando os conflitos psicopatológicos, afirma que “Alguns casos são conflitos que precisam de tratamento para sua resolução e o mediador jamais se torna um terapeuta. A mais comum causa de conflito é o alcoolismo em um dos parceiros e pode se tornar a causa de impossibilitar a mediação”.

²³⁴ Analisando o conflito interpessoal, Juan Carlos Vezzulla, *Mediação – teoria e prática*, Guia para utilizadores e profissionais, Ministério da Justiça de Portugal, Lisboa, 2005, p. 25, afirma que “se

O conflito intracoletivo ou intragrupo é o que tem lugar dentro de uma coletividade específica, mas sem reflexos exteriores. Nele pode haver uma pequena cadeia de conflitos que se retroalimentam internamente pelas relações dos indivíduos deste grupo. As resoluções devem ser enfocadas ponderando a inércia própria da prestação jurisdicional e os conflitos existentes. É possível também que, considerando a auto-organização de sistemas complexos, sejam desenvolvidas práticas relacionadas à absorção e transformação desses conflitos de forma endêmica, sem que isso afronte o ordenamento jurídico²³⁵.

Já os conflitos intercoletivo, intergrupo, internacionais ou interorganizacionais envolvem a discórdia entre grupos ou organizações diferentes, num âmbito maior de arranjos e coordenações. Aqui, as resoluções devem ser pensadas considerando o número de partes envolvidas e a construção da resolução deve ser plural, a fim de atender todos os envolvidos. Deve haver preocupação com a tomada de decisões que atendam a legitimidade da organização representada.

Considerando os conflitos entre países, regiões ou empresas, cumpre mencionar o entendimento de Kenneth Boulding, que os define como “uma situação de concorrência em que as partes estão conscientes da incompatibilidade de futuras posições potenciais e na qual cada uma delas deseja ocupar uma posição incompatível com os desejos da

somarmos essas contradições internas às outras geradas na luta pelo poder, na rivalidade pelos espaços e pela imposição da nossa vontade, estaremos a aproximar-nos do verdadeiro conceito de conflito interpessoal, em que duas individualidades, confundidas, pelas próprias limitações intrapsíquicas, se enfrentam por posições incompatíveis, determinadas pelo desejo de poder mais que o outro e estruturadas numa posição defensiva, cheia de preconceitos, que confunde mais do que esclarece os próprios interesses. Na medida em que o mediador possa transmitir aos participantes os aspectos positivos do conflito, para que fiquem cientes da importância de aproveitar o crescimento e a nova ordem, acentuando os benefícios e acalmando a angústia, poderá contar com a colaboração dos mesmos e ajudá-los, assim, a resolver satisfatoriamente os seus problemas”.

²³⁵ Nesse sentido, pode ser mencionada a atuação do *ombudsman*. Ratificando essa assertiva, v. André Gomma de Azevedo (organizador), “Glossário: métodos de resolução de disputas”, in *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*, Vol. 3, Brasília, Grupos de pesquisa, 2004, p. 321, ao afirmar que “Grandes empresas como Federal Express, IBM, AT&T Information System e Bank of America, Caixa Econômica Federal, Folha de São Paulo, apenas para alguns exemplos, têm a figura do *ombudsman* dentro de sua estrutura organizacional. Ele pode exercer funções exclusivamente internas, atendendo unicamente disputas entre funcionários, como também pode estar voltado para o atendimento ao público consumidor, aos clientes. Em ambos os casos, ouvem críticas, sugestões e procuram solucionar eventuais disputas de forma rápida, observando a forma de resolução mais adequada”.

outra”²³⁶. Nesse sentido, a relação desenvolvida pelas partes determina condutas interativas de ações e reações, mutuamente.

Na mesma linha, Rudolph J. Rummel amplia este conceito para “a luta pelo poder que se manifesta na procura de todas as coisas”²³⁷. A partir desse entendimento, o autor identifica cinco fases para o ciclo do conflito, assim dispostas: a. conflito latente, como aquele presente, mas não manifesto; b. iniciado, pela instalação da situação conflituosa, com a manifestação de uma vontade que se contrapõe a outra; c. equilibrado, pela busca do poder, com ações de moderação das partes; d. equilíbrio do poder, pelo balanceamento dessa relação; e. ruptura do equilíbrio, quando uma parte procura provocar mudança a seu favor em detrimento da outra. Tal dinâmica caracteriza o conflito pela ação de uma parte como reação da parte adversa, sucessivamente²³⁸.

Analisando a utilização da mediação comunitária, Adolfo Braga Neto apresenta três grandes eixos de conflito²³⁹. O primeiro refere-se a conflitos existentes dentro de uma comunidade, caracterizados pela qualidade e intensidade dos vínculos interpessoais, marcados pela interdependência recíproca entre seus atores e decorrentes das condições materiais ou físicas impostas pela proximidade dos atores envolvidos. Enfatiza o autor que tais conflitos acarretam polarizações extremadas que se convertem em obstáculos difíceis de superar, exigindo intervenções mais amplas e aprofundadas a fim de revertê-los. Nele se incluem questões entre vizinhos, questões familiares, questões de gênero.

²³⁶ Apud Juan Carlos Vezzulla, *Mediação – teoria e prática*, ob. cit., 2005, p. 21.

²³⁷ Apud Juan Carlos Vezzulla, *Mediação – teoria e prática*, ob. cit., 2005, p. 22.

²³⁸ Corroborar essa assertiva, André Gomma de Azevedo (Organizador), in *Manual de Mediação Judicial*, 2 ed., Brasília, Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2010, p. 28, ao afirmar que “há uma progressiva escalada, em relações conflituosas, resultante de um círculo vicioso de ação e reação. Cada reação torna-se mais severa do que a ação que a precedeu e cria uma nova questão ou ponto de disputa. Esse modelo, denominado de espirais de conflito, sugere que com esse crescimento (ou escalada) do conflito, as suas causas originárias progressivamente tornam-se secundárias a partir do momento em que os envolvidos mostram-se mais preocupados em responder a uma ação que imediatamente antecedeu sua reação”. Em sentido contrário, Juan Carlos Vezzulla, *Mediação – teoria e prática*, ob. cit., 2005, p. 22, criticando esses conceitos, menciona que “Ao tentar explicar o conflito como nascido de uma ação que motivou uma reação, perdemos a possibilidade de entender a natureza intrínseca do conflito, a sua presença permanente e as relações entre efeito e causa e a responsabilidade do efeito na motivação da própria causa”.

²³⁹ Cf. Adolfo Braga Neto, “Mediação de Conflitos e Políticas Públicas”, ob. cit., 2008. O autor menciona que tal classificação é feita com base na obra de Alejandro Marcelo Nató, María Gabriela Rodríguez Querejazu e Liliana María Carbajal, in *Mediación Comunitaria - Conflictos en el escenario social urbano*, Editora do Centro Internacional de Estudios sobre Democracia y Paz Social, Hermosillo, Sonora, México, 2005.

O segundo pode ser denominado *conflito público* e se refere a um grande número de atores e interesses envolvidos, que repercutem com grande impacto sobre a comunidade, sociedade, região ou cidade. Poderão, eventualmente, envolver órgãos de governo, grupos ou associações de moradores de bairros, empresas, com consequências que podem atingir um número grande de pessoas e, por vezes, prolongar-se no tempo. Como exemplo, um grupo de vizinhos, que, cansados de vivenciar acidentes ou atropelamentos em determinada rua ou avenida, decidem bloqueá-la para chamar a atenção das autoridades a fim de que tomem providências relativas à segurança no trânsito daquele local ou região.

O terceiro e último pode ser chamado de *conflito intercultural* e envolve temas como etnia, minorias, imigração e exclusão social. São frutos da diversidade cultural, das deferentes identidades, religiões, idiomas, desigualdade social e cultural presentes numa sociedade, comunidade, região ou cidade. Tais diferenças exigem a busca consciente da própria identidade a partir do reconhecimento e respeito com relação a todas as demais identidades. Há que ter em conta que tais conflitos se caracterizam por situações complexas que transcendem fronteiras, demandando tratamento diferenciado.

De toda forma, as consequências do conflito para cada parte, como ganhos e perdas, os precedentes estabelecidos, as mudanças internas, os efeitos de longo prazo, a reputação perante terceiros e perante a sociedade, são fatores que raramente permitem a estabilidade do próprio conflito, que pode ser agravado ou contraído. De qualquer modo, seja o conflito interpessoal, intersubjetivo ou internacional, apresenta características similares e processos subjacentes comuns. Claro exemplo dessa similitude é a produção de hostilidade em uma parte quando uma ação hostil é iniciada pela parte adversa, gerando ações sequenciais baseadas na expectativa da hostilidade do outro. Observe-se que cada parte costuma ver suas ações para com o outro como mais legítimas e bem-intencionadas do que as do outro em relação a ela²⁴⁰.

²⁴⁰ Segundo Morton Deutsch, “A resolução do conflito: processos e destrutivos”, ob. cit., 2004, p. 33, “Cada participante de uma interação social, estando ciente da capacidade de percepção do outro, é influenciado por suas próprias expectativas referentes às ações do outro, bem como pelas suas percepções da conduta daquele. Essas expectativas podem ou não ser acuradas; a habilidade de entrar no papel do outro e prever seu comportamento não é evidente, seja nas crises interpessoais, seja nas internacionais”.

O delineamento do conflito pelos sujeitos envolvidos – indivíduos, organizações ou nações – não implica que os mecanismos ou potencialidades de obter informações, de tomar decisões e de agir sejam necessariamente parecidos nas unidades mencionadas e aqui esta o ponto que distingue tais conflitos. É claro que essas diferentes unidades têm igual capacidade de agir, mas não iguais atuações e legitimidades para tomar decisões. Isso significa que indivíduos, organizações e nações são unidades complexas compostas por vários e diferentes subsistemas interativos, sendo a tomada de uma decisão no plano individual bastante diversa da no âmbito nacional. Isso porque estrutura e processo internos, embora menos visíveis em indivíduos do que em grupos, são características de todas as unidades sociais, com variável complexidade. Assim, a capacidade de determinar-se perante o conflito é fundamental para as verificações relativas à sua respectiva resolução.

Assim, a compreensão do conflito requer primeiramente conhecer bem as características das partes nele envolvidas. São, portanto, fundamentais o entendimento dos valores e motivações das partes, suas aspirações e objetivos, bem como recursos físicos, intelectuais e sociais relacionados ao conflito, incluindo as estratégias possíveis e o exercício do poder como fator de dominação sobre o oponente. Tanto para indivíduos como para organizações, em um conflito, haverá sempre a ponderação sobre os ganhos e perdas relacionados a um enfrentamento ou a uma composição, considerando as armas e os instrumentos disponíveis, pessoais e do adversário, em ambas as situações, conforme demonstra a análise da teoria dos jogos.

Quanto ao relacionamento em que se manifestam, é possível fazer distinções sobre o conflito existente em relações eventuais, nas quais as pessoas envolvidas estão ligadas por interesses pontuais, e em relações duradouras ou permanentes, que apresentam caráter multidimensional. Nessa segunda classificação, as pessoas estão ligadas entre si, existindo outras inter-relações e interesses envolvidos²⁴¹.

Quanto mais fortes e mais salientes forem os laços cooperativos ligando as partes conflitantes em comparação aos laços competitivos, mais é provável que um conflito se

²⁴¹ Cf. Alexandre Araújo Costa, “Cartografia dos métodos de composição de conflitos”, in *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*, v. 3, organização de André Gomma de Azevedo, Brasília, Grupos de pesquisa, 2004, p. 169.

resolva de maneira colaborativa. A força total dos vínculos cooperativos, bem como seu número, é elemento de suma importância para a resolução. Esse entendimento prende-se ao fato de que há muitos tipos diferentes de vínculos e relacionamentos, que podem agregar uma intenção colaborativa ou competitiva para a percepção das partes sobre o próprio conflito.

Esses elos são importantes na medida em que atendem às necessidades significantes satisfatoriamente. Dessa forma, experiências bem-sucedidas de relacionamentos cooperativos anteriores entre dois indivíduos ou grupos aumentam a probabilidade da cooperação e, igualmente, experiências de fracassos e decepções em tentativas de cooperar tornam tal cooperação improvável²⁴².

Além dessa carga histórica que as relações continuadas apresentam, há outras peculiaridades referentes ao alastramento do conflito. Evidentemente, é grande a diferença entre o inadimplemento perante um banco em contraposição ao inadimplemento perante um tio ou colega de trabalho. Ambas as situações receberão igual tratamento do direito, mas refletem conflitos bastante diversos, pois, no segundo caso, é possível que a inadimplência ultrapasse a questão formal e invada outros aspectos da vida dos envolvidos no conflito, afetando outras relações ou permitindo o alastramento do conflito.

Essas considerações não se aplicam às relações eventuais, uma vez que apresentam menor dimensão subjetiva, facilitando a compreensão do contexto em que estão inseridas e a respectiva resolução do conflito, que torna o tratamento mais pontual. Isso porque são relações menos emotivas, encerrando as divergências de modo mais preciso, sobretudo porque não haverá preocupações com os desdobramentos da relação entre as partes numa convivência futura²⁴³. Medidas de contenção são suficientes para fazer

²⁴² Para Morton Deutsch, “A resolução do conflito: processos e destrutivos”, ob. cit., 2004, p. 31, “uma controvérsia específica, sendo entre Egito e Israel, entre sindicato e empresa, ou entre marido e esposa, será influenciada e afetada pelas relações prévias e pelas concepções pré-existentes entre as partes. Um marido ou uma esposa que perdeu a confiança na benevolência das intenções do outro dificilmente conseguirá chegar a um acordo cuja efetivação necessita lealdade mútua, dando-se o mesmo entre Egito e Israel ou entre um sindicato amargurado e uma empresa”.

²⁴³ Segundo Alexandre Araújo Costa, “Cartografia dos métodos de composição de conflitos”, ob. cit., 2004, p. 170, “As relações de vínculo único tendem a ter uma dimensão emocional menos acentuada, o que facilita a redução do comportamento a um agir meramente estratégico. Além disso, essas relações são muitas vezes pontuais no tempo, pois, encerrada a relação ou o conflito que nela surja, não há uma perspectiva de convivência futura. Por exemplo, paga a dívida resultante de um acidente de trânsito sem

cessar o conflito, por isso bastará suficiente uma comunicação de primeira ordem. Assim, paga a dívida, as partes não necessariamente continuarão numa relação e, em regra, também não haverá impacto dessa resolução em outras relações sociais.

Já as relações continuadas, sejam de caráter duradouro ou permanente, tendem a apresentar um elemento emotivo²⁴⁴, pois são relações sociais envoltas de percepções cognitivas próprias e com possibilidade de desdobramentos diversos. Com isso, mencionar qualquer enfrentamento passa pela compreensão do seu contexto, que deve ser aprofundada por uma abordagem sistêmica e talvez requeira uma comunicação de segunda ordem, pelo impacto dessas relações em outras, convindo considerar, respectivamente, uma perspectiva ampla e um tratamento mais adequado. De outra parte, a resolução deve envolver um agir comprometido, construído em cima de reflexão sobre as tensões futuras que poderiam nascer de uma abordagem equivocada.

Dessa forma, percebe-se que o conflito nunca é rigidamente determinado pela objetividade. Além do histórico da relação, outros fatores de cunho subjetivo entram na determinação do conflito, ainda que não seja de maneira crucial. O conflito é também determinado pela valoração das partes e pela comunicação existente entre elas²⁴⁵, disse o Bernard Mayer, para quem o conflito deve ser compreendido de maneira mais completa. Por essa razão, o autor classificou o conflito por três dimensões – cognitiva, emocional e comportamental –, relacionando a dimensão cognitiva à percepção, a dimensão emocional aos sentimentos envolvidos e, por fim, a comportamental às ações praticadas. A resolução do conflito pode variar em cada uma dessas dimensões, mas,

vítimas, as partes envolvidas no sinistro normalmente não vêm a ter qualquer convivência futura e os resultados do comportamento delas dificilmente teriam forte impacto nas suas outras relações sociais”.

²⁴⁴ Cf. Danièle Ganancia, “Justiça e mediação familiar: uma parceria a serviço da co-parentalidade”, in *Revista do Advogado*, tradução de Gisele Groeninga de Almeida, Aguida Arruda Barbosa e Eliana Riberti Nazareth, nº 62, mar. 2001, p. 07, enfocando o papel do Judiciário na resolução de conflitos familiares, menciona “a necessidade de pensar e regular os litígios de outra forma, em particular no domínio familiar dos quais sabermos a dupla especificidade: os conflitos familiares, antes de serem conflitos de direito, são essencialmente afetivos, psicológicos, relacionais, antecédidos de sofrimento; dizem respeito a casais que, além da ruptura, devem imperativamente conservar as relações de pais, em seu próprio interesse e no interesse das crianças”.

²⁴⁵ Cf. Morton Deutsch, “A resolução do conflito: processos e destrutivos”, ob. cit., 2004, p. 36. Para o autor, “a presença ou a ausência de conflito nunca é rigidamente determinada pelo estado de ânimos objetivo. Além da possibilidade de má-percepção, fatores psicológicos entram na determinação do conflito ainda de outra maneira crucial. O conflito é também determinado sobre o que é valorizado pelas partes conflitantes. Mesmo o exemplo clássico de puro conflito – dois homens famintos em um bote com comida suficiente para a sobrevivência de apenas um – perde seu impacto se um ou os dois homens tiverem valores religiosos e sociais que podem tornar-se psicologicamente mais dominantes que a necessidade da fome ou o desejo pela sobrevivência”.

segundo o autor, só haverá completa resolução quando as três dimensões forem contempladas²⁴⁶. Para tanto, fica claro que não bastará trabalhar o aspecto objetivo ou comportamental do conflito, mas incluir necessariamente a esfera cognitiva e ainda emocional.

De forma semelhante, Carlos Eduardo de Vasconcelos destaca três elementos do conflito: relação, problema objetivo e trama ou processo²⁴⁷. O primeiro elemento pressupõe, pelo menos, duas pessoas em relacionamento, com suas respectivas percepções, valores, sentimentos, crenças e expectativas. Segundo o autor, é justamente por isso que, ao lidar com o conflito, não se deve desconsiderar a psicologia da relação. Acresça-se ainda que a qualidade da comunicação é o aspecto intersubjetivo facilitador ou comprometedor da condução do conflito.

Já sobre o problema objetivo, destaca sua razão concreta ou material. Essa materialidade pode expressar condições estruturais, interesses ou necessidades contrariados²⁴⁸. É necessário identificar corretamente o problema objetivo, o que, muitas vezes, supõe uma prévia abordagem da relação intersubjetiva. Por último, trama ou processo expressa todo aspecto em torno do conflito e ainda o modo de desenrolar-se a relação. Cumpre determinar neste ponto como o conflito se estabeleceu, os motivos, as circunstâncias, as responsabilidades, as possibilidades, seus desdobramentos e suas implicações.

O cerne dessas observações é que nem a ocorrência, nem a manutenção de um conflito são regidas exclusivamente por circunstâncias objetivas, ainda que se manifestem numa relação eventual – costumeiramente livre de interferências subjetivas.

A importância do conflito “real” não pode ser negada; todavia, o processo psicológico de percepção e avaliação também é “real” e está envolvido na transformação de

²⁴⁶ Cf. Bernard Mayer, *The dynamics of conflict resolution: a practitioner's guide*, San Francisco, Jossey-Bass, 2000, p. 04 e ss.

²⁴⁷ Cf. Carlos Eduardo Vasconcelos, in *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*, ob. cit., 2007, p. 21.

²⁴⁸ Também sobre o tema, Haim Gruspun, *Mediação familiar*, ob. cit., 2000, p. 20-21, afirma que “conflitos de interesses são causados por competição por necessidades incompatíveis. Os conflitos de interesses são consequência de uma das partes acreditar que, para satisfazer suas necessidades, as necessidades do outro ou da outra devem ser sacrificados”.

condições objetivas em um conflito experimentado²⁴⁹. O conflito também é determinado pelo que é valorizado pelas partes nele envolvidas, podendo ser relevante verificar crenças e percepções para qualquer enfrentamento ou resolução. Ademais, valores, crenças e percepções não são inalteráveis.

Deutsch Morton ainda apresenta a tipologia do conflito pela sua manifestação. São eles: verídico, contingente, deslocado, mal-atribuído, latente ou falso²⁵⁰.

O conflito verídico é aquele que, além de existir objetivamente, é percebido pelas partes envolvidas. Assim, se uma mulher quer usar a sala de estar da casa como estúdio de pintura e seu marido deseja usá-la como escritório, eles têm um “conflito verdadeiro”, especialmente se a programação de suas atividades não permitir escalonar horários ou se a sala não puder ser subdividida para comportar ambas as atividades simultaneamente. Para o autor, esses conflitos têm difícil resolução, exceto se as partes cooperarem entre si e trabalharem juntas na resolução do problema, estabelecendo prioridades e buscando saídas plausíveis. Podem ainda usar o consenso para escolher um mecanismo institucional imparcial que solucione o conflito.

Já o conflito contingente depende de algumas circunstâncias que podem ser alteradas, embora as partes conflitantes, por via de regra, não o reconheçam. Assim, o exemplo anterior demonstraria um conflito contingente se houvesse um sótão, uma garagem ou algum outro espaço que pudesse ser facilmente convertido em escritório ou estúdio de pintura. O conflito verídico desapareceria se os recursos alternativos para atender às necessidades “conflitantes” fossem reconhecidos. Para o autor, esses conflitos são difíceis de resolver apenas quando as perspectivas das partes em conflito são estreitas e rígidas, decorrentes de recursos insuficientes de cognição, de solução de problemas ou excessiva tensão emocional. Ademais, se houver uma escalada do conflito e as partes aceitarem um substituto equivalente para dirimir a questão, o conflito perderá sua contingência.

²⁴⁹ Nesse sentido, v. Morton Deutsch, “A resolução do conflito: processos e destrutivos”, ob. cit., 2004, p. 36.

²⁵⁰ Cf. Morton Deutsch, “A resolução do conflito: processos e destrutivos”, ob. cit., 2004, p. 36 e ss.

O conflito deslocado é aquele cujas partes estão discutindo algo que não é afeito ao verdadeiro conflito. Marido e esposa, por exemplo, podem discutir sobre a partilha de bens ou a fixação da pensão para os filhos como um deslocamento do conflito não expresso sobre algo da relação. Nesse caso, o conflito manifesto apresenta o subjacente de forma simbólica ou idiomática, sendo a forma indireta um modo mais seguro para as partes abordarem conflitos que pareçam voláteis ou perigosos demais de tratar diretamente. O conflito manifesto pode ainda refletir a irritabilidade e a tensão geral nas relações entre as partes conflitantes, resultado de um conflito não resolvido e subjacente. Conflitos manifestos têm formas muito diversas tanto no surgimento quanto na respectiva resolução e será resolvido apenas temporariamente, exceto se o conflito subjacente – que é o verdadeiro conflito – também for tratado.

O conflito mal-atribuído é aquele entre partes erradas e, como consequência, as questões apresentadas são equivocadas. De igual modo, é latente o conflito que deveria estar ocorrendo, mas, por alguma razão não está. Alguém pode não estar percebendo o conflito da maneira como deveria, porque ele foi reprimido, deslocado ou mal-atribuído ou porque não existe segundo a percepção dos conflitantes. Só será possível solucionar esses conflitos pela correção das distorções e pela conscientização dos envolvidos.

O conflito falso indica má percepção ou má compreensão dos indivíduos, grupos ou nações. Um conflito pode, logicamente, iniciar-se como falso, mas, com novos motivos e comportamentos, transformar-se em verdadeiro. É mais provável que ocorra tal transformação num ambiente de competitividade e suspeição do que num de cooperação e confiança.

Esses seis tipos de conflitos não se excluem mutuamente. A existência de um conflito deslocado ou mal-atribuído indica que também existe um conflito não reconhecido ou latente. Ademais, em qualquer situação de conflito, a interação entre as partes envolvidas pode transformá-lo de um tipo para outro. Somado a isso, um conflito real pode ser complexo, abrangendo várias questões e muitas partes. Pode haver um conflito verídico sobre uma questão, um conflito deslocado em outra e elementos de má atribuição em relação a várias das questões em conflito.

Segue na mesma linha Christopher Moore, que identifica o conflito como latente, emergente ou manifesto²⁵¹. Para ele, os conflitos latentes se caracterizam pelas tensões ainda não desenvolvidas por completo e, portanto, ainda não muito polarizadas. Nesta fase, é possível que as partes ainda não se tenham dado conta da sua existência. Já os conflitos emergentes são aqueles em que as partes reconhecem que há discrepância e a maioria dos problemas são evidentes, mas não há busca de solução ou qualquer ato relacionado ao seu enfrentamento. Por último, os conflitos manifestos são aqueles em que as partes, além da consciência da desavença, já ingressaram na dinâmica do enfrentamento.

Os conflitos não são apenas fenômenos individuais, mas ainda metaindividuais e sociais. Acresça-se ainda que o conflito, seja entre indivíduos ou coletividades, pode ter desdobramentos difusos e generalizados, como o conflito ideológico, ou específicos e limitados, como o conflito sobre a propriedade²⁵². Assim, importa considerar o ambiente social em que ocorre, sobretudo pelas facilidades e restrições responsáveis por encorajamentos ou retrações em relação às diferentes estratégias para a respectiva resolução, incluindo a natureza das normas (regras ou princípios) e o sistema de Justiça.

Tanto indivíduos quanto coletividades podem achar-se em ambientes sociais de pouca tradição em resolução cooperativa de conflitos e nos quais poucas instituições, normas, facilidades ou recursos tenham sido desenvolvidos para contribuir com a resolução consensual de disputas. É preciso mencionar ainda que, no campo da resolução, nem é razoável abordar o conflito apenas por microperspectivas ou macroperspectiva, pois é preciso envolver as diferentes compreensões. Nesse sentido, diferentes abordagens são benéficas porque ajudam a compreender o fenômeno mais completamente, por isso importa considerar desde as demandas de ordem psíquicas dos indivíduos envolvidos até as ponderações sociológicas.

²⁵¹ Segundo Christopher Moore, in *O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos*, tradução de Magda França Lopes, 2ª. ed, Porto Alegre, Artmed, 1998, p. 53.

²⁵² Segundo Giselle Groeninga, “Mediação Interdisciplinar – Um novo Paradigma”, in *Revista Brasileira de Direito de Família – IBDFAM*. Vol.8, n. 40, fev.-mar. 2007, p. 160, “Os conflitos podem ter várias naturezas e sabemos que são sempre multideterminados, podendo ir do existencial ao patológico, tendo várias molduras, ganhando diversos enquadres e expressando-se em áreas que não se excluem mutuamente: conflito intra e interpessoais, conflitos que se exteriorizam nas relações familiares, nas relações sociais, conflitos conscientes e inconscientes”.

O tratamento do conflito requer uma visão menos confinada dos seus limites e diversas justificativas independentes demonstram a contribuição de diferentes estudos que acabam por revelar-se complementares²⁵³.

Apesar da complexidade do tema, alguns aspectos são evidenciados e favorecem uma percepção dos elementos imprescindíveis ao desenvolvimento de um sistema de Justiça mais adequado aos tempos atuais. Numa primeira impressão, importarão à prestação jurisdicional os conflitos que envolvam pelo menos duas partes, sejam indivíduos ou organizações, e que as partes estejam posicionadas antagonicamente numa situação concreta. Esta concepção será aprofundada a seguir.

2.2.2. CONFLITO, DIREITO E ATIVIDADE JURISDICIONAL

O sustentáculo da convivência humana é o acordo de vontades²⁵⁴. Isso porque é da condição humana a experiência conflitiva, bem como a sua respectiva superação. Prova dessa assertiva é a regulação jurídica e social existente, pois é a partir das regras de conduta, somadas à moral, ética, costumes e outras formas de controle que o tecido social ganha o ajustamento necessário para retrair ou transformar o conflito, mantendo o equilíbrio das relações intersubjetivas²⁵⁵. Nesse sentido, a ordem jurídica tem a finalidade de promover algo, mais próximo quanto possível, de uma harmonia da sociedade, calibrando as dissonâncias das relações sociais mediante alguma regulação²⁵⁶.

²⁵³ Sobre a importância da interdisciplinaridade, v. Item 2.1.2., do Capítulo 2, Parte I.

²⁵⁴ Para Petrônio Calmon, in *Fundamentos da mediação e da conciliação*, ob. cit., 2007, p.19-20, a harmônica convivência humana foi conquistada, segundo THOMAS HOBBS, pelo contrato social. Segundo o autor, “os homens logram um acordo unânime para desarmarem-se mutuamente. Cada um renuncia a uma parte de suas atividades defensivas e ofensivas, na medida em que os demais procedem de maneira semelhante. Com isso, se deixa o estado anárquico original e aparecem os primeiros limites de liberdade de ação. Surge, então, a necessidade da coerção, para assegurar o cumprimento dos direitos e obrigações acordadas entre os participantes. Acorda-se, então, criar o Estado”.

²⁵⁵ Apesar das considerações feitas no capítulo anterior, é preciso enfatizar que o termo “intersubjetivo” será empregado no decorrer desta tese para enfatizar conflitos ou relações entre indivíduos ou organizações, indistintamente. Assim, vale esclarecer que constará de outra forma, se especificamente estiver referindo-se a uma relação ou conflito interindividuais, intergrupos, internacionais ou interorganizacionais.

²⁵⁶ Cf. Reinhard Bendix, in *Max Weber: um perfil intelectual*, Brasília, Universidade de Brasília, 1986, p. 321, o temor de que uma ordem legal fosse exercida arbitrariamente era tão forte quanto o desejo de paz. Neste sentido, a criação de um “juiz” foi benéfica para o desenvolvimento do sistema. Ademais, era crescente interesse político e econômico por um sistema jurídico confiável, por isso o capitalismo não foi um fator decisivo para este sistema de dominação legal.

Dessa forma, o direito positivo prevê uma infinidade de regras relacionadas às atividades pessoais, coletivas e, até mesmo, estatais, a fim de conservar o funcionamento da engrenagem social. Além disso, há outras formas de controle, algumas não positivadas e outras não jurídicas, mas todas com a mesma finalidade: equilibrar as relações. Entretanto, nem o contrato social, nem todo esse arcabouço de controle são suficientes para a completa pacificação social.

Com tantas forças e interesses ativos na sociedade, é impossível alcançar um sistema ideal de regulações. Todavia, a importância do calibramento das relações intersubjetivas, com a finalidade de absorver os impactos dos conflitos, sobretudo de cunho negativo, é de suma importância. Assim, ganham destaque não só as regras de controle, mas principalmente as formas como esses conflitos são vistos pelas pessoas e tratados pelo Estado. A consonância apropriada de ambas certamente trará bons frutos, favorecendo a sociedade no desenvolvimento de suas relações.

Das mais diversas situações cotidianas pode emanar o conflito, em razão de diferentes desejos, vontades, frustrações e percepções valorativas. No entanto, só é possível considerar suas consequências diante da situação conflituosa, especificamente. As causas do conflito são essenciais para a sua adequada transformação, podendo ser enquadradas nessa categoria falha de comunicação, estrutura das partes conflitantes e variáveis pessoais, como diferenças de crenças e características de personalidade dos envolvidos²⁵⁷. De certa forma, é correto afirmar que o conflito não pode ser absolutamente dissolvido ou solucionado, mas pode, sim, ser transformado²⁵⁸. Apesar dessas considerações, ao longo desta tese se empregará o termo “resolução” para tratar dessa adequada transformação do conflito²⁵⁹.

²⁵⁷ Sobre a importância do delineamento do conflito, Roberto Portugal Bacellar, in *Juizados Especiais: a nova mediação paraprocessual*, São Paulo, Revista do Tribunais, 2003, p. 196, menciona que “redefinir o conflito é um passo fundamental e talvez o mais importante do processo (...) Perceba-se que, algumas vezes, a narrativa do problema tomará rumo completamente diferente daquela expressada inicialmente. A posição inicial (manifestada como o motivo do conflito) gradativamente irá desaparecendo e transporecerão os verdadeiros interesses”.

²⁵⁸ Cf. Luis Alberto Warat, in *O ofício do mediador*, Florianópolis, Habitus, 2001, p. 31. Segundo o autor, os conflitos não desaparecem, apenas se transformam. No mesmo sentido, Ágida Arruda Barbosa, Eliana Riberti Nazareth e Giselle Groeninga, apresentação de Jean-François Six, in *Dinâmica de mediação*, Belo Horizonte, Del Rey, 2001, p. viii.

²⁵⁹ Para Nery Nelson Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, in *Código de Processo Civil Comentado*, 9ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, p. 434, “Resolver em direito significa extinguir e é verbo específico e técnico para uma situação bem definida”.

Entre os juristas, não há unanimidade de definição do conflito. Todavia, não resta dúvida da sua importância para a ciência jurídica.

Para Lia Regina Castaldi Sampaio e Adolfo Braga Neto, o conflito pode ser definido como “o conjunto de propósitos, métodos ou condutas divergentes, que acabam por acarretar um choque de posições antagônicas, em um momento de divergência entre as pessoas, sejam físicas ou jurídicas”²⁶⁰. Segundo Vezzulla, “o conflito consiste em querer assumir posições que entram em oposição com os desejos do outro, que envolvem uma luta pelo poder e que a sua expressão pode ser explícita ou oculta por trás de uma posição ou discurso encobridor”²⁶¹. Há quem defenda que “em termos coloquiais, conflito refere-se a um desentendimento – a expressão ou manifestação de um estado de incompatibilidade”²⁶². E, ainda, quem caracterize os conflitos “por situações em que uma pessoa, pretendendo para si determinado bem, não pode obtê-lo – seja porque (a) aquele que poderia satisfazer a sua pretensão não a satisfaz, seja porque (b) o próprio direito proíbe a satisfação voluntária da pretensão (p. ex., a pretensão punitiva do Estado não pode ser satisfeita mediante um ato de submissão do indignado criminoso)”²⁶³.

Já Antonio Rodrigues de Freitas Júnior menciona que, “por ser o conflito um fato que recorta toda a aventura existencial humana, constitui fenômeno que pode ser capturado por diversos ângulos, tanto sob a dimensão valorativa quanto sob a fenomênica. Isso parece explicar não apenas as dificuldades como, sobretudo, a variedade das proposições conceituais que se ocupam do conflito”²⁶⁴.

²⁶⁰ E continuam: “O choque de posições citado é fruto da conscientização de que a situação vivenciada pela pessoa a deixa desconfortável e a faz solicitar a outra a possibilidade de mudança. Mudança é toda e qualquer modificação da realidade vivenciada naquele momento. Não há conflito sem mudança. A mudança, ou a perspectiva dela, conduz ao conflito, ainda que nem toda mudança ocasione um conflito”, in *O que é mediação de conflitos?*, ob. cit., 2007, p. 31.

²⁶¹ Cf. Juan Carlos Vezzulla, *Mediação – teoria e prática*, ob. cit., 2005, p. 23.

²⁶² Para André Gomma de Azevedo (Organizador), in *Manual de Mediação Judicial*, ob. cit., 2010, p. 28, “segundo o principal dicionário de resolução de conflitos da atualidade, organizado pelo Prof. Douglas Yarn, um conflito seria sinônimo de uma disputa. Vale ressaltar que há autores de grande destaque internacional, como o Prof. Morton Deutsch, que tratam os dois conceitos como sinônimos. No entanto, a maior parte da doutrina tende a realizar a distinção acima transcrita”. A menção refere-se à obra de Douglas H. Yarn, in *Dictionary of Conflict Resolution*, São Francisco, Jossey Bass, 1999.

²⁶³ Cf. Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria geral do processo*, ob. cit., 2010, p. 26.

²⁶⁴ Cf. Antonio Rodrigues de Freitas Júnior, “Conflitos de Justiça e limites da mediação para a difusão da cultura de paz”, ob. cit. 2009, p. 517.

Seguindo esse entendimento, o autor define *conflito intersubjetivo de Justiça* aquelas situações em que estejam presentes, simultaneamente, no plano objetivo, um problema alocativo incidente sobre bens tidos por escassos ou encargos tidos como necessários; no plano comportamental, consciente ou inconsciente, intencional ou não, contraposição no vetor de conduta entre dois sujeitos e, no plano anímico ou motivacional, sujeitos portadores de percepções diferentes sobre como tratar o problema alocativo, como função de valores de Justiça.

Não obstante essa definição, parece preponderar a projeção externa do embate de interesses valorados pelo direito decorrente de relações intersubjetivas. O conflito de que deve ocupar-se o Poder Judiciário precisa guardar dupla adjetivação: além de caracterizado pela proteção do direito²⁶⁵ – seja para o requerente ou requerido –, deve caracterizar-se pelo inconformismo das partes. Aliás, segue nesta linha o conceito de Carnelutti²⁶⁶.

O autor adota a expressão “conflito de interesses” para referir-se ao posicionamento contraposto de duas ou mais pessoas em face de um mesmo bem, mas observa que este conflito ainda não terá relevância jurídica, pois é possível que aquele resguardado pela proteção jurídica se conforme com a sua insatisfação, desistindo da pretensão ou renunciando o direito material. Entretanto, se houver inconformismo e resolver obter o bem da vida, objeto do conflito, poderá exercer a sua pretensão. Assim, teremos um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida, ensejando a lide²⁶⁷.

²⁶⁵ Segundo, Mara Caffé, in *Psicanálise e direito: a escuta analítica e a função normativa jurídica*, 2ª ed., São Paulo, Quartier Latin, 2010, p. 169, é o confronto do conflito com o seu “dever-ser” que lhe dá o *status* de jurídico.

²⁶⁶ Cf. Francesco Carnelutti, in *Sistema di diritto processuale civile*, ob. cit., 1936, p. 25, “In quanto è composto da um comando giuridico, um conflitto di interessi diventa um rapporto giuridico. Questo non è altro se non la espressione della composizione di un conflitto mediante il diritto; o, in altri termini, un conflitto di interessi regolato del diritto”. Assim, um conflito de interesses, resistido ou insatisfeito, faz nascer concretamente o interesse à tutela jurisdicional, cf. ob. cit., p. 45.

²⁶⁷ Para Cândido Rangel Dinamarco, in *A instrumentalidade do processo*, ob. cit., 2009, p. 254, “Ficou o conceito de lide bastante esvaziado do seu conteúdo sociológico e, em compensação, passou a não significar outra coisa senão a própria pretensão deduzida em juízo, ou seja, o mérito (e, com essa formulação, lide não é algo que concorra para a explicação deste ou do objeto do processo)”. Nesse sentido, o mérito da causa corresponde à lide processual. Ainda hoje, tal entendimento é previsto no ordenamento pátrio pelo art. 128 do CPC, ao dispor que “O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte”. Já Petrônio Calmon, in *Fundamentos da mediação e da conciliação*, ob. cit., 2007, p. 23, afirma que “a lide ocorre quando alguém que tem interesse em um bem da vida exerce sua pretensão sobre esse bem, mas encontra resistência por parte de outrem. Neste caso, a situação que antes se apresentava apenas como um simples conflito de interesses passa a ser qualificada por uma pretensão resistida”.

O conflito tem um desdobramento objetivo, que remete à situação concreta – proteção do ordenamento jurídico – e outro de cunho subjetivo, que se refere à tomada de consciência pelos envolvidos, isto é, pelo menos duas partes em contraposição. Note-se que os conflitos latentes não terão relevância para o Poder Judiciário, justamente porque não há polarização alguma em vetores opostos.

Nesse sentido, *conflito* é o impasse causado pelo inconformismo das partes, que se posicionam em contraposição, estando o interesse de uma delas juridicamente protegido²⁶⁸. O pleito de um sujeito configura-se pela busca da satisfação de algo, mas só haverá conflito se duas ou mais pessoas, naturais ou jurídicas, manifestarem anseio pelo mesmo bem, material ou imaterial. Por essa perspectiva, a concordância de uma das partes põe fim ao conflito, pois a resistência e o inconformismo, como vetores contrapostos e responsáveis pelo surgimento do conflito, não só o fazem nascer, mas também o mantêm vivo²⁶⁹. Essa é a dimensão do conflito a ser capturada pela ciência jurídica, a que o Poder Judiciário deve responder com prestação jurisdicional.

Diante dos inúmeros conflitos existentes na sociedade, o ordenamento jurídico regulamentar da maneira mais ampla possível as situações consideradas essenciais à harmoniosa convivência social, conferindo diversos direitos e garantias. Assim, o titular do interesse amparado pelo ordenamento jurídico possui direito subjetivo. Pode ocorrer, neste ínterim, a satisfação desse direito material pela atuação espontânea da outra parte, em cumprimento ao que o ordenamento jurídico estipula. Todavia, na ausência de um comportamento espontâneo, como a atuação coercitiva é privativa do Estado pela vedação da autotutela (em regra), o prejudicado poderá buscar a atividade jurisdicional em substituição à atividade voluntária do destinatário da norma.

²⁶⁸ Para identificar esse fenômeno humano, esclarece-se que no decorrer desta tese não será utilizada a expressão “lide sociológica”, mas sim a expressão “conflito verídico”, pela conceituação objetiva feita por Morton Deutsch, in “A resolução do conflito: processos e destrutivos”, ob. cit., 2004, p. 36 e ss, conforme explanação feita no Item 2.2.1., do Capítulo 2, Parte I.

²⁶⁹ Cf. John W. Cooley, in *A advocacia na mediação*, ob. cit., 2001, p. 195, “Na raiz de todas as disputas há necessidades ou interesses humanos que parecem estar em conflito ou que estão insatisfeitos em alguma medida. (...) As necessidades ou os interesses das partes em qualquer situação específica podem ser satisfeitos por uma variedade de meios, e por vezes um conflito provoca uma solução melhor do que a que as partes teriam conseguido se o conflito ou o encontro não tivessem ocorrido”.

Há, porém, interesses que não podem ser traduzidos especificamente em direitos e não encontram correspondência específica no ordenamento jurídico, mas que também carecem de tratamento adequado. Considerando a judicialização da política, Marcos Paulo Veríssimo destaca justamente esses modelos contrapostos: um de adjudicação de direitos e outro de gestão de interesses²⁷⁰. Essa oposição de modelos é delineada a partir de seis eixos: o da epistemologia subjacente, o dos valores subjacentes, o da temporalidade, o da forma de regulação, o dos tipos de julgamento e o das prerrogativas. Fica evidente a lógica gradualista e relativista da gestão de interesses, com certa inadequação instrumental.

Nesse sentido, observa o autor que “o processo é aparelhado para proteger direitos, mas não age de forma tão eficiente com os interesses. Quando esses passam a ser judicializados mais intensamente que aqueles (isso acontece, creio, no plano dos litígios coletivos, especialmente daqueles ligados a bens comuns, verdadeiramente indivisíveis), as respostas judiciais tornam-se substancialmente mais erráticas, desajustadas, incompletas”²⁷¹.

O ordenamento pátrio está construído sob uma estrutura binária que destaca o interesse como direito, isto é, o interesse juridicamente protegido. Sendo assim, ou o interesse é recebido como direito e pode ser abarcado pelo ordenamento ou não terá proteção processual, podendo encontrar desdobramento em outra esfera, como a moral, a política ou a economia.

Ademais, a dogmática jurídica tem a função de reduzir a complexidade do conflito, sobretudo ceifando elementos subjetivos e objetivos para enquadrá-lo na lógica formal e

²⁷⁰ Nesse sentido, v. Marcos Paulo Verissimo, in *A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil: o processo judicial no pós-1988*, Tese de doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006, p. 135-136. O autor destaca a diferença de julgamentos, apresentando dois modelos: um voltado à adjudicação, como julgamento dedutivo, de legalidade, com aplicação do direito ao fato e com prerrogativas de direitos justapostos e hierarquizados; já o outro voltado à gestão de interesses, como julgamento de equidade, dentro da margem de manobra da norma, na medida da “justa” composição, com prerrogativas de interesses que se diluem e se confundem. O autor, referindo-se ao modelo de gestão de interesses, menciona que “como podem as cortes de justiça, com seu arsenal instrumental clássico, darem conta do novo modelo? Essa é uma das questões adicionais colocadas pela análise da crítica instrumental à luz da emergência dos interesses como posições de vantagem típicas de uma sociedade contemporânea plural”, ob. cit., p. 136.

²⁷¹ Segundo Marcos Paulo Verissimo, in *A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil: o processo judicial no pós-1988*, ob. cit., 2006, p. 126.

processual do tratamento estatal jurisdicional²⁷². Nesse sentido, o tratamento jurisdicional não pode, em primeira análise, captar todo o conflito sociológico, sendo sua resposta, com isso, forçosamente parcial – fato que é agravado quando enfocados interesses. Por isso, a inserção de meios consensuais no tratamento judiciário de conflitos deve ser considerada um alargamento das opções voltadas à resolução, preconizando a responsabilidade das pessoas e ainda favorecendo um tratamento mais completo por estar voltado à resolução do conflito sociológico, afinada com a proteção dos interesses, inclusive dos que não encontram correspondência específica no ordenamento jurídico ou não podem ser enquadrados numa lógica binária.

Nesta tese, a noção de interesse se contrapõe à de direito subjetivo, uma vez não são adotados como sinônimos²⁷³. No presente estudo, enfatiza-se a ponderação de interesses que substitui a estrita aplicação de direitos, pois os meios consensuais de resolução de conflitos estão mais intensamente ligados à realidade e não apenas àquilo que foi judicializado do conflito, acabando por gerar a demanda²⁷⁴. Dessa forma, os interesses podem ser definidos como o que as partes realmente querem ou precisam, o que não coincide forçosamente com a posição defendida em juízo. Trata-se da distinção entre os interesses e as posições²⁷⁵.

²⁷² Sobre o tema, destacando a necessidade de adequação da dogmática jurídica ao desenvolvimento da complexidade social, v. Tércio Sampaio Ferraz, in *Função social da dogmática jurídica*, São Paulo, Max Limonad, 1998.

²⁷³ Kazuo Watanabe, in *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, 8ª Ed, Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 800-801, menciona que, especificamente sobre a matéria em questão, “os termos “interesses” e “direitos” foram utilizados como sinônimos, certo é que, a partir do momento em que passam a ser amparados pelo direito, os “interesses” assumem o mesmo status de “direitos”, desaparecendo qualquer razão prática, e mesmo teórica, para a busca de uma diferenciação ontológica entre eles. A necessidade de estar o direito subjetivo sempre referido a um titular determinado ou ao menos determinável impediu por muito tempo que os “interesses” pertinentes, a um tempo, a toda uma coletividade e a cada um dos membros dessa mesma coletividade, como, por exemplo, os “interesses” relacionados ao meio ambiente, à saúde, à educação, à qualidade de vida etc., pudessem ser havidos por juridicamente protegíveis. Era a estreiteza da concepção tradicional do direito subjetivo, marcada profundamente pelo liberalismo individualista, que obstava a essa tutela jurídica. Com o tempo, a distinção doutrinária entre “interesses simples” e “interesses legítimos” permitiu um pequeno avanço, com a outorga de tutela jurídica a esses últimos. Hoje, com a concepção mais larga do direito subjetivo, abrangente também do que outrora se tinha como mero “interesse” na ótica individualista então predominante, ampliou-se o espectro de tutela jurídica e jurisdicional”.

²⁷⁴ Para André Gomma de Azevedo (Organizador), in *Manual de Mediação Judicial*, ob. cit., 2010, p. 28, afirma que “Um conflito se mostra necessário para a articulação de uma demanda. Um conflito, todavia, pode existir sem que uma demanda seja proposta. Assim, apesar de uma disputa não poder existir sem um conflito, um conflito pode existir sem uma disputa”.

²⁷⁵ Para Lawrence Susskind, Jeffrey Cruikshank e Yann Duzert, in *Quando a maioria não basta: método de negociação coletiva para a construção de consenso*, Tradução de Yves Bergounoux, Rio de Janeiro, FGV, 2008, p. 99, os conflitantes “devem aprender a distinguir suas posições de seus interesses (um processo de construção de consenso serve aos interesses das pessoas). Quando alguém menciona uma exigência inflexível (uma posição), ela na verdade apresenta o que considera como a única ou a melhor

Enquanto o interesse motiva as demandas das partes – são os conflitos subjacentes, contingentes ou verídicos –, a posição é a forma como as partes os apresentam – são os conflitos contingentes, deslocados ou mal atribuídos. Em regra, numa disputa, os verdadeiros desejos e preocupações das partes é que constituem seus interesses, mas são os motores silenciosos por trás daquilo que apresentam em juízo como direito²⁷⁶. Vale destacar que direitos subjetivos são interesses protegidos pela lei, contudo, nem todo interesse encontra uma correspondente e específica proteção material e processual do direito – chegando muitas vezes haver impropriedade do conflito que a parte apresenta como direito e o conflito verídico, ficando subjacente o que a parte de fato pretende com aquela ação ou defesa.

Neste ponto, entra a transsubstancialidade do processo, deixando de estar o estudo da resposta estatal ao conflito confinado ao campo da exegese processual e passando a buscar as peculiaridades do caso concreto²⁷⁷. Os conflitos não são apenas fenômenos individuais. A sociedade atual não se limita mais aos conflitos relacionados à velha dicotomia daqueles privados, exemplificada pelo antagonismo dos personagens Tício e Caio. A crescente complexidade e o emaranhado de relações sociais certamente têm gerado conflitos estruturalmente maiores, apresentando dimensões abstrusas e dependentes de soluções diversas daquelas tradicionalmente adjudicatórias.

Segundo Carlos Alberto de Salles, “do mesmo modo que o processo não consegue abarcar a complexidade envolvida em situações conflitivas determinadas, também o direito material não consegue dela dar conta. Por essa razão, surge a necessidade de a análise jurídica trabalhar sob uma perspectiva mais aberta, considerando não apenas a realidade normativa, mas também aquela política, econômica e social na qual ela está envolvida, para além da perspectiva exclusivamente jurídica. Na consideração da resposta processual, portanto, surge a necessidade, também, de trabalhar com um

solução para o problema. O que o grupo precisa aprender a ouvir são as razões por trás dessa crença (interesses)”.

²⁷⁶ Essa é a defesa feita pelos autores Roger Fisher; William Ury e Bruce Patton, in *Como chegar ao sim*, ob. cit., 2005, p. 58 e ss.

²⁷⁷ Para Carlos Alberto de Salles, in *A arbitragem na solução de controvérsias contratuais da administração pública*, ob. cit., 2010, p. 48, “ocorre, portanto, um inegável alargamento do campo de investigação do processualista, muito embora esse alargamento seja – o que pode parecer paradoxal – direcionando a uma resposta de maior especificidade”.

paradigma jurídico mais aberto, levando em consideração elementos não apenas do direito material, mas, igualmente, de outros fatores externos ao próprio direito”²⁷⁸.

Acresça-se ainda a grande influência do meio para chegar ao deslinde dos conflitos. Nesse sentido, William Ury ratifica que o conflito está completamente inserido na sociedade, que inclusive tem papel de destaque na interação com essas relações, fazendo parte delas²⁷⁹. O ambiente não só influencia, mas é fator determinante para o desfecho dos conflitos²⁸⁰ e essa relação é determinante para o alastramento do conflito ou para a sua desaceleração. Isso porque o direcionamento pode potencializar as consequências positivas ou negativas do conflito e, nessa empreitada, tanto é necessário o correto diagnóstico do conflito, porque proporcionará melhor enfrentamento; quanto o é a construção de um sistema de Justiça baseado no modelo de múltiplas portas, que poderá oferecer diversos meios de resolução de conflitos²⁸¹.

A institucionalização dos meios consensuais permite tratar melhor alguns tipos de conflitos²⁸². Além disso, a previsão de diversas formas de tratamento, bem como a respectiva combinação entre eles, pode ser muito útil na implementação de um sistema de Justiça mais condizente com os novos tempos, por abandonar a hegemonia das resoluções distributivas e, definitivamente, inserir a possibilidade de resoluções

²⁷⁸ Nesse sentido, Carlos Alberto de Salles, in *A arbitragem na solução de controvérsias contratuais da administração pública*, ob. cit., 2010, p. 48.

²⁷⁹ Cf. *Chegando à paz – resolvendo conflitos em casa, no trabalho e no dia-a-dia*, Rio de Janeiro, Campus, 2000, p. 26. O autor destaca ainda que “todo conflito ocorre dentro de uma comunidade que constitui o ‘terceiro’ de qualquer conflito. (...) O terceiro é a comunidade circunjacente, que serve de recipiente de qualquer conflito que gradualmente assuma proporções mais intensas. Na ausência desse recipiente, um conflito grave entre duas partes transforma-se facilmente em contenda destrutiva. Dentro do recipiente, porém, o conflito pode, pouco a pouco, transforma-se de confronto em cooperação.”

²⁸⁰ Para Mara Caffê, in *Psicanálise e direito: a escuta analítica e a função normativa jurídica*, ob. cit., 2010, p. 169, na judicialização do conflito há “dessubjetivação”. Em nota, a autora esclarece que “tal subjetividade particular é marcada pelo afastamento do conflito de suas condições afetivas originárias, de seus parâmetros de singularidade, e pela forte racionalização dos seus termos. Este processo nos parece tão vigoroso na prática jurídica que decidimos referi-lo com o termo “dessubjetivação”.

²⁸¹ Segundo Andréa Maciel Pachá, “Movimento pela conciliação – o foco na sociedade”, ob. cit., 2011, p. 87, “O Judiciário necessita ocupar o espaço público, informando à sociedade, de forma clara, seus objetivos, métodos e funcionamento. Os resultados alcançados e o espaço ocupado na mídia foram fundamentais para a consolidação do Movimento, para sua ampliação e credibilidade”.

²⁸² Segundo Eliana Riberti Nazareth, “A prevenção da violência através da discussão da multidisciplinar”, in *Direito de família e ciências humanas*, Cadernos de estudo nº 2, Coordenação de Eliana Riberti Nazareth e Maria Antonieta Pisano Motta, São Paulo, Jurídica Brasileira, 1998, p. 75, ao abordar a conveniência da adoção de uma criança fruto de incesto, há relevância do tratamento de todas as peculiaridades do conflito. Afirma a autora que, em um caso concreto, “Tratava-se, pois, de trabalhar a psicodinâmica da família para promover uma maior discriminação e uma melhor utilização dos recursos internos a fim de que uma separação pudesse ser tolerada sem desdobramentos ainda mais catastróficos”.

integrativas capazes de proporcionar maior utilidade às partes por soluções colaborativas²⁸³.

2.3. MEIOS CONSENSUAIS²⁸⁴

Como já enfatizado, o principal destaque dos meios consensuais é a possibilidade da resolução construtiva do conflito, já que estão estruturados para atingir de forma mais enfática a pacificação – o que se contrapõe à sentença, limitada a ditar autoritariamente a regra jurídica para o caso concreto e, na quase totalidade das vezes, não aceita pela parte perdedora, que se insurge com todos os recursos e impugnações possíveis.

Além da impossibilidade de soluções integrativas, outro entrave da prestação jurisdicional tradicional, superado pelos meios consensuais, é a resolução deslocada, parcial ou superficial do conflito. Apenas parcela da contenda é institucionalizada, porque há uma limitação natural pela judicialização, sem possibilidade alguma de o magistrado pacificar o conflito verídico, que normalmente é mais amplo do que a demanda apresentada. É possível ainda que seja judicializado um conflito circunstancial, deslocado ou mal atribuído e, sendo assim, a resposta do Judiciário não chegará à resolução do conflito verídico.

Os meios consensuais buscam uma prospecção, compondo e prevenindo situações de tensão e rupturas, além de investigar a tipologia do conflito, na tentativa de delinear o

²⁸³ Cf. Kazuo Watanabe, enfatizando a Resolução nº 125 do CNJ, menciona que “a expressão “tratamento adequado dos conflitos” considera justamente que é necessário que se investigue a natureza do conflito e o serviço de triagem, a ser implantado nos Centros Judiciários, tem exatamente essa serventia”, em entrevista à Mediativa – Instituto de Mediação Transformativa, em 30.05.2011, disponível em <<http://www.mediativa.org.br/index.php/miatiativa/content/view/full/669?intSecao=2&intConteudo=186>>, acessado em 20.07.2011.

²⁸⁴ Sobre a distinção de meio, mecanismo e método de resolução de conflitos, v. Petrônio Calmon, *in Fundamentos da mediação e da conciliação*, ob. cit., 2007, p. 33. Para o autor, “enquanto o processo é o método de realização da tutela jurisdicional e a força é o método da autotutela, a negociação, a mediação e a conciliação, dentre outros, são mecanismos facilitadores, auxiliares e/ou incentivadores da autocomposição; cada um deles utilizando métodos apropriados. Em resumo, autotutela, autocomposição e tutela jurisdicional são meios de solução para os conflitos. O Poder Judiciário (ou simplesmente Justiça) é o mecanismo de exercício da tutela jurisdicional. Processo é o seu método. Os meios de obtenção da autocomposição podem ser informais ou formais, estes exercidos por mecanismos diversos (negociação, mediação e conciliação etc) e por métodos de trabalho apropriados (técnicas).

conflito verídico. A coexistência é enfatizada como elemento valorativo importante nesses meios²⁸⁵, favorecendo a mudança de estratégia das partes.

Os meios consensuais são caracterizados por métodos próprios, que se verificam pela aplicação de diversas técnicas, pressupondo processos de seleção, capacitação e aperfeiçoamento contínuo dos seus condutores²⁸⁶. A importância da sistematização dos meios consensuais mais enfatizados na doutrina nacional está na verificação do cenário, que permitirá identificar as verdadeiras características da conciliação.

2.3.1. SISTEMATIZAÇÃO DOS PRINCIPAIS MEIOS CONSENSUAIS

Neste ponto, busca-se uma sistematização dos meios consensuais de solução de conflitos. Entretanto, é preciso ressaltar que este estudo não esgota todas as possibilidades de modelos consensuais, como demonstra a experiência norte-americana, que se vale de diversos mecanismos baseados no consenso²⁸⁷ e ainda uma série de possibilidade de configurações híbridas²⁸⁸.

Apenas para exemplificar, como já destacado, o *ombudsman*, funcionário escolhido pela própria instituição para investigar reclamações e encaminhar soluções dentro de determinada instituição, prevenindo disputas e facilitando a sua resolução no âmbito interno. Existe ainda o *factfinding*, sujeito neutro em relação à situação conflitiva, contratado para levantar fatos que gerem elementos para uma decisão interna ou que balizem, num segundo momento, uma negociação, mediação ou processo judicial.

²⁸⁵ Para Fernanda Tartuce, in *Mediação nos conflitos civis*, ob. cit., 2008, p. 60, “Pela própria dificuldade de executar decisões impostas por outrem, vem crescendo o reconhecimento de que a persuasão é um elemento importante para alcançar o efetivo cumprimento dos pactos, ensejando o cumprimento espontâneo de outra parte (ainda que obtido após intensas negociações)”.

²⁸⁶ Cf. Leslie Shérída Ferraz, in *Juizados Especiais Cíveis e acesso à Justiça qualificado*, ob. cit., 2008, p. 95.

²⁸⁷ Como bem salienta Carlos Alberto de Salles, “Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à Justiça”, ob. cit., 2006, p. 790.

²⁸⁸ Segundo André Gomma de Azevedo (organizador), “Glossário: métodos de resolução de disputas”, ob. cit., 2004, p. 311, “O termo híbrido é utilizado na literatura de resolução de conflitos para indicar uma classe de processos cujas características advêm simultaneamente de métodos heterocompositivos e de métodos conciliatórios. A arb-med é um exemplo de método híbrido”.

É preciso frisar ainda a técnica chamada de *facilitação*, “um processo técnico para a articulação de diversos instrumentais e de redes, com vistas à solução de problemas e demandas específicas. Nela os resultados objetivados são predeterminados, em metas estrategicamente predefinidas. Há a parcialidade objetiva do facilitador, um terceiro, a favor do resultado a ser alcançado. O que são elementos indicadores de sua diferença em relação à mediação. Cuida-se de ferramenta utilíssima também para a implementação de políticas públicas”²⁸⁹.

Por esse meio, a cooperação entre as pessoas é estimulada²⁹⁰. Há favorecimento de valores de igualdade e de equidade, sendo a tomada de decisão compartilhada e as oportunidades geradas de forma aberta para as partes. O facilitador busca não só o equilíbrio de poder, mas também desenvolver a responsabilidade dos conflitantes, podendo adotar diferentes abordagens e estilos, de acordo com o resultado pretendido²⁹¹. A facilitação não é propriamente um meio de resolução de conflitos. É, sim, um método que pode ser utilizado em quaisquer meios não adjudicatórios de administração de conflitos.

A sistematização aqui realizada tem a finalidade de enfatizar as características dos principais meios consensuais para posteriormente desenvolver um conceito específico de conciliação, afinado com a pacificação de conflitos, a fim de verificar a legitimidade da sua institucionalização pelo Poder Judiciário.

²⁸⁹ Cf. Célia Regina Zapparolli, “Políticas públicas de Justiça e a mediação de conflitos intra-familiares em contextos de crimes processados pelas leis 9.099/1995 e 11.340/2006”, ob. cit., p. 542.

²⁹⁰ Para Bernard Mayer, *The dynamics of conflict resolution: a practitioner's guide*, ob. cit., 2000, p. 226, “The term facilitator is used in different ways, however it usually refers to someone who is conducting an interaction of some kind and whose focus is on guiding an improving the process of the interaction”.

²⁹¹ Para André Gomma de Azevedo (organizador), “Glossário: métodos de resolução de disputas”, ob. cit., 2004, p. 310, “O facilitador é um terceiro neutro cujo objetivo é auxiliar as partes no que se refere aos métodos utilizados para a resolução da disputa. É em geral um especialista em processos”. Já para Lawrence Susskind, Jeffrey Cruikshank e Yann Duzert, in *Quando a maioria não basta*, ob. cit., 2008, p. 37, “a facilitação se tornou uma profissão reconhecida, assim como seu primo mais formal, a mediação. Pessoas passam por um treinamento especializado para se tornar facilitadores e, como em todas as profissões, os bons são muito bons no que fazem. (...) O papel do facilitador varia segundo as necessidades de cada grupo. Em alguns casos, o facilitador só faz manter o debate nos trilhos. (Se o grupo for grande o suficiente e incluir subgrupos responsáveis pela produção de ideias sobre uma série de aspectos, o gerenciamento do processo pode se revelar uma tarefa complexa.) Em outros casos, especialmente se as partes se encontrarem num impasse sem opções, nada mais podendo ser trocado na mesa, o facilitador pode se envolver sugerindo alternativas radicalmente diferentes ao grupo”.

2.3.1.1. NEGOCIAÇÃO

A negociação tem sido caracterizada como o meio de resolução de conflitos em que não há participação de um terceiro interveniente. São as próprias partes que buscam por si a solução do conflito. Para esse meio, a autocomposição é direta²⁹². A negociação é realizada pelas próprias partes, mas pode haver o auxílio de pessoa especializada²⁹³. Trata-se de um profissional capacitado que assessora o desenvolvimento dos trabalhos, ajudando as partes pessoalmente, sem, contudo, conduzi-las. É a chamada *negociação assistida*²⁹⁴.

A negociação é meio idôneo de tratamento de conflitos, baseado na alteração de paradigmas²⁹⁵. Há criação de propostas colaborativas entre as partes, com substituição da premissa ganha-perde para o desenvolvimento daquela baseada no ganha-ganha. Isso porque os envolvidos tentarão influenciar a parte adversa, mas parece que as maiores possibilidades de as partes entrarem em entendimento estão nas propostas que redundam em vantagens para ambos os lados, com o atendimento de interesses recíprocos. Verificando-se concessões mútuas – alcançadas normalmente pela adoção de soluções distributivas –, configura-se a transação, contrato típico previsto no art. 840 do CC.

²⁹² Para Maria de Nazareth Serpa, in *Teoria e prática da mediação de conflitos*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1999, p. 108, “negociação é um processo onde as partes envolvidas entabulam conversações, no sentido de encontrar formas de satisfazer os interesses. Para Fernanda Tartuce, in *Mediação nos conflitos civis*, ob. cit., 2008, p. 60, “A vantagem da negociação entre os próprios envolvidos na situação controvertida é notória, porquanto, sendo um método personalíssimo, preserva a autoria e autenticidade dos negociadores na solução dos próprios conflitos, não existindo nada mais adequado e duradouro do que uma solução autonegociada”.

²⁹³ Francisco José Cahali, in *Curso de arbitragem*, ob. cit., 2011, p. 37, “Embora se refira à negociação como método exercido pelos próprios interessados, nada impede que seja promovida por terceiros – os negociadores. Porém, neste caso, o terceiro não será um facilitador em benefício das partes, mas um representante de uma delas, e em nome desta defenderá os seus interesses”.

²⁹⁴ Segundo Juliana Demarchi, in *Mediação – Proposta de implementação no processo civil brasileiro*, Tese de doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007, p. 110, “há que se mencionar aqui, ainda, que a negociação pode ser tentada diretamente pelas partes como auxílio de profissionais especialmente capacitados para o desenvolvimento de negociações. Este profissional pode ser um advogado ou um consultor oriundo de outra área de formação, que atuará auxiliando a parte a se preparar para a negociação. Ressalte-se que se trata de negociação assistida, e não de condução da negociação por um terceiro, o que redundaria na realização de uma conciliação ou mediação”.

²⁹⁵ Segundo Roberto Portugal Bacellar, in *Juizados Especiais*, ob. cit., 2003, p. 171, “negociação é uma técnica que tem por objetivo criar ou fazer evoluir um relacionamento baseado na confiança, gerando ou renovando compromissos múltiplos e facilitando a formulação de um acordo ou de novos acordos”.

A maior vantagem de recorrer à negociação é a expectativa do cumprimento voluntário, pois a construção da resolução dos conflitos pelas próprias partes indica verdadeira adesão à solução construída.

Sobre as técnicas de negociação, importa mencionar as contribuições do Projeto de Harvard²⁹⁶, que destaca fatores importantes para obter um acordo criterioso e sem concessões. É certo que a insuficiência do modelo estatal ensejou as discussões sobre novas formas de resolução de conflitos, sobretudo por determinados setores da sociedade. É o que se verificou principalmente na esfera empresarial, pois tais relações não se compatibilizam com um Poder Judiciário lento e imprevisível. A agilidade do mundo dos negócios não se coaduna com o vagaroso trâmite do devido processo legal. Nesse entretempo, ganhou destaque no contexto empresarial a realização de pactos de não recorrer ao Judiciário.

O projeto proposto por Harvard desconsidera a negociação baseada na barganha de posição. Ao contrário, propõe uma mudança radical de atitude dentro desse quadro. Inicialmente, a barganha de posição pode ser classificada em dois tipos: afável ou áspero. Segundo os autores, a posição afável consiste em identificar os participantes como amigos, fazer ofertas e concessões, confiar no lado oposto, ser amistoso, evitar o confronto e ceder à pressão, enquanto a áspera consiste em identificar os participantes como adversários, focar na vitória, exigir concessões como condição do relacionamento, desconfiar do lado oposto, ser ríspido e exercer pressão²⁹⁷.

É possível afirmar que a principal contribuição desse modelo é buscar um denominador comum para que sujeitos em conflito possam dialogar. Nesse sentido, o “jogo da negociação transcorre em dois níveis. Num deles, a negociação diz respeito à substância; no outro, concentra-se – em geral, implicitamente – no procedimento para lidar com a substância”. Sua definição pode ser estabelecida como “um método de negociação explicitamente destinado a produzir resultados sensatos, eficiente e amigavelmente”²⁹⁸.

²⁹⁶ Sobre o tema, v. Roger Fisher; William Ury e Bruce Patton, in *Como chegar ao sim*, ob. cit., 2005.

²⁹⁷ Segundo Roger Fisher, William Ury e Bruce Patton, in *Como chegar ao sim*, ob. cit., 2005, p. 21 e ss.

²⁹⁸ Nesse sentido, Roger Fisher; William Ury e Bruce Patton, in *Como chegar ao sim*, ob. cit., 2005, p. 28.

Isso significa que não apenas o que se quer está em discussão, mas a forma como consegui-lo também é de fundamental importância. Para essa teoria, o ponto vital é como o diálogo se desenvolve. Mesmo as normas de procedimento são negociáveis com tal objetivo, privilegiando o relacionamento e a comunicação entre os envolvidos.

Essa técnica de negociação apoia-se em quatro pontos fundamentais:

1. Pessoas: separar pessoas de problemas;
2. Interesses: buscar interesses e esquecer posições;
3. Opções: criar várias possibilidades de soluções;
4. Critérios: estabelecer padrão objetivo para o resultado.

Com isso, as partes deixam de ser competidores numa disputa e se reúnem na construção de uma solução comum. Cada participante será convidado a expor suas razões, necessidades e interesses, da mesma forma que será convidado a ouvir as ponderações do outro lado. Os envolvidos deverão buscar não apenas aquilo que lhes convém, mas opções de ganhos mútuos, em que ambos saiam beneficiados. Com certeza, o senso de equidade entre as partes tende a ser instigado²⁹⁹. Portanto, ao se tratar de uma demanda, há que considerá-la emanada dos conflitos seguramente mais amplos e que envolvem interesses e necessidades subjacentes. Se bem perseguidos, podem conferir nova tonalidade às posições inicialmente expressadas pelos envolvidos.

É bem provável que nisto consista a principal característica deste modelo: distinguir entre a posição adotada e o interesse verdadeiro, embora subjacente, contribuição que pode incrementar qualquer meio consensual. Os interesses e as necessidades das partes devem ser trabalhados, através da adequada aplicação das técnicas de comunicação. Será imprescindível ao sucesso de um meio consensual quebrar as posições e levar as partes a percorrer outros caminhos.

²⁹⁹ Segundo estes ensinamentos, “um acordo sensato pode ser definido como aquele que atende aos interesses legítimos de cada uma das partes na medida do possível, resolve imparcialmente os interesses conflitantes, é duradouro e leva em conta os interesses da comunidade”, cf. Roger Fisher; William Ury e Bruce Patton, *in Como chegar ao sim*, ob. cit., 2005, p. 22.

2.3.1.2. CONCILIAÇÃO³⁰⁰

Nesse meio, a autocomposição é bilateral, facilitada pela intervenção de um terceiro neutro e imparcial. É forma consensual das partes estabelecer uma comunicação eficaz, com vistas a uma solução que tenha por base criar propostas garantidoras de ganhos mútuos³⁰¹.

Entretanto, sempre que conceituada, a conciliação apresenta-se como meio de resolução dos conflitos com foco no acordo e frequentemente é vista como mediação de segunda classe³⁰². Muitas vezes, são feitas menções à pressão exercida pelo terceiro ou o foco na resolução da contenda, mesmo sem atender ao verdadeiro interesse das partes³⁰³.

Para diversos autores, a conciliação difere da mediação por ter objetivo específico. Nesse sentido, “a diferença fundamental entre a mediação e a conciliação reside no conteúdo de cada instituto. Na conciliação, o objetivo é o acordo, ou seja, as partes, mesmo adversárias, devem chegar a um acordo para evitar o processo judicial. Na mediação, as partes não devem ser entendidas como adversárias e o acordo é consequência da real comunicação entre as partes. Na conciliação, o mediador sugere, interfere, aconselha. Na mediação, o mediador facilita a comunicação, sem induzir as partes ao acordo”³⁰⁴.

³⁰⁰ Vale reiterar que a abordagem feita neste item destaca as principais considerações da doutrina pátria sobre a conciliação. Já para o desenvolvimento de um conceito próprio, v. Item 3.2., do Capítulo 3, Parte II.

³⁰¹ Francisco José Cahali, in *Curso de arbitragem*, ob. cit., 2011, p. 37, “Os meios da conciliação e mediação pressupõem a intervenção de um terceiro, imparcial, para facilitar a composição entre os interessados. O terceiro aqui comparece para ajudar as partes a encontrar a melhor solução ao conflito”.

³⁰² Para Roberto Portugal Bacellar, in *Juizados Especiais*, ob. cit., 2003, p. 175, “A conciliação é o acordo de vontades, em que as pessoas fazem concessões mútuas a fim de solucionar o conflito. (...) A conciliação trata superficialmente da questão pelos interessados e enfoca os aspectos objetivos e limitados da controvérsia”.

³⁰³ Cf. Nilton Agnaldo Moraes dos Santos, in *Código de Processo Civil interpretado*, Coordenação de Antonio Carlos Marcato, 3 ed., São Paulo, Atlas, 2008, p. 1415, “A conciliação é o acordo a que chegam as partes para a solução do litígio, seja por meio da transação, seja pela renúncia à pretensão, seja ainda pelo reconhecimento da procedência do pedido. Se atingir a totalidade do objeto litigioso, qualquer dessas situações enseja a prolação de uma sentença definitiva, apta a produzir coisa julgada material”.

³⁰⁴ Para Lília Maia de Moraes Sales, in *Justiça e mediação de conflitos*, ob. cit., 2004, p. 38. Na mesma linha, segue Fernanda Tartuce, in *Mediação nos conflitos civis*, ob. cit., 2008, p. 66, afirmando que “Por tal técnica de autocomposição, um profissional imparcial intervém para, mediante atividades de escuta e investigação, auxiliar os contendores a celebrar um acordo, se necessário expondo vantagens e desvantagens em suas posições e propondo saídas alternativas a controvérsia sem, todavia, forçar a realização do pacto. O objetivo de sua atuação é alcançar um acordo que, ainda que não plenamente satisfatório, evite complicações futuras com dispêndio de tempo e dinheiro”.

Na mesma linha, Águida Arruda Barbosa entende que “na conciliação ocorre uma reorganização lógica no tocante aos direitos que cada parte acredita ter, polarizando-os, eliminando os pontos incontroversos, para delimitar o conflito, e, com técnicas adequadas, o conciliador visa corrigir as percepções distorcidas, aproximando as partes em um espaço concreto. Neste equivalente jurisdicional, o conciliador intervém com sugestões, alerta sobre as possibilidades de perdas recíprocas das partes, sempre conduzidas pelo jargão popular ‘antes um mau acordo que uma boa demanda’. Em suma, submetidas à conciliação as partes admitem perder menos, num acordo que num suposto sentenciamento desfavorável, fundamentado na relação ganhador-perdedor”³⁰⁵.

Dessa forma, a conciliação é apresentada como meio de resolução de conflitos pela autocomposição indireta ou triangular³⁰⁶, posto existir um terceiro que interfere na composição, com a finalidade de pôr fim ao conflito³⁰⁷. Tão-somente.

2.3.1.3. MEDIAÇÃO

No sistema brasileiro, a mediação não é classificada pelos seus diversos enfoques, contudo é possível identificar abordagens completamente distintas³⁰⁸. Assim, para

³⁰⁵ Cf. *Mediação familiar: instrumento transdisciplinar em prol da transformação dos conflitos decorrentes das relações jurídicas controversas*, Dissertação de mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2003, p. 55.

³⁰⁶ Para Roberto Portugal Bacelar, in *Juizados Especiais*, ob. cit., 2003, p. 175, “a conciliação é o acordo de vontades, em que as pessoas fazem concessões mútuas a fim de solucionar o conflito. (...) A conciliação trata superficialmente da questão trazida pelos interessados e enfoca os aspectos objetivos e limitados da controvérsia. O conciliador, na conciliação, tem atuação mais ativa no mérito da questão, facilitando, sugerindo soluções, orientando os interessados, até mesmo sobre enfoques jurídicos”.

³⁰⁷ Nesse sentido, Adolfo Braga Neto, “Reflexões sobre a conciliação e a mediação de conflitos”, in *As transformações do processo civil brasileiro – Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*, Coordenação de Carlos Alberto de Salles, São Paulo, Quartier Latin, 2009, p. 492, enfatizando que “por isso, muito autores destacam que ao conciliador é permitida a apresentação de sugestões, pois o objetivo é evitar desgastes de uma batalha e um terceiro sem vínculo com as partes de maneira mais livre poderá fazê-las refletir sobre tais sugestões que nunca são impositivas ou vinculativas. O objetivo maior da conciliação, portanto, é o acordo para pôr fim a potencial demanda judicial existente ou não”.

³⁰⁸ Apesar da estruturação existente, a multiplicidade de abordagens da mediação também é vista como um entrave no sistema norte-americano. Nesse sentido, Leonard L. Riskin desenvolve um estudo com diversas perspectivas em “Compreendendo as orientações, estratégias e técnicas do mediador: um padrão para perplexos”, *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*, Organização de André Gomma de Azevedo, Tradução de Henrique Araújo Costa, Brasília, Brasília Jurídica, 2002, disponível em <http://www.ipea.gov.br/ouvidoria/images/stories/pdf/mediacao_negociacao_volume1.pdf>, acessado em 12.07.2011, da publicação original “Understanding mediators’ orientations, strategies and techniques: a grid for the perplexed”, in *Harvard Negotiation Law Review*, Vol. 7, 1996. O autor afirma que “Há uma imensa gama de atividades que cabem no conceito geral e amplamente aceito de mediação – um processo no qual um terceiro imparcial, a quem falta autoridade para a impor uma solução, ajuda as partes a resolver a disputa ou a planejar uma transação. Alguns desses processos têm muito pouco em comum.

aclarar a matéria sem perder a limitação do presente estudo, far-se-á uma síntese das principais abordagens desse instituto.

Numa conceituação clássica, a mediação pode ser considerada “técnica pela qual uma terceira pessoa, treinada, capacitada e neutra, auxilia as partes em conflito no conhecimento das multifacetadas origens da controvérsia, de modo que elas, uma vez ampliado o conhecimento, construam, por si, a composição do litígio de maneira satisfatória (ou menos insatisfatória possível) à sua realidade interna e externa”³⁰⁹.

Esse conceito se coaduna com uma abordagem facilitativa do método, pois o mediador não emite parecer algum sobre o caso, nem pode recomendar como resolvê-lo. O mediador deve apenas utilizar técnicas de comunicação para auxiliar as partes e seus advogados, no intercâmbio de informações e incentivando a criatividade, para que cheguem a sua própria decisão, que deve refletir uma resolução conjunta sobre o conflito. Entretanto, a mediação permite uma abordagem avaliativa, caso em que o mediador fica autorizado pelas partes a emitir um parecer ou uma recomendação quanto às possíveis resoluções para o conflito, valorando acertos e indicando saídas razoáveis³¹⁰.

É possível ainda que exista uma mediação combinada entre essas abordagens, usando concomitantemente técnicas de facilitação e de avaliação. Assim, o mediador está autorizado a primeiramente tentar atingir uma solução mediante o uso de técnicas de

Além disso, não há nenhum sistema lógico ou amplamente aceito para sua identificação, descrição ou classificação. Até agora a maioria dos doutrinadores, bem como mediadores, advogados e outras pessoas que trabalham com mediação, não têm uma imagem definida do que é, ou deveria ser, a mediação. Em razão disso, quase toda troca de idéias sobre mediação sofre de ambigüidade – é o problema do *ser* e do *dever ser*. Isso cria uma grande dificuldade aos que tentam determinar como, ou mesmo se, deve-se tomar parte em uma mediação e, quando ela é acolhida, como selecionar, treinar, avaliar os mediadores, bem como regulamentar seu processo”, ob. cit., p. 13.

³⁰⁹ Cf. Fernanda Tartuce, in *Mediação nos conflitos civis*, ob. cit., 2008, p. 69-70. Apresentando conceito diverso da maioria dos autores que tratam do tema, enfatizando a possibilidade de induzimento também nesse meio de resolução de conflitos, Roberto Portugal Bacelar, in *Juizados Especiais*, ob. cit., 2003, p. 174-175, afirma que “a mediação pode ser definida como técnica *lato senso* que se destina a aproximar pessoas interessadas na resolução de um conflito e induzi-las a encontrar, por meio de uma conversa, soluções criativas, com ganhos mútuos e que preservem o relacionamento entre elas. (...) Busca um diálogo assistido por um terceiro (mediador), tendente a propiciar acordos satisfatórios para os interessados (por eles desejados), preservando-lhes o bom relacionamento”.

³¹⁰ Cf. John W. Cooley, in *A advocacia na mediação*, ob. cit., 2001, p. 43

comunicação e, se não tiver sucesso com esse método, perto do encerramento da sessão final, emite um parecer sobre como solucionar o caso³¹¹.

Já a mediação preconizada pela Escola de Harvard volta-se à comunicação, estabelecendo uma ordem a partir do caos de pensamentos, percepções e sentimentos, com vista à solução do conflito pelo acordo entre as partes. Os interesses e as necessidades das partes são investigados, mas a relação intersubjetiva não é necessariamente enfocada.

Nessa abordagem, o mediador atua pela percepção de erros passados que prejudicam a compreensão do presente e distorcem a percepção do futuro. A correta percepção dos interesses das pessoas envolvidas garantirá a eficácia do método e, conseqüentemente, a dissolução das desavenças. Segundo esse entendimento, o conflito existe por causa das diferenças. Portanto, se houver diminuição dessa tensão e aproximação das partes, o conflito será automaticamente aliviado ou extinto.

Durante a mediação, a investigação é focada nos interesses convergentes, bem como nos possíveis valores e crenças causadores das divergências. O método não busca modificar a relação entre as partes, senão resolver o conflito pelo ajuste entre as partes. Considera para tanto os valores, isto é, preconiza o entendimento do justo para o deslinde, pois depende muitas vezes do contexto cultural e político em que o conflito se instala. Vale esclarecer que não há conciliação no sistema norte-americano, por isso essas considerações parecem afastar-se do que a doutrina brasileira entende como mediação e aproximar-se da conciliação, visto que é um modelo que busca dar resposta aos conflitos mais objetivos e pontuais.

De outro lado, há mediação transformativa, que decorre de uma reação aos modelos supracitados, mais focados no acordo. É verdade que as disputas empresariais muito impulsionaram o desenvolvimento dos meios consensuais, sobretudo pelo incremento de técnicas, contudo, dedica especial interesse à resolução do conflito pelo acordo.

³¹¹ Cf. John W. Cooley, in *A advocacia na mediação*, ob. cit., 2001, p. 43

Essas técnicas foram ampliadas e modificadas contemporaneamente, na medida em que os meios consensuais se expandiram e acabaram por chamar a atenção de outros estudiosos, que conceberam modelos mais humanizados. A partir daí, passou-se a defender o enfoque do tratamento às relações intersubjetivas. A principal característica desse método é ocupar-se mais dos conflitantes, colocando a resolução do conflito como fator consequente e não determinante da atuação do mediador. Dessa forma, a solução do conflito passa a ser vista como possibilidade e não como finalidade da intervenção³¹².

As partes conflitantes podem definir seus problemas e construir suas metas pelo exercício da autodeterminação, pelo empoderamento ou revalorização e pelo reconhecimento. Essas são figuras que merecem destaque por realmente incrementar o método. O empoderamento ou revalorização é o desenvolvimento da consciência da parte, proporcionando o fortalecimento da sua capacidade, a fim de permitir uma atuação com mais confiança e liberdade. No reconhecimento, observa-se a intervenção do mediador no sentido de que as partes compreendam não apenas seus próprios sentimentos e emoções pessoais, mas também os da outra parte.

Esse modelo permite o conhecimento pessoal e o conhecimento do outro, fortalecendo a capacidade intrínseca de as partes se relacionarem. Com isso, espera-se que as partes se vejam mutuamente como humanos e, em certa medida, semelhantes, passíveis de erros e acertos, todos com suas respectivas limitações³¹³. Há uma superação dos entraves verificados inicialmente para que as partes trabalhem a relação existente, criando compromissos na construção dessa solução. Essas são as dimensões a destacar porque modificam a relação intersubjetiva, tendo mais valor do que qualquer acordo firmado. Se as partes chegarem a compor-se, será mera expressão de uma alteração maior, atingida pela edificação e estruturação de uma nova visão moral e social.

³¹² Foi graças ao encontro de um teórico da negociação, Robert A. Bush, e um teórico da comunicação, Joseph F. Folger, que outro padrão foi concebido, privilegiando os conflitantes ao invés do conflito, esse modelo foi denominado “mediação transformativa”. Nesse sentido, v. Robert A. Bush e Joseph P. Folger, *La promesa de la mediación*, Buenos Aires, Granica, 2006.

³¹³ Para Luis Alberto Warat, in *O ofício do mediador*, ob. cit., 2001, p. 31, o objetivo da mediação não é o acordo, mas a transformação das pessoas e seus sentimentos, redimensionando o conflito. Segundo o autor, “a mediação é um trabalho de reconstrução simbólica do conflito, que é capaz de promover uma transformação no conflito por meio de uma reinterpretação que, conferindo novas significações à relação conflituosa, recrie a possibilidade de uma convivência harmônica das diferenças”, ob. cit., p. 76.

Nesse sentido, as bases desse método promovem uma transformação qualitativa da interação humana, integrando forças individuais e permitindo o fortalecimento da cultura de paz num nível social mais amplo. Não se verificará transformação por reestruturações institucionais, mas pelo crescente refinamento da consciência dos cidadãos. Esse método busca desenvolver a corresponsabilidade entre as partes, tendo potencial para produzir mudanças significativas na percepção dos participantes e torná-los mais independentes nos caminhos escolhidos³¹⁴.

Vale frisar que grande parte da doutrina brasileira parece reconhecer essa abordagem como a legítima mediação do sistema pátrio³¹⁵.

Outrossim, enfatizando a relação intersubjetiva, segue a mediação circular-narrativa, usando como método a desconstrução e a desestabilização³¹⁶. Nessa abordagem, o mediador foca a interação das partes, pela verbalização dos conteúdos que lhes causam desconforto e, em paralelo, trabalha a conscientização do protagonismo mútuo no processo conflituoso. Nesse modelo, a circularidade é o ponto principal. O mediador realiza uma comunicação, favorecendo a circularidade da discussão, permanentemente retroalimentada pelos envolvidos. O foco não está nas causas do conflito, mas nos conflitantes. O contexto do conflito também é considerado.

³¹⁴ Sobre mediação transformativa, Juan Carlos Vezzulla, “Ser mediador – reflexões”, in *Estudos sobre a mediação e arbitragem*, Organização de Lília Maia de Moraes Sales, Rio – São Paulo – Fortaleza, ABC Editora, 2003, p. 117, enfatiza que “Se o objetivo da mediação consiste em conseguir que os clientes possam exercer a autodeterminação, o mediador deve cumprir a função emancipadora de conduzir e acompanhar os mediados em seus processos catárticos de libertar-se do medo – próprio dos dominados – e da piedade – própria dos dominadores. Mas o caminho que devem percorrer para isso é exclusivo dos mediados; uma vez fortalecidos (reconhecidos como sujeitos do saber) e em condições de percorrê-lo, o mediador deve conduzi-lo a descobrir esse caminho”.

³¹⁵ Como exemplo dessa assertiva, Francisco José Cahali, in *Curso de arbitragem*, ob. cit., 2011, p. 39, apresenta a função do mediador ligada às técnicas da mediação transformativa. Segundo o autor, “A principal função do mediador é conduzir as partes ao seu apoderamento, ou seja, à conscientização de seus atos, ações, condutas e de soluções, induzindo-as, também, ao reconhecimento da posição do outro, para que seja ele respeitado em suas posições e proposições”.

³¹⁶ Sara Cobb é uma das representantes desse método, que considera elementos de expressão verbais e não verbais, tendo ainda uma grande influência de outras ciências, como teoria da comunicação e sistemas, sendo que o método apresenta quatro pontos, consistentes em: reformular papéis e intenções; desconstruir a lógica da posição; construir um novo cenário e desenvolver a recontextualização do conflito. Para aprofundar o método, v. Sara Cobb, “Empowerment and mediation: A narrative perspective”, in *Negotiation Journal*, v. 9, p. 245-259, jul. 1993; e Sara Cobb e Janet Rifkin, “Practice and Paradox: deconstructing Neutrality in Mediation”, in *Law and Social Inquiry*, vol. 16, 1991, p. 35-62.

Com base na circularidade mencionada, não se identificam começo ou fim na utilização do método³¹⁷. Observa-se, simultaneamente, sua retroalimentação pelos envolvidos, com o aumento da percepção da responsabilidade de cada um na geração do conflito. Dessa maneira, o método começa justamente pelas posições das partes e, somente em momento posterior, inicia-se a flexibilização com possibilidade de novas alternativas. As pessoas, nessa abordagem, não são consideradas erradas ou corretas tendo em vista a situação conflituosa, mas simplesmente os diferentes comportamentos humanos são percebidos de diferentes formas, gerando ações e reações. A função do mediador é facilitar a mudança de percepção do conflito, com uma intervenção que leva a reflexões prospectivas em direção ao futuro.

A estratégia de comunicação circular permite a influência constante e recíproca das partes. A meta dessa abordagem é estimular a reflexão, a fim de modificar as percepções e naturalmente superar o dissenso.

2.3.1.4. DESIGN DE SISTEMAS DE DISPUTAS

Menção deve ser feita à introdução do *Design* de Sistemas de Disputas (DSD)³¹⁸ no Brasil como um novo campo de estudos de meios de resolução de conflitos, sobretudo em casos mais complexos ou decorrentes de crise³¹⁹. Estruturou-se um sistema para solucionar conflitos, mediante a investigação das necessidades únicas do caso concreto, dando efetividade ao tratamento e permitindo que as partes afetadas atinjam seus

³¹⁷ Cf. Paul Watzlawick, Janet Helmick Beavin e Don D. Jackson, in *Pragmática da comunicação humana: um estudo dos padrões, patologias e paradoxos da interação*, Tradução de Álvaro Cabral, 13ª ed., São Paulo, Cultrix, 2002. Os autores definem a circularidade na comunicação como um processo em que não há princípio e nem fim numa cadeia de acontecimentos. Pela retroalimentação, tudo retorna com modificações geradas por fatores aleatórios de todos os que estão envolvidos na relação. Estes fatores podem ser os significados de cada pessoa, a forma de se colocar na relação, o contexto, etc.

³¹⁸ O *design* de disputas foi apresentado pela primeira vez por William L. Ury, Jeanne M. Brett e Steven B. Goldberg, in *Getting disputes resolved: designing systems to cut the costs of conflict*, Cambridge, PON Books, 1993.

³¹⁹ Para Célia Regina Zapparolli, “Instrumentos não adjudicatórios de gestão de demandas, conflitos, disputas, problemas e crises nos sistemas”, ob. cit., 2011, p. 54, “As situações de crise que ocorrem pelo advento de catástrofes naturais, acidentes, mortes, violências e crimes, necessitam de ações interventivas essencialmente emergenciais. Essas ações, posteriores à deflagração de catástrofes ou da conflagração/curso de crimes, como seqüestros, impõem medidas de assistenciais, contensivas do risco e redutoras de danos (...). Nesses momentos críticos, para que o sistema não deixe de atingir os seus objetivos e metas, impõem-se a tomada de uma série de decisões e ações estratégicas concatenadas e de urgência, com rearranjos e ajustes que garantam a sua estabilidade estabilização e a retroalimentação, agora funcional e integrada entre todas as suas partes e, com os demais sistemas correlacionados”.

interesses, com a maior participação possível e com a satisfação de critérios de justiça³²⁰.

O *design* do sistema³²¹ tem por finalidade de dar às partes o controle do processo de resolução de disputas, com procedimentos mais facilitadores e garantindo maior autonomia possível aos envolvidos. Nesse sentido, mecanismos de mediação com maior grau de avaliação são utilizados nos casos de desavenças a respeito de alternativas ou acerca de questões técnicas. Para cumprir sua tarefa, o processo de *design* de um sistema de disputas pode ser dividido em cinco etapas principais: (i) análise do conflito e das partes interessadas e afetadas; (ii) definição dos objetivos e prioridades do sistema; (iii) criação de consenso e desenvolvimento do sistema; (iv) implementação do sistema, disseminação e treinamento e (v) avaliação constante do sistema, adaptando-o de forma a permitir o aprendizado com a experiência³²².

Este meio de resolução de conflitos apresenta diversas opções de métodos alternativos e complementares, que ficam disponíveis às partes. Assim, mesmo que não seja necessária a utilização, há um aumento das possibilidades de resolução, pois o meio pode ser escolhido na medida exata para a resolução específica.

2.3.1.5. AVALIAÇÃO DE TERCEIRO NEUTRO

De inspiração norte-americana, a avaliação de terceiro neutro (*early neutral evaluation*) é instituto no qual um terceiro profere decisão não vinculativa sobre o conflito. Após a

³²⁰ Para as vantagens e desafios do *Design* de Sistemas de Disputas, v. Diego Faleck, “Introdução ao Design de Sistema de Disputa: Câmara de Indenização 3054”, in *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 23, jul.-set. 2009, p. 7-21. O artigo analisa a criação e o funcionamento da Câmara de Indenização 3054 (CI 3054), primeiro caso brasileiro de DSD, concebido para implementar meio eficiente e justo de indenizar os beneficiários das vítimas do acidente de 17 de julho de 2007, com o voo TAM 3054. Segundo o autor, “a atual “Crise da Justiça” demanda soluções que transcendam os mecanismos e modelos onvencionais de ação e pensamento. Na seara de resolução de disputas, ao contrário das fórmulas jurídicas universais e soluções-padrão de todo tipo, *one size does not fit all*”, ob. cit., p. 08.

³²¹ Vale frisar que “sistema” significa um conjunto coordenado de procedimentos ou mecanismos que interagem uns com os outros para prevenir, gerenciar ou resolver disputas. Já por *design*, a deliberada e intencional organização de recursos, processos e capacidades, para atingir um conjunto de objetivos específicos.

³²² Cf. Diego Faleck, “Introdução ao Design de Sistema de Disputa: Câmara de Indenização 3054”, ob. cit., 2009, p. 10. Em outro trecho, o autor destaca que “o grande desafio do *designer* de sistemas é inverter a lógica intuitiva de se partir para determinar poder e direitos primeiro e organizar um sistema em sequência que priorize interesses e prenda a atenção das partes na negociação com base em interesses, colocando em segundo lugar direitos e em terceiro poder, com procedimentos organizados da forma menos para a mais custosa”, p. 24.

exposição dos motivos das partes, inclusive com a possibilidade de realmente apresentarem as provas de que dispõem ou apenas indicarem as que pretendem produzir, o terceiro pronuncia uma decisão³²³.

Muito embora ainda não esteja regulado no ordenamento brasileiro, esse instituto apresenta mais uma possibilidade de intervenção do terceiro imparcial, com grande relevância antes da judicialização do conflito ou nas fases iniciais do processo judicial, a fim de promover uma clara ideia do desfecho relacionado ao mérito do conflito, ou seja, permite, de certa forma, antecipar o que aconteceria em um processo judicial. Por isso é imprescindível a formação jurídica desse terceiro, indispensável na avaliação baseada no direito das partes – e não nos seus respectivos interesses, como sugerido nos meios consensuais da negociação, conciliação e mediação.

Aqui, não há resolução do conflito, especificamente, razão pela qual haverá certa impropriedade em mencionar saídas competitivas ou construtivas. Esse meio somente auxilia as partes a se posicionarem sobre o conflito com base no ordenamento jurídico, podendo refletir com mais subsídios sobre as vantagens e desvantagens de utilizar meios heterocompositivos ou autocompositivos. Entretanto, esse instituto deve ser indicado de acordo com o caso concreto, pois há um risco na antecipação de estratégias processuais ou na divulgação das provas que a parte conservar consigo. Por outro lado, blefes e ameaças são mais difíceis de serem utilizados como meio de pressionar a parte adversa.

Por fim, vale mencionar que, por não ser exatamente um meio de resolução de conflitos, este instituto é comumente adotado em conjunto com outro, tal como a mediação ou arbitragem. Apesar de não resolver sozinho o conflito, ele auxilia a compreender dos

³²³ O destaque desse método refere-se a sua realização prévia. Nesse sentido, John W. Cooley, *in A advocacia na mediação*, ob. cit., 2001, p. 244, menciona que “Em 1985, o Tribunal Distrital dos Estados Unidos do Distrito Setentrional da Califórnia começou uma experiência judicial em resolução alternativa de disputas que passou a ser conhecida como avaliação neutra preliminar. Criou-se uma comissão para considerar como o tribunal poderia reduzir o custo do litígio para o cliente. (...) A comissão produziu o sistema de avaliação neutra preliminar como resposta a esse problema. Nesse tipo de processo de ADR, um avaliador neutro realiza, logo no início do processo de litígio, uma breve conferência de avaliação do caso, geralmente com a duração de duas horas”.

fatos, favorecendo que outro meio, heterocompositivo ou autocompositivo, seja adotado de forma simultânea e concomitante para solucionar definitivamente o conflito³²⁴.

2.3.2. ADEQUAÇÃO: VANTAGENS E DESVANTAGENS DOS MEIOS CONSENSUAIS

Cada meio de resolução de conflitos é dotado de características específicas. Em regra, os meios consensuais são dotados de sigilo e, mesmo que a sessão de mediação ou conciliação seja feita no Judiciário, não ficam registradas quaisquer tratativas realizadas entre as partes, salvo depois da efetiva celebração do acordo. As partes podem assim contar com uma preservação do conflito pela confidencialidade, que favorece uma comunicação mais concreta entre elas e o terceiro condutor do método. No entanto, a adjudicação realizada no processo judicial é, em regra, pública e pode ser amplamente divulgada.

Sobre o controle, no que tange ao desfecho do conflito, mais uma vez meios consensuais se opõem às formas heterocompositivas. Dessa forma, se as partes desejam ter o controle total da situação, os meios consensuais são os mais condizentes, porque as partes podem estabelecer tanto a resolução do conflito quanto o direito a aplicar. Já sobre o procedimento, as partes terão o controle tanto nos meios consensuais quanto na arbitragem. O processo judicial, por seu turno, tem bases preestabelecidas sobre as quais segue seu curso sem possibilidade de interferência. Assim, cumpre avaliar os benefícios do devido processo legal, que de um lado mostra segurança e estabilidade, mas de outro revela um conjunto de regras a observar obrigatoriamente. A adjudicação pelo processo judicial nada pode oferecer, tendo em vista que as regras processuais são previamente dispostas em lei.

É possível ainda que as partes não desejem envolver-se na resolução do conflito, preferindo entregar a solução final a um terceiro. Nessa hipótese, os meios consensuais

³²⁴ Cf. André Gomma de Azevedo (organizador), “Glossário: métodos de resolução de disputas”, ob. cit., 2004, p. 307, “chegando as negociações a um impasse, antes de iniciar um outro método alternativo de resolução de disputas ou antes de ingressar no Judiciário, as partes podem querer ouvir a opinião de um especialista sobre a disputa. A avaliação dá confiança às partes de que as soluções por elas propostas são razoáveis (ou demonstra que são desarrazoadas), e o acordo feito com base nela tem mais respaldo, sendo defensável com a autoridade do avaliador contra críticas exteriores”.

são inadequados, podendo atender a essa os meios heterocompositivos. Neste ponto, vale mencionar que a opinião do terceiro neutro é um meio que ocuparia papel intermediário entre esses dois extremos, sendo apenas uma fase da resolução que deveria ser acrescida pela verificação posterior de um meio consensual ou heterocompositivo.

Os meios consensuais pressupõem ainda a possibilidade de uma das partes desistir de seguir em frente, o que não ocorre nos meios heterocompositivos, presos que estão ao impulso oficial a partir do seu ingresso. Essa desistência do meio é assegurada desde que nenhum compromisso relativo ao acordo tenha sido formalmente firmado.

Especificamente com referência à mediação, diversas abordagens são possíveis, mas a adotada no sistema brasileiro está voltada à transformação relacional dos envolvidos no conflito. O método é enfatizado pela possibilidade de reconstruir laços rompidos, a partir da comunicação e da reflexão da experiência conflitiva, de modo que possam não apenas administrar o conflito presente, mas também conflitos futuros. Nesse sentido, o impasse se humanizaria devido à conscientização dos envolvidos pela existência de mútuos interesses e sentimentos em especial a dimensão transformadora da pessoa. Assim, se a pretensão das partes estiver voltada a uma mudança relacional ou basear-se num relacionamento duradouro ou permanente, com diversos desdobramentos, a mediação revelar-se-á o meio mais adequado³²⁵. Esse interesse certamente não encontraria nenhuma vazão se a escolha recaísse na via heterocompositiva.

Os meios consensuais respondem de forma mais célere ao conflito do que o processo judicial, sobretudo porque, em regra, a adesão ao método se reflete no cumprimento das avenças pactuadas. O custo, entretanto, pode ser bastante variável tanto nos meios consensuais quanto na heterocomposição.

³²⁵ Destacando a importância do tratamento afinado com o conflito, Águida Arruda Barbosa, “Proteção da pessoa dos filhos: mediação familiar e interdisciplinar”, in *Direito de Família no novo milênio: estudos em homenagem ao professor Álvaro Vilaça Azevedo*, Organização de José Fernando Simão, Jorge Shigemitsu Fujita, Silmara Juny de Abreu Chinellato, Maria Cristina Zucchi, São Paulo, Atlas, 2010, p. 444, menciona que “Para elucidar a importância do reconhecimento das crises familiares e de uma atitude criativa diante do conflito como oportunidade de desenvolvimento, basta observar a frequência com que conflitos não elaborados por uma geração são transmitidos à geração seguinte, como um padrão de relacionamento. É, como se costuma dizer, a tendência à repetição de paradigmas, a exemplo da significativa frequência de divórcios, casamentos tardios, ausência de casamento entre mulheres ou entre os homens de uma determinada família, que pode culminar na inexistência de descendentes etc.”.

A maior desvantagem dos meios consensuais, porém, é que permitem blefes e ameaças, ainda que ocultas ou disfarçadas. Um exemplo desse fato é a prova que as partes detêm, sobretudo quando essa ainda não foi produzida e é grande a expectativa das partes com relação a ela. Numa sessão de conciliação pré-processual, por exemplo, é possível que uma parte mencione uma prova que não possui para pressionar a outra a formalizar um acordo. Não há necessidade de as partes apresentarem suas provas nas sessões de meios consensuais, ponto, aliás, que também pode ser acordado entre as partes: mostrar as provas pode diminuir expectativas e aumentar o senso de realidade, favorecendo um desfecho consensual. Neste ponto, cumpre frisar que as provas não valem apenas para o julgador, mas para as próprias partes, cabendo a elas avaliar os riscos de quaisquer escolhas.

Na verdade, a utilidade da comunicação entre as partes e a própria utilidade dos meios consensuais dependem de quanto as partes estão realmente dispostas a participar dessa forma de resolução de conflitos³²⁶. Assim, os canais e as oportunidades de comunicação disponíveis podem ser utilizados como forma de enganar ou intimidar a parte contrária. Outrossim, pode haver pouca confiança nas informações fornecidas pelas partes, aumentando consideravelmente a possibilidade de erro ou a má percepção sobre o conflito, sendo provável, nesses casos, o reforço das orientações e expectativas preexistentes para com o outro, com efeito reverso relacionado ao aumento da litigiosidade. Com isso, fica evidente que notar e responder às mudanças do outro construtivamente, para longe de uma orientação perde-ganha, vai depender da capacidade do condutor do método em sensibilizar as partes para uma mudança de paradigma no entendimento sobre as possibilidades de resolução do conflito.

³²⁶ John W. Cooley, in *A advocacia na mediação*, ob. cit., 2001, p. 70, menciona as seguintes situações desfavoráveis aos meios consensuais: “Uma parte não pode efetivamente representar seus melhores interesses e não será representada por advogados nas sessões de mediação; as partes têm um histórico de agir de má-fé em negociações; uma das partes busca criar um precedente jurídico ou um julgamento com efeito impeditivo; partes significativas não estão dispostas a participar da mediação; as partes estão envolvidas em disputa que afeta diretamente o interesse público, e o governo não está representado; uma parte está ameaçando com processo criminal; uma ou mais partes têm a ganhar com uma estratégia de procrastinação; uma das partes necessita mais instrução formal para obter informações necessárias antes que se possa chegar a acordo; as partes têm avaliações rígidas da lei aplicável no caso e desejam que o tribunal decida quem está certo e quem está errado do ponto de vista jurídico; um terceiro, neutro, necessita tomar uma decisão imediata para proteger os interesses de um dos participantes na disputa ou do público”.

O terceiro imparcial deve ainda impedir que os métodos sejam utilizados indevidamente e assim produzem acordos inconsistentes ou que não denotem verdadeiro consenso entre as partes. Vale destacar que a tentativa de uma das partes utilizar o meio consensual como forma de criar ou manter uma diferença de poder favorável ao seu próprio lado tende a expandir o conflito³²⁷ e deve ser evitada pelo terceiro imparcial.

De modo geral, a inserção dos meios consensuais no sistema de Justiça, além de estar voltada ao cumprimento da função do Estado relacionada à pacificação social, também reforça o senso de responsabilidade das partes com o desfecho dos conflitos. Essa participação dos indivíduos na resolução dos problemas privilegia o diálogo e o entendimento entre as pessoas, favorecendo a cultura da pacificação³²⁸.

Por outro lado, há quem entenda que a preferência estatal por meios consensuais pode ser desastrosa. Nesse sentido, José Ignácio Botelho de Mesquita menciona que “se frustra ao ver a parte que o juiz, sem lhe negar razão, insta a que ela abra mão de parte do seu direito em favor daquele que nenhum direito tem. A preferência estatal pela conciliação constitui um fator de enfraquecimento do direito, enquanto método para a solução para a solução dos conflitos intersubjetivos, porque abala a confiança no império da lei”³²⁹.

Seguem na mesma linha as ponderações de Owen Fiss, para quem que o desequilíbrio entre as partes, a ausência de consentimento legítimo, a falta de uma base para envolvimento judicial continuado e a pacificação no lugar da justiça (que se verificaria com a aplicação do direito) são fatores que demonstram que o acordo, como prática genérica, não pode ser preferível ao julgamento, nem deve ser institucionalizado em uma base extensa ou ilimitada, pois “o acordo é um substituto pobre para o julgamento”³³⁰.

³²⁷ Nesse sentido, Morton Deutsch, “A resolução do conflito: processos e destrutivos”, ob. cit., 2004, p. 54.

³²⁸ Cf. Kazuo Watanabe, “Cultura da sentença e cultura da pacificação”, ob. cit., 2005, p. 690.

³²⁹ Segundo José Ignácio Botelho de Mesquita, “As novas tendências do direito processual”, ob. cit., 2002, p. 62.

³³⁰ Cf. Owen Fiss, *in Um novo processo civil*, ob.cit., 2004, p. 144. Para o autor, “os defensores da ADR são levados a apoiar tais medidas e exaltar a ideia do acordo com maior frequência, porque consideram a adjudicação um processo para solucionar controvérsias. Agem como se as cortes tivessem surgido para solucionar conflitos entre vizinhos que chegaram a um impasse e voltaram-se a um estranho para ajudá-los. As cortes são vistas como a institucionalização desse estranho e a adjudicação como o processo pelo qual o “estranho” exerce o poder. O próprio fato de os vizinhos procurarem alguém para solucionar a

Com relação à adjudicação judicial, é preciso frisar que se trata de meio adequado para realizar o controle de constitucionalidade, dando significado aos valores públicos e conferindo sentido concreto aos dispositivos constitucionais. Pode ainda realizar controle de políticas públicas e criar precedentes. Nesses casos, a publicidade é uma característica fundamental do método, sobretudo considerando os desdobramentos sociais de determinados processos que guardam relevância em questões polêmicas e afetam grande número de pessoas. Essa assertiva se verifica em processos coletivos, pela criação de precedentes e pela fixação de interpretações constitucionais.

Outra característica do processo judicial refere-se à exclusividade da utilização da coerção. Há um grande aparato para garantir o cumprimento das ordens judiciais, sejam voltadas a tutelas de urgência ou execuções.

Todavia, as desvantagens do processo judicial estão comumente relacionadas à imprevisibilidade do resultado, à demora da prestação jurisdicional e aos elevados custos. Nesse sentido, Fernanda Tartuce afirma que, “superado o obstáculo inicial relativo ao ingresso no sistema judicial, podem ser apontados os três males endêmicos da administração da Justiça: as incertezas do direito, a lentidão do processo e os seus altos custos”³³¹.

Por fim, é preciso mencionar que não existe meio ideal de resolução de conflitos, pois cada qual tem características próprias e todos apresentam vantagens e desvantagens. Assim, um conjunto de meios fortalece o sistema de Justiça, principalmente porque permite adequar o meio de resolução às características do próprio conflito, considerando as diversas facetas dos métodos e os interesses das partes. As diferenças relacionadas à celeridade, confidencialidade, custos, interesse em manter o relacionamento com a outra parte, controle sobre a decisão e sobre o procedimento evidenciam a pluralidade dos

controvérsia significa um rompimento de suas relações; os defensores da ADR reconhecem isso, mas, no entanto, esperam que os vizinhos sejam capazes de chegar a um entendimento antes da solução da controvérsia pelo estranho. (...) Entretanto, em meu entendimento, essa visão da adjudicação e o movimento favorável ao acordo baseiam-se em premissas questionáveis”, ob. cit., p. 123.

³³¹ Cf. Fernanda Tartuce, in *Mediação nos conflitos civis*, ob. cit., 2008, p. 172, “As incertezas do direito configuram-se tanto em aspectos qualitativos (não se sabendo exatamente qual será a interpretação aplicada à situação concreta) como em temporais (por não se poder prever, exatamente, quando a satisfação do direito será realizada)”.

meios consensuais e ainda ratificam a insuficiência da adjudicação pelo processo judicial para a resolução de todo e qualquer conflito³³².

Dessa forma, a adequação de cada meio deve ser feita de acordo com a ponderação das vantagens e desvantagens diante do caso concreto. É claro que, reconhecendo a complexidade das relações e a pluralidade de conflitos, quanto maior o número de meios de resolução de conflitos, tanto maior a possibilidade de encontrar um que melhor se ajuste aos objetivos e necessidades das partes envolvidas. Nesse ínterim, o Estado, ao fornecer um sistema de Justiça com diversos meios de resolução de conflitos, deve buscar a pacificação das partes com justiça, mas considerando a satisfação das partes e não apenas o cumprimento do direito³³³.

Corroborando tais assertivas, Alexandre Araújo Costa afirma que “é preciso, portanto, rever a nossa cartografia tradicional e reconstruir um mapa geral, em que todos os métodos sejam compreendidos como estratégias específicas no tratamento jurídico da conflituosidade social, e não mais como elementos auxiliares da jurisdição na resolução das disputas ou litígios”³³⁴.

³³² Nesse sentido, Marco Antônio Garcia Lopes Lorencini, “A contribuição dos meios alternativos para a solução das controvérsias”, ob. cit., 2009, p. 622.

³³³ Cf. André Gomma de Azevedo, “Desafios de acesso à Justiça ante o fortalecimento da autocomposição como política pública nacional”, in *Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional*, Coordenadores Morgana de Almeida Richa e Antonio Cezar Peluso, Rio de Janeiro, Forense, 2011, p. 18, “Por meio da autocomposição o conceito de Justiça da decisão é adequadamente alcançada em razão de um procedimento equânime que auxilie as partes a produzir resultados satisfatórios considerando o pleno conhecimento destas quanto ao contexto fático e jurídico em que se encontram”.

³³⁴ Cf. Alexandre Araújo Costa, “Cartografia dos métodos de composição de conflitos”, ob. cit., 2004, p. 199. O autor segue, afirmando que “Somente com essa nova cartografia será possível aos juristas ter consciência adequada das virtudes e limitações de cada um desses métodos e, conseqüentemente, tornar-se capaz de escolher e combinar as diversas estratégias compositivas, de modo a auxiliar as pessoas a lidar adequadamente com as suas diferenças e com a conflituosidade que permeia a vida de todos nós”.

**PARTE II – A CONCILIAÇÃO E A
EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO
JURISDICIONAL CIVIL**

3. A CONCILIAÇÃO: CONSTRUÇÃO INSTITUCIONAL

3.1. HISTÓRICO DO INSTITUTO NO BRASIL

Hoje, é possível afirmar que o ordenamento brasileiro incorporou definitivamente os meios consensuais como formas de resolução dos conflitos, contudo, o que se vê certamente é fruto da evolução histórica.

As considerações feitas nesta parte do estudo apresentam limitações inerentes a qualquer estudo histórico³³⁵⁻³³⁶, mas a exata delimitação do objeto desta análise – a conciliação – permitirá maior precisão técnica. Vale frisar que entender os pontos de partida é o melhor caminho para entender o presente, já que, a partir da compreensão dos tempos remotos, com seus erros e acertos, é possível incrementar a prestação jurisdicional a partir dos meios consensuais.

A conciliação sempre esteve presente no ordenamento brasileiro, muito embora tenha experimentado desenvolvimento mais acentuado nas últimas décadas. Desde o período imperial, com a emancipação política brasileira consumada em 1822, a Constituição do Império, de 25 de março de 1824, incentivava expressamente a solução de litígios por outros meios que não a decisão judicial, dispondo sobre o Poder Judicial em capítulo único, conforme arts. 151 e 164. A tentativa de conciliação, à época, era considerada condição prévia indispensável ao processamento de qualquer causa e, para a sua realização, deveriam ser eleitos juízes de paz, cujos distritos e atribuições seriam regulados por leis.

³³⁵ Crítica nesse sentido é feita por Luciano de Oliveira, in *Não fale do Código de Hamurábi*, disponível em <http://moodle.stoa.usp.br/file.php/467/OLIVEIRA_Luciano_.Nao_fale_do_codigo_de_Hamurabi.pdf>. Acessado em 20.09.2011.

³³⁶ Ainda sobre as imperfeições de uma análise histórica, v. Ernest Metzger, “Roman judges, case law, and principles of procedure”, in *Law and History Review*, 2004, v. 22, n. 2, p. 243-276. O autor, ob. cit., p. 244, faz as seguintes considerações: “The problem now is that Roman law has not yet recovered from its success. In reading the work of their predecessors, historians often come across ideas that are ostensibly Roman but look very modern. These ideas have perhaps crept in when someone has used the sources for a worthy purpose, but has not read them in a properly historical spirit. This is not to say that historians of today are pitted against lawyers of yesterday”.

Enquanto o art. 160 autorizava às partes nomear árbitros, permitindo a execução de suas sentenças sem recurso, se assim fosse convencionado, o art. 161 estimulava claramente a conciliação, condicionando o ingresso na via judicial à prévia tentativa de composição. Assim, a conciliação prévia se tornava condição de procedibilidade e sua ausência inviabilizaria a propositura do processo, pela falta de interesse de agir. Cumpre ainda mencionar o art. 162, que instituiu a figura do juiz de paz com funções relacionadas à promoção da atividade conciliatória prévia³³⁷.

Influenciada pelo constitucionalismo francês³³⁸, a conciliação prévia obrigatória tornou-se norma constitucional. A partir de 1824, passou a ser dever de ofício do juiz de paz buscar a pacificação entre as partes, alterando o que antes era apenas um dever moral – nascido das expressões “honestidade e virtude”, consagradas nas Ordenações – para tornar a atividade conciliatória em dever jurídico. Contudo, a função ficou restrita aos juízes de paz.

Ressalte-se, entretanto, que o estímulo à conciliação e à criação da Justiça de Paz representar uma grande reação dos liberais contra os conservadores³³⁹, pois esses institutos contrastavam com o autoritarismo do Estado. Para Moacir Lobo da Costa, “inspirada nas idéias liberais de que estavam imbuídos os homens que detinham o poder, destinava-se a transformar o processo civil em instrumento mais dúctil e menos complicado, despidendo-o de atos e formalidades inúteis e de recursos excessivos, para possibilitar distribuição de justiça mais rápida e menos dispendiosa”³⁴⁰.

Em outubro de 1827, foi promulgada a Lei nº 0-026, conhecida como lei orgânica das Justiças de Paz, que regulou a figura do juiz de paz, dispondo que os indivíduos poderiam ser eleitos e não precisavam ser bacharéis em direito. Suas atribuições, entre outras, estavam voltadas às funções conciliatórias das partes, por todos os meios

³³⁷ Segue o texto das disposições: Art. 161. Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará Processo algum. Art. 162. Para este fim haverá juizes de Paz, os quaes serão electivos pelo mesmo tempo, e maneira, por que se elegem os Vereadores das Camaras. Suas attribuições, e Districtos serão regulados por Lei.

³³⁸ Cf. Sebastião de Sousa, “Da conciliação”, in *Revista Forense* nº 131, set. 1950, p. 598.

³³⁹ Para aprofundar o estudo sobre juízes de paz, v. Thomas Flory, in *El juez de paz y el jurado en el Brasil imperial. 1808-1971*, México, Fondo de Cultura Economica, 1986. V. ainda Rosa Maria Vieira, in *O Juiz de Paz: do Império a nossos dias*, 2 ed., Brasília, Universidade de Brasília, 2002.

³⁴⁰ In *Breve Notícia Histórica do Direito Processual Brasileiro e de sua literatura*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1970, p. 6 e ss.

pacíficos que pudessem ser realizados, podendo lavrar termo do resultado e assinar junto com as partes. Sobre a eleição, esta lei orgânica estabeleceu ainda que os juízes de paz deveriam ser eleitos segundo as mesmas leis vigentes para a eleição dos vereadores, podendo candidatar-se todo aquele que fosse eleitor. Esses juízes eram vistos com ressalvas pelo poder central porque exerciam intensa influência local e por permitirem autonomia regional.

Essa lei orgânica ampliou em demasia as funções do juiz de paz, autorizando ampla atuação no âmbito municipal, concentrando nas Câmaras (juízes e vereadores que a compunham) poderes jurisdicionais, administrativos e policiais. Com a promulgação do Código de Processo Criminal de 1832, as perspectivas liberais da época alargaram ainda mais esses poderes de vigilância dos juízes de paz, que chegaram a assumir funções policiais. Além disso, o juiz de paz poderia também substituir o juiz municipal e até mesmo, em caráter excepcional, o próprio juiz de direito.

Ainda é preciso fazer menção ao Código Comercial de 1850, que disciplinava as relações comerciais e mantinha obrigatória a conciliação prévia³⁴¹.

Entretanto, com tantas atribuições e por constituir atividade voluntariamente desempenhada, os juízes de paz cada vez mais passaram a se valer do prestígio da função, utilizando-o, de regra, com finalidades partidárias. Assim, os juízes pertenciam a partidos políticos e comumente representavam os interesses particulares de seu grupo. Com isso, a conciliação desempenhada por esses juízes de paz foi perdendo credibilidade, dado o seu baixo aproveitamento, e acabou sendo suprimida do sistema. Para Roque Komatsu, "a conciliação obrigatória foi suprimida no Brasil, porque nenhum resultado produzia e isso se deveu precipuamente porque foi atribuída privativamente ao juiz de paz e não ao juiz da causa. De regra, os nossos juízes de paz eram homens de poucas letras, eleitos por partidos políticos e sem a necessária força moral para convencer as partes interessadas porque tanto maior será a probabilidade de êxito da conciliação quanto maior é a autoridade da pessoa que a tenta"³⁴². É óbvio que

³⁴¹ Cf. Regulamento 737, de 25 de novembro de 1850. No seu art. 23, estabeleceu que a conciliação prévia deveria ser obrigatória, sendo a tentativa realizada por convocação do juiz ou por comparecimento espontâneo das partes. Este regulamento foi revogado pelo Decreto n. 359, de 26 de abril de 1890.

³⁴² Segundo Roque Komatsu, *in A tentativa de conciliação no processo civil*, Dissertação de mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1978, p. 63. Tal entendimento era compartilhado

o acúmulo de atribuições dos juizes de paz acabou por abalar suas funções conciliatórias. Acresça-se ainda que não havia, sobretudo no Brasil, um estudo aprofundado sobre as técnicas necessárias nem distinção alguma entre os institutos da conciliação e da mediação. Assim, é possível afirmar que o instituto era aplicado de forma intuitiva e indistintamente a todos os conflitos.

Ademais, a Justiça de Paz foi objeto de intensa disputa entre liberais e conservadores³⁴³. Aos juizes de paz foram atribuídas muitas funções, o que favoreceu, de certa forma, a descentralização preconizada pelos liberais. Entretanto, a reação dos conservadores, implementada em dezembro de 1841 pela reforma do Código de Processo, esvaziou as atribuições do juiz de paz e tornou os juizes dos tribunais inferiores dependentes do governo central. Passou-se então a exigir a graduação em direito como condição para eleição.

Logo depois de proclamada a República, o Decreto 359, de 26 de abril de 1890, afastou a obrigatoriedade da tentativa de conciliação prévia para o ajuizamento da ação, conduta que era vista como onerosa às demandas e inútil como elemento de composição de litígios³⁴⁴. Dessa forma, aboliu-se a obrigatoriedade da tentativa de conciliação de maneira anterior ao processo judicial³⁴⁵, mas subsistiu o reconhecimento dos efeitos

pelos doutrinadores e, apenas para exemplificar, cumpre mencionar o entendimento de Athos Gusmão Carneiro, “A conciliação no novo Código de Processo Civil”, in *Revista de Processo*, ano 1, nº 2, 1976, p. 95-96, para quem “O simples apelo à concórdia lançado pelo juiz de paz, geralmente bisonho em matéria jurídica, é substituído pela atuação diligente do próprio juiz da causa (...) em que tanto maior será a probabilidade de êxito da conciliação quanto maior é a autoridade da pessoa que a tenta”.

³⁴³ Para José Reinaldo de Lima Lopes, in *O direito na história: lições introdutórias*, 2. ed., São Paulo, Max Limonad, 2002, p. 32, os juizados de paz “eram uma espécie de “bandeira dos liberais””.

³⁴⁴ Art. 1º. É abolida a conciliação como formalidade preliminar ou essencial para serem intentadas ou proseguirem as acções, civeis e commerciaes, salva ás partes que estiverem na livre administração dos seus bens, e aos seus procuradores legalmente autorizados, a faculdade de porem termo á causa, em qualquer estado e instancia, por desistencia, confissão ou transacção, nos casos em que for admissivel e mediante escriptura publica, ternos nos autos, ou compromisso que sujeite os pontos controvertidos a juizo arbitral. A integra deste decreto está disponível em <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=67966>>, acessado em 07.07.2011.

³⁴⁵ Cf. Kazuo Watanabe, em entrevista à Mediática – Instituto de Mediação Transformativa, em 30.05.2011, disponível <<http://www.mediatica.org.br/index.php/midiatica/content/view/full/669?intSecao=2&intConteudo=186>>, acessado em 20.07.2011, “Antes de judicializar o conflito, as partes deveriam buscar uma solução amigável, por negociação direta ou com a ajuda de um terceiro, que era o juiz de paz. No entanto, a figura de juiz de paz foi sendo utilizada cada vez mais como instrumento de luta política entre liberais e conservadores daquela época. A criação da figura de juiz de paz é uma criação dos liberais que buscavam a descentralização do poder que estava muito centralizado na pessoa do Imperador (poder central). O juiz de paz tinha a tarefa não só de pacificar, mas de realizar outras funções, inclusive judiciais em causas cíveis e também criminais. Isso fez com que, em pouco tempo, os conservadores, quando tomaram o poder, acabassem com o poder do juiz de paz. E a conciliação prévia obrigatória foi sendo abandonada, até que foi extinta um pouco antes da proclamação da república”.

relacionados aos acordos celebrados pelas partes que estivessem na livre administração dos seus bens. Nesse sentido, tanto a escritura pública quanto o termo nos autos ou as decisões proferidas em sede de juízo arbitral continuaram sendo vistos como meios idôneos de formalizar pactos consensuais.

A Constituição Federal de 1891 não tratou da conciliação nem da Justiça de Paz. Daí em diante, todas as Constituições, bem como a legislação infraconstitucional, mantiveram a figura do juiz de paz, mas sem nenhuma vinculação das suas funções com atribuições conciliatórias. Outrossim, as Constituições de 1934 e 1937 mantiveram a Justiça de Paz, inclusive de forma eletiva, mas com a competência que lhe desse lei estadual. Assim, a Justiça de Paz passou a ser de criação facultativa pela organização judiciária estadual.

Com a promulgação do CPC de 1939, desapareceu por completo a conciliação pelos juízes de paz e esse meio de resolução de conflitos ficou restrito à Justiça do Trabalho, ainda com fundamento e autorização constitucional. Também a Constituição de 1946 manteve a Justiça de Paz, cuja eletividade não foi declarada obrigatória. Foi ainda vedada a prolação de qualquer julgamento, mesmo em substituição, buscando afastar os notórios inconvenientes do sistema anterior.

Em contrapartida, a conciliação judicial retornou gradualmente ao sistema. Nesse sentido, a Lei nº 968, de 10 de dezembro de 1949, permitiu, na fase preliminar, a tentativa de conciliação ou acordo nas causas de desquite litigioso ou de alimentos, inclusive provisionais. Nesses casos, deveria o juiz, antes de despachar a petição inicial e logo que ela lhe fosse apresentada, promover todos os meios para que as partes se reconcilhassem ou transigissem, na forma da lei. Na mesma linha, seguiu a Lei nº 5.748, de 25 de junho de 1968, que tratou de alimentos, incentivando a conciliação.

O CPC de 1973 restaurou a conciliação, contudo sem o caráter obrigatório e preliminar, mas difundido no curso do processo e a ser realizado pelo juiz da causa. De outro lado, a Lei do Divórcio incentivou com nitidez a composição entre as partes, pela promoção da tentativa de reconciliação do casal ou pela transação das partes, com a designação de audiência específica para esse fim. Nesse sentido, essa lei estabeleceu o juiz como condutor da conciliação.

O instituto da conciliação, numa perspectiva diferenciada, ganhou ênfase no movimento das reformas processuais, iniciadas na década de 70 do século passado, com significativos avanços³⁴⁶. Essa volta da conciliação foi vista principalmente pela instituição dos Conselhos de Conciliação e Arbitramento, ocorrida no Rio Grande do Sul, buscando oferecer às partes as condições necessárias para a resolução consensual dos conflitos, como alternativa à forma adjudicada. Essa experiência inovadora imprimiu credibilidade à ideia de uma Justiça cujo protagonismo poderia ser desempenhado pelas próprias partes, voltadas à construção do consenso, fortalecendo as discussões sobre a sua viabilidade, bem como sobre a respectiva adesão da sociedade.

O Conselho de Conciliação e Arbitramento do Rio Grande do Sul apresentava o procedimento que ainda hoje se vê nos Juizados Especiais: mesmo sem a presença de advogado, o interessado se dirigia ao setor e narrava o conflito ao escrevente, que o redigia a termo. Em seguida, a parte contrária era convidada a comparecer a uma sessão de conciliação. Restrito aos conflitos de pequeno valor e versando apenas sobre direitos disponíveis, o procedimento era tido como extrajudicial, pois não havia relação com nenhuma atividade jurisdicional³⁴⁷. Se não houvesse acordo entre as partes, oferecia-se a possibilidade de remeter o conflito à solução arbitral. Com adesão expressa de ambas as partes, o árbitro, solucionando o conflito, proferia uma decisão submetida à homologação judicial, ensejando título executivo judicial.

³⁴⁶ Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover, na aula inaugural do curso de introdução aos meios alternativos de solução de conflitos, realizada em 23.08.2011, pela Escola Paulista da Magistratura do Estado de São Paulo e pelo Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, recordou o advento dos Juizados Informais de Conciliação, iniciada no final da década de 1970, a partir da experiência pioneira do Estado do Rio Grande do Sul. Para a autora, “Embora institucionalizados, eles não possuíam poder coercitivo, mas cumpriram uma função importante, ao aferir que a sociedade brasileira aderiu às formas conciliativas”. Destacou a criação dos Juizados Especiais de Pequenas Causas, pela Lei nº 7.244/84, ressaltando que eles possuíam poder jurisdicional, mas não contavam com execução, pois “foi necessário mais uma década para que esses Juizados se transformassem nos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, previstos na Constituição de 1988”, disponível <<http://www.epm.tjsp.jus.br/Internas/NoticiasView.aspx?ID=11438>>, acessado em 20.09.2011.

³⁴⁷ Esse fato é mencionado por Antônio Pessoa Cardoso, “Juizados especiais aproximam a Justiça do povo”, in *Revista Consultor Jurídico*, set. 2007, disponível em <http://www.conjur.com.br/2007-set-10/juizados_especiais_aproximam_justica_povo>, acessado em 20.09.2011. O autor menciona o seguinte julgado do STF: “O chamado Juizado Informal de Conciliação, constituído à margem da Lei 7.244/84, não tem natureza pública. Os acordos, aí concluídos, valem como títulos extrajudiciais, só podendo ter força executiva nos casos previstos em lei, como na hipótese de corresponderem ao disposto no artigo 585, inc. II, do CPC. Poderão adquirir natureza de título judicial, se homologados pelo juiz competente (Lei 7.244, art. 55), o que não se verificou na hipótese em julgamento”. STF. 3ª. Turma. RE nº 6.019, Rel. ministro Eduardo Ribeiro.

Esses setores eram compostos por pessoas idôneas da comunidade, preferencialmente escolhidos entre operadores do direito. Já havia na época preocupação específica com a aplicação qualitativa do método. Cumpre ressaltar, porém, que nesse primeiro momento não se constatou distinção alguma entre a aplicação da conciliação e da mediação – não obstante a resolução de muitos conflitos decorrentes de relações familiares, principalmente voltados à investigação de paternidade.

Em 16 de setembro de 1982, foi publicado o anteprojeto de Lei do Juizado Especial de Pequenas Causas³⁴⁸, com texto elaborado pelo Programa Nacional de Desburocratização³⁴⁹⁻³⁵⁰, com a colaboração de advogados, membros da magistratura e do Ministério Público. O Juizado foi definitivamente criado pela Lei nº 7.244, em 7 de novembro de 1984³⁵¹, apresentando uma Justiça pautada na solução consensual³⁵².

³⁴⁸ Sobre a inspiração do direito alienígena, as *Small Claims Courts* de Nova Iorque, e as respectivas dificuldades no Brasil, João Geraldo Piquet Carneiro afirma que “Os maiores obstáculos à implantação de um sistema judiciário simples, informal e acessível, em país com as características histórico-culturais do Brasil, são essencialmente de duas ordens. Em primeiro lugar, a ausência de tradição no campo da composição extra-judicial de conflitos, que impede o desenvolvimento do arbitramento, tal como adotado pela *Small Claims Courts*. Em segundo lugar, a falta de padronização das normas de direito processual, que torna inelástica a adaptação do sistema judiciário a peculiaridades regionais”, in *A justiça do pobre*, disponível em <http://www.desburocratizar.org.br/down/bibl_justica.pdf>, acessado em 04.10.2011.

³⁴⁹ Em julho de 1979, o Programa Nacional de Desburocratização deu continuidade aos projetos de reforma administrativa e descentralização introduzindo a preocupação com uma máquina pública eficiente, moderna e ágil para atender não só práticas do Poder Executivo, mas também introduziu nessa discussão o Judiciário. Aliás, consta na justificativa do anteprojeto de Lei do Juizado Especial de Pequenas Causas justamente esta preocupação, ressaltando que “apesar de situar-se fora do âmbito de atuação específica do Programa, entendeu o Ministro da Desburocratização que uma questão de tal magnitude, trazida cotidianamente ao seu conhecimento, através de centenas de cartas, não poderia ter seu encaminhamento adiado”.

³⁵⁰ Tecendo comentários sobre o Ministério da Desburocratização, João Geraldo Piquet Carneiro em entrevista à Revista Veja afirma que “O maior legado daquelas reformas, no entanto, foram os juizados de pequenas causas, que possibilitaram o acesso dos mais pobres à Justiça. O processo é completamente desburocratizado, não é necessária a apresentação de papéis, basta expor o problema oralmente. O serviço é gratuito e só há cobrança se houver recurso – justamente para desestimular o recurso. Esses exemplos comprovam que não precisamos viver sob essa burocracia autoritária. As reformas teriam um impacto positivo imediato na vida das pessoas. Ainda há tempo para virar esse jogo, e o momento ideal é agora”, disponível em <<http://veja.abril.com.br/120907/entrevista.shtml>>, acessado em 04.10.2011.

³⁵¹ Para Leslie Shéri da Ferraz, in *Juizados Especiais Cíveis e acesso à Justiça qualificado*, ob. cit., 2008, p. 21-27, enquanto o projeto preconizado pelo Ministério da Desburocratização pautava-se na experiência norte-americana e tinha o objetivo de ampliar o acesso e imprimir maior eficiência ao sistema de justiça, inserido em um contexto de modernização da máquina pública; a experiência da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul (AJURIS) tinha inspiração alemã e visava ampliar o acesso da população carente ao sistema de justiça.

³⁵² Cf. Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe, “Recepção e transmissão de institutos processuais civis”, ob. cit., 2006, p. 149, “O modelo japonês de conciliação, que conta com a participação da comunidade, promovida portanto por pessoa que não irá julgar a causa, foi uma das importantes inspirações quando da concepção dos Juizados Especiais de Pequenas Causas (atualmente, Juizados Especiais Cíveis para causas de menor complexidade)”.

Como essa lei deixava a critério de cada Estado adotar ou não o sistema por ela instituído, o Estado de São Paulo decidiu não implementar imediatamente os Juizados de Pequenas Causas, preferindo criar o Juizado Informal de Conciliação (JIC). A primeira unidade, instalada no Foro Regional da Lapa, teve um retorno expressivo. Mais de sessenta advogados se inscreveram como conciliadores e o índice de acordo era da ordem de noventa por cento (90%). Diante do êxito alcançado por essa experiência, o Tribunal de Justiça ampliou-a a outras comarcas e em pouco tempo autorizou a transformação desses Juizados Informais em Juizados Especiais de Pequenas Causas³⁵³.

A promulgação dessa lei trouxe verdadeira renovação para o direito processual, ampliando o acesso à Justiça e valorizando um novo paradigma na resolução de conflitos, inclusive inserindo a figura do conciliador³⁵⁴, a que se seguiu a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais³⁵⁵.

De outro lado, a Constituição Federal de 1988 trouxe renovação a todos os ramos do direito e marcou a consolidação do regime democrático no país, reconhecendo diversos direitos fundamentais, individuais e coletivos. Já no preâmbulo constitucional, há um compromisso do Estado brasileiro com a solução pacífica das controvérsias na ordem interna e internacional e, embora não integre o texto constitucional, explicita os fundamentos políticos, ideológicos e filosóficos que lhe dão sustentação, orientando

³⁵³ Cf. Kazuo Watanabe, em entrevista à Mediática – Instituto de Mediação Transformativa, em 30.05.2011, disponível <<http://www.mediatica.org.br/index.php/midiatica/content/view/full/669?intSecao=2&intConteudo=186>>, acessado em 20.07.2011.

³⁵⁴ Segundo Kazuo Watanabe, em entrevista à Mediática – Instituto de Mediação Transformativa, em 30.05.2011, disponível <<http://www.mediatica.org.br/index.php/midiatica/content/view/full/669?intSecao=2&intConteudo=186>>, acessado em 20.07.2011, “Foi em 1984 que pela primeira vez se adotou a conciliação como um dos instrumentos fundamentais para a solução dos conflitos, nas chamadas pequenas causas. O judiciário passou a utilizar a figura do conciliador. No novo modelo processual, o próprio juiz da causa poderá tentar a conciliação, mas não é ele a pessoa mais adequada para esse fim. Sendo o julgador da causa, ele terá limitações para presidir à tentativa de conciliação, pois em razão do risco de prejulgamento não poderá agir de forma plena na condição de conciliador, e mesmo as partes ficarão constrangidas e limitadas na apresentação de propostas de acordo perante a pessoa que, não saindo o acordo, irá julgar a causa. Daí, a adoção da figura do conciliador. O mesmo modelo é adotado pela Resolução 125, do CNJ”.

³⁵⁵ Cf. Lei nº 9.099/1995, Art. 2º. O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação. Igualmente, Lei nº 10.259/2004, Art. 10. As partes poderão designar, por escrito, representantes para a causa, advogado ou não. Parágrafo único. Os representantes judiciais da União, autarquias, fundações e empresas públicas federais, bem como os indicados na forma do *caput*, ficam autorizados a conciliar, transigir ou desistir, nos processos da competência dos Juizados Especiais Federais.

toda e qualquer interpretação. Essa Constituição previu a Justiça de Paz, mas com inteira restrição de suas atribuições, contudo institucionalizou os Juizados de Pequenas Causas e estabeleceu a obrigatoriedade de sua criação em todas as unidades da federação³⁵⁶.

Procurou-se estabelecer em lei a mediação, por iniciativa da Deputada Zulaiê Cobra, através do Projeto de Lei nº 4.827/1998, na Câmara dos Deputados. Uma segunda proposta nasceu da comissão de reforma do código de processo civil de 1999³⁵⁷, cujo texto tornou-se público em 2000, enaltecendo a mediação para-processual e tornando obrigatória a mediação incidental. Após audiência pública promovida em 17.09.2003 pela Secretaria da Reforma do Judiciário a fim de discutir o tema, criou-se uma comissão mista que propôs uma versão consensuada abrangendo as sugestões anteriores, apresentada no Senado como Projeto de Lei nº 94/2002, então aprovado na casa de origem. Em 2006, com algumas alterações, foi aprovado o relatório final da Comissão de Constituição e Justiça, acolhido pelo plenário do Senado, retornando, então, à Câmara para a respectiva aprovação. Até o presente momento, porém, não houve apreciação.

Atualmente, a conciliação tem sido amplamente difundida³⁵⁸, com incentivo para a sua utilização qualitativa, inclusive pela necessária capacitação dos condutores do método, bem como sua distinção da mediação. Diversas medidas vêm sendo paulatinamente implementadas pelo CNJ e pelos Tribunais. No Estado de São Paulo, por exemplo, estão em curso os programas para instalar os Setores de Conciliação e Mediação em primeiro e segundo graus de jurisdição, instituídos pelos provimentos do Conselho

³⁵⁶ Cf. Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau; II - justiça de paz, remunerada, composta de cidadãos eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos e competência para, na forma da lei, celebrar casamentos, verificar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação.

³⁵⁷ Tal comissão foi formada pela Escola Nacional de Magistratura e pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, com diversos debates públicos.

³⁵⁸ Já a Constituição do Império, de 1824, aludia à previa submissão à conciliação como pressuposto para ingresso em juízo. Assim, estabelecia o art. 161: “Sem se fazer constar que se tem intentado o meio de reconciliação, não se começará processo algum”.

Superior da Magistratura, sob nº 796/2003, 864/2004, 893/2004, 953/2005 (referentes ao primeiro grau) e 843/2004 (referente ao segundo grau)³⁵⁹.

Cada vez mais, os meios consensuais foram inseridos na sistemática processual, como forma de oferecer às partes um foro seguro de discussão. Atualmente, no CPC, a tentativa de conciliação está proposta no art. 331 no rito ordinário. Sua redação atual foi dada pela Lei nº 8.925/1994, com novas alterações operadas pela Lei nº 10.444/2002, positivando no direito brasileiro a tendência moderna de instituir no processo civil uma audiência preliminar que precede a instrução³⁶⁰. Essas leis permitiram significativas mudanças no sistema, favorecendo não apenas a conciliação, mas também uma condução processual mais ativa do juiz: antes o saneamento do feito era realizado em cartório; hoje, é feito na audiência preliminar, logo após as tentativas de conciliação entre as partes.

Já no rito sumário, a conciliação está prevista no art. 277, com redação dada pela Lei nº 9.245/95, e, antes mesmo de o réu apresentar suas defesas, deve o juiz buscar a composição das partes³⁶¹. Sendo positiva, o acordo deve ser reduzido a termo e homologado por sentença na própria audiência. Se negativa, porém, a audiência terá seguimento, com a apresentação das defesas do réu e decisões interlocutórias pertinentes ao caso. Essa lei acrescentou cinco parágrafos ao art. 277, estipulando a dinâmica da audiência e prevendo a obrigatoriedade das partes. Destaque-se o parágrafo primeiro, pois introduz a figura do conciliador como auxiliar do juiz³⁶².

³⁵⁹ Vale destacar a possibilidade de recrutamento de conciliadores para atuação nas sessões de conciliação pela interpretação da Lei nº 9.099/95, segundo Daniel Fabretti, “Conciliação e mediação em juízo”, *in Mediação e gerenciamento de processos*, Coordenação de Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Caetano Lagrasta Neto, São Paulo, Atlas, 2007, p. 72, “O Conselho Superior da Magistratura do Estado de São Paulo deliberou acerca da questão e, conforme Comunicado da Corregedoria Geral de Justiça CG nº 502, de 9 de abril de 2003, aprovou-se a atuação de conciliadores e mediadores nas audiências a que aludem os artigos 331 (procedimento ordinário) e 277 (procedimento sumário) do Código de Processo Civil, assim como naquelas designadas em ações de alimentos. Determinou-se que a forma de recrutamento de conciliadores e mediadores é a estabelecida para os Juizados Especiais Cíveis pelos artigos 10 e 11 da Lei Complementar Estadual nº 851/98, e que, durante as sessões de conciliação, o Juiz de Direito deve se fazer presente no Fórum, supervisionando a atividade dos conciliadores e mediadores”.

³⁶⁰ Arts. 300 e seguintes do Código-tipo de Processo Civil para a América Latina. O texto completo pode ser encontrado na Revista de Processo nº 52, às fls. 134 e ss. Ainda neste sentido: § 272 da ZPO alemã; art. 183 do CPC italiano e art. 508 do CPC português.

³⁶¹ Para Nery Nelson Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, *in Código de Processo Civil Comentado*, ob. cit., 2006, p. 471, “Cumpra ao juiz tentar a conciliação e não apenas perguntar às partes se é possível haver transação”.

³⁶² Art. 277, §1º. A conciliação será reduzida a termo e homologada por sentença, podendo o juiz ser auxiliado por conciliador.

O inciso IV do art. 125 do CPC traz regra de fechamento, autorizando o juiz a conciliar as partes em qualquer momento processual. A atividade conciliatória decorre do ofício do magistrado, podendo ser exercida sempre que prudente³⁶³. Com este dispositivo, fica evidente que não há termo final para a conciliação; mesmo após toda a produção probatória ou a prolação da sentença é possível realizar a conciliação.

Acresça-se ainda que a conciliação pode ser adotada em todos os procedimentos especiais, por força do disposto no parágrafo único do art. 272, do CPC.

Importa relevar que o CNJ lançou o Movimento da Conciliação, em agosto de 2006, incentivando a adoção de meios consensuais na resolução de conflitos. Tal programa teve a participação de tribunais de todo o País, contudo sem nenhuma obrigatoriedade de adesão. Dentro desse programa, uma ação em especial foi responsável pela ampla divulgação de seu objetivo: a Semana Nacional de Conciliação, campanha realizada anualmente para incentivar a resolução de conflitos.

Incrementando tal política, o CNJ sedimentou a política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses, recorrendo a meios consensuais para resolver conflitos, pela Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Os grandes destaques dessa resolução consistem na nivelção nacional das práticas voltadas aos meios consensuais e na obrigatoriedade do Judiciário em oferecer meios consensuais para a resolução de conflitos³⁶⁴.

Afinado com a Resolução nº 125 do CNJ, segue o anteprojeto do novo CPC³⁶⁵³⁶⁶, estabelecendo, no capítulo que versa sobre os poderes, os deveres e a responsabilidade

³⁶³ Segundo Nery Nelson Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, in *Código de Processo Civil Comentado*, ob. cit., 2006, p. 334, “A atividade de tentar conciliar as partes é decorrente do ofício do magistrado, de sorte que não pode ser vista como caracterizadora de suspeição de parcialidade do juiz, nem de prejulgamento da causa. Para tanto deve o juiz fazer as partes anteverem as possibilidades de sucesso e de fracasso de suas pretensões, sem prejudicar a causa e sem exteriorizar o seu entendimento acerca do mérito”.

³⁶⁴ Sobre o aprofundamento da Resolução nº 125 do CNJ, v. Item 1.6.2., do Capítulo 1, Parte I.

³⁶⁵ O Projeto de Lei n. 166/2010 foi aprovado pelo Senado Federal e atualmente está na Câmara dos Deputados, transformando-se no Projeto de Lei n. 8.046/2010. Vale frisar que o Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP apresentou uma proposta, visando a aprimorar o projeto atual, disponível em <<http://direitoprocessual.org.br/content/view/141#this>>, acessado em 20.09.2011.

³⁶⁶ Ada Pellegrini Grinover, “Conciliação e mediação judiciais no projeto de novo Código de Processo Civil”, in *Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional*, Coordenadores Morgana

do juiz, especificamente no art. 118, inciso IV, a necessidade de “tentar, prioritariamente e a qualquer tempo, compor amigavelmente as partes, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores”. A redação é mais ampla e mais adequada do que traz o inciso IV do art. 125. A utilização de meios consensuais como um dos deveres do magistrado afasta a intolerância por parte de alguns juízes na busca da resolução consensuada para o conflito³⁶⁷.

Segue na mesma linha o art. 145 do mencionado anteprojeto, ao dispor que importa estimular a conciliação ou a mediação no curso do processo entre magistrados, advogados, Defensores Públicos e membros do Ministério Público, com intuito de incentivar a solução não adversarial de conflitos. Além disso, com a finalidade de valorizar a função de conciliadores e mediadores, o anteprojeto os torna auxiliares da Justiça, conforme dispõe o art. 129, equiparando-os a outros auxiliares, como escrivães e peritos, regulamentando o seu trabalho perante os tribunais. A eles também serão aplicados os critérios judiciais de impedimentos e suspeições, nos termos do art. 128.

O anteprojeto estabelece ainda a obrigatoriedade de os tribunais manterem um registro de conciliadores e mediadores, no art. 147, §1º. Destaque-se que o requisito mínimo exigido para a inclusão no cadastro é a realização de curso em entidade credenciada pelo tribunal, capacitação sem dúvida fundamental para o bom desenvolvimento da atividade, já que apenas pelo conhecimento das técnicas de cada meio será possível intervir com qualidade e atingir, de fato, a pacificação entre as partes.

Com relação à obrigatoriedade de o juiz designar audiência voltada aos meios consensuais no início do processo, o *caput* do art. 323 do anteprojeto estabelece tal regra sempre que a petição inicial preencher os requisitos essenciais. O § 5º abre às partes a possibilidade de se manifestarem contrárias à composição, caso em que não

de Almeida Richa e Antonio Cezar Peluso, Rio de Janeiro, Forense, 2011, p. 172, destacando os inconvenientes na regulamentação da mediação e conciliação judiciais na primeira versão do anteprojeto de CPC, apresenta os seguintes como os mais graves: “os tribunais poderiam apenas propor a criação de setores de mediação e conciliação, a serem criados pela lei de organização judiciária; as funções de mediador e conciliador judiciais estavam previstas como sendo privatistas do advogado; a audiência de conciliação (anterior à contestação) seria conduzida pelo juiz, a que mediador e conciliador judiciais ficariam subordinados; a exclusão destes do registro do tribunal ficaria a critério de qualquer órgão do Poder Judiciário, sem a garantia de um processo administrativo”.

³⁶⁷ Cf. Valéria Ferioli Lagrasta Luchiari, in *O Anteprojeto de Código de Processo Civil, a conciliação e a mediação*, disponível em <<http://novo.direitoprocessual.org.br/content/blocos/109/1>>, acessado em 22.11.2010.

será designada a audiência. Não sendo, contudo, solicitada tal dispensa e a parte simplesmente não comparecer, o §6º menciona que a ausência injustificada será considerada atentatória à dignidade da justiça, passível de multa. Acertado tal procedimento, porquanto incentiva a resolução dos meios consensuais, sem que a obrigatoriedade se apresente como regra, o que poderia tornar a sessão só mais uma fase processual. Tal norma ratifica a adesão como imprescindível para a construção legítima do consenso, fortalecendo os institutos.

Com o estudo histórico e o panorama atual, é possível destacar duas nuances: o condutor do método e a realização da conciliação de forma prévia e obrigatória ao processo judicial.

Sobre o condutor do método, interessante destacar que, desde as Ordenações Afonsinas, a conciliação era realizada pelo juiz da causa. Com o período imperial, passou a ser exercida por um terceiro, o juiz de paz, retornando ao juiz togado com o CPC de 1973, de regresso ao ponto que já havia atingido nas Ordenações. Desde a década de 70 do século passado, a figura de um terceiro que possa especificamente desempenhar a atividade conciliatória foi introduzida e hoje encontra-se sedimentada pela Resolução nº 125 do CNJ³⁶⁸.

Nesse ínterim, cumpre examinar os erros do passado para não insistir em repetições. Seja o condutor do método o juiz ou um terceiro³⁶⁹, são imprescindíveis o comprometimento e a ética no desenvolvimento da atividade, do mesmo modo que o é a capacitação, como se verá ao longo deste estudo.

³⁶⁸ Destacando o Juizado de Pequenas Causas como o embrião da Resolução nº 125, Kazuo Watanabe, em entrevista à Mediativa – Instituto de Mediação Transformativa, em 30.05.2011, disponível em <<http://www.mediativa.org.br/index.php/miatiativa/content/view/full/669?intSecao=2&intConteudo=186>>, acessado em 20.07.2011, menciona que “O êxito dos próprios Juizados de Pequenas Causas foi tão grande, em todo o Brasil, que quatro anos depois, a Constituinte de 88 institucionalizou esses juizados e estabeleceu a obrigatoriedade de sua criação em todas as unidades da federação. No entanto, como não houve o acompanhamento e o gerenciamento adequado desses Juizados, estão eles submetidos ao risco de retrocesso, com o retorno da burocratização e do formalismo, além do comprometimento de sua celeridade e efetividade. A Resolução n. 125 procura aperfeiçoar a pedra angular desses Juizados, que é a solução dos conflitos por meio de mediação e conciliação, transformando essas práticas num serviço de qualidade, com a capacitação, treinamento e atualização permanente dos conciliadores e mediadores, e com sua adequada profissionalização, atualizando-se, por esse modo, o conceito de acesso à justiça, convocando para um trabalho coletivo e colaborativo as várias instituições que atuam na área do direito”.

³⁶⁹ Sobre as limitações do juiz no exercício da atividade conciliatória, v. Item 5.3.4., do Capítulo 5, Parte II.

Já sobre a segunda nuance, vale frisar que a existência do seu fundamento constitucional desde os primórdios do nosso sistema certamente ensejará a ampliação das reflexões no que tange às possibilidades de utilização obrigatória ou não da conciliação, a fim de desenvolver uma cultura de pacificação, ratificando os meios consensuais como meios aptos de resolução de conflitos, sejam incidentais ou paraprocessuais. Contudo, a obrigatoriedade da conciliação prévia não parece conveniente, pois frustra a voluntariedade das partes e compele ao comparecimento, que acaba se tornando burocrático³⁷⁰. A questão, porém, é controvertida.

Conclui-se, dessa análise, que a possibilidade de uma política pública de tratamento de conflitos desenvolvida outrora sucumbiu por razões políticas e pela falta de critério adequado em sua implementação. Hoje, ao contrário, a conciliação está disciplinada em consonância com o tratamento de conflitos preconizado pela Resolução nº 125 do CNJ, que pressupõe o desenvolvimento de uma política pública com especiais cuidados, dentre os quais: a) critério técnico-científico na organização do serviço de solução conciliada dos conflitos; b) formação de um quadro de mediadores/conciliadores adequadamente preparados; c) determinação de estratégias na instalação, em todo o País, dos setores de conciliação/mediação; d) criação de uma nova cultura na sociedade brasileira, qual seja a da solução negociada e amigável dos conflitos de interesses.

Uma correta difusão dos meios consensuais depende de determinados critérios, conforme afirma Kazuo Watanabe. Segundo o autor, “desde que seja adequadamente implementada a Resolução, certamente assistiremos a uma transformação revolucionária, em termos de natureza, qualidade e quantidade dos serviços judiciários, com o estabelecimento de filtro importante da litigiosidade, com o atendimento mais facilitado dos jurisdicionados em seus problemas jurídicos e conflitos de interesses e com o maior índice de pacificação das partes em conflito, e não apenas solução dos conflitos (...)”³⁷¹.

³⁷⁰ Para análise mais detida do tema, v. Item 4.1, do Capítulo 4, Parte II.

³⁷¹ Neste sentido, v. Kazuo Watanabe, *in Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses*, disponível em <http://www.tj.sp.gov.br/Handlers/FileFetch.ashx?id_arquivo=29045>, acessado em 07.07.2011.

3.2. CONCEITO: DESENVOLVENDO UMA NOVA PERSPECTIVA

Assim como todos os meios consensuais, a conciliação é uma forma de sair do modelo contencioso, caracterizado pela competição e pelo antagonismo, para buscar uma forma de resolver o conflito por um modelo coexistencial, de cunho colaborativo – ponto fundamental da aplicação desse meio. Em um meio contencioso, intensifica-se o conflito, pois a comunicação entre as partes é empobrecida pela falta de confiança, aumentando a possibilidade de erro ou a compreensão errônea de informações, o que reforça orientações e expectativas equivocadas de um lado com relação ao outro, não raro ensejando conflitos contingentes, deslocados, mal atribuídos ou falsos. Isso estimula a visão de que a solução do conflito só pode ser imposta por um terceiro³⁷².

Tal fato, por sua vez, enfatiza a percepção de poder entre as partes, relacionada com as possibilidades de suportar o tempo necessário para o cumprimento de uma decisão adjudicada, levando a atitudes hostis, que aumentam as diferenças e ameaças, enquanto reduzem a percepção de similaridades. Dessa forma, mesmo que o conflito não tenha emergido de um relacionamento competitivo, ter-se-á transformado, neste ponto, em uma disputa competitiva³⁷³.

Entretanto, a conciliação é comumente enfocada pela doutrina como uma forma de pressão³⁷⁴ que, enfatizando as agruras do Judiciário, conduz as partes ao acordo³⁷⁵.

³⁷² Cf. Morton Deutsch, “A resolução do conflito: processos e destrutivos”, ob. cit., 2004, p. 54.

³⁷³ Nesse sentido, Morton Deutsch, “A resolução do conflito: processos e destrutivos”, ob. cit., 2004, p. 54, menciona que “A tendência de intensificar conflitos resulta do conjunto de três processos interrelacionados: (1) processos competitivos envolvidos na tentativa de vencer o conflito; (2) processos de má-percepção e percepção enviesada; e (3) processos de compromisso causados por pressões por consistência cognitiva e social. Estes processos dão origem a um ciclo mutuamente reforçado de relações que geram ações e reações que intensificam o conflito. Outros fatores, é claro, podem servir para limitar e encapsular o conflito de maneira a não desenvolver uma intensificação em espiral. Aqui nos referimos a fatores como: o número e a força dos elos cooperativos existentes, identificações recíprocas, lealdade e sociedade comuns entre as partes conflitantes; a existência de valores, instituições, procedimentos e grupos que são organizados para ajudar a limitar e a regulamentar o conflito; e a saliência e a significância dos custos de se intensificar o conflito. Se esses fatores de limitação do conflito forem fracos, deve ser difícil prevenir um conflito competitivo de expandir seu escopo. Mesmo sendo fortes, mau julgamento e pressões oriundas de tendências a ser rigidamente autoconsistente podem tornar difícil manter um conflito competitivo encapsulado”.

³⁷⁴ Sobre o tema, v. Item 2.3.1.2, do Capítulo 2, Parte I.

³⁷⁵ Para Luís Alberto Warat, in *O ofício do mediador*, ob. cit., 2001, p. 80, “O conciliador exerce a função de negociador do litígio, reduzindo a relação conflituosa a uma mercadoria. O termo de conciliação é

Nesse sentido, a função do conciliador seria forçar as partes para que cheguem a uma composição³⁷⁶. Ora, a conciliação não se trata disso. Essas práticas não podem ser chamadas de conciliação nem o instituto pode pagar pela aplicação inadequada das técnicas. Cumpre então esclarecer criteriosamente o conceito desse instituto, que terá cada vez mais valor dentro do ordenamento jurídico.

Para realizar tal intento, pretende-se desconstruir alguns argumentos constantemente mencionados, sobretudo quando ressaltadas as diferenças relativas ao instituto da mediação³⁷⁷. Primordialmente cumpre esclarecer que mediação e conciliação são espécies do mesmo gênero³⁷⁸, qual seja, são meios de resolução de conflitos, baseados na construção do consenso pela participação de um terceiro, profissional que atua na função de interventor, como facilitador da comunicação entre as partes. Por óbvio,

termo de cedência de um litigante a outro, encerrando-o. Mas, o conflito no relacionamento, na melhor das hipóteses permanece inalterado”.

³⁷⁶ Cf. Lília Maia de Moraes Sales, in *Justiça e mediação de conflitos*, ob. cit., 2004, p. 38, “Na conciliação resolve-se o conflito que se expõe, não cabendo ao conciliador apreciá-lo com profundidade, verificando o que há além dele. E ainda o conciliador intervém muitas vezes no sentido de forçar um acordo. Na mediação é preocupação primeira do mediador verificar todo o contexto do conflito, tratando-o, analisando os fatos e transformando o real conflito, não podendo o mediador forçar qualquer acordo. O acordo deve nascer porque as partes as partes decidiram assim e não por intervenção de terceiro. (...) A conciliação busca um acordo entre as partes. A mediação demanda a resolução do conflito através de uma construção da solução pelas partes, criando vínculos entre elas, prevenindo novos conflitos, possibilitando convivência harmônica”.

³⁷⁷ Para Fernanda Tartuce in *Mediação nos conflitos civis*, ob. cit., 2008, p.72, são apresentadas três diferenças principais, assim expostas: “Uma primeira diferença, portanto, diz respeito à extensão da atuação do mediador e do conciliador no que tange à formação da vontade das partes. O mediador busca fazer com que as partes elaborem suas próprias respostas, enquanto o conciliador as auxilia em sua formação, podendo até propor o conteúdo do acordo. Quanto à forma de realização, também há diferenças. A mediação geralmente exige várias sessões entre as partes, para que o mediador com elas possa travar contatos e, por meio de perguntas apropriadas, domar as resistências nos espíritos dos contendores, de modo que estes protagonizem uma saída consensual para o impasse. Diferentemente, a conciliação tentada, como regra, em uma única sessão (geralmente uma audiência), na qual o conciliador insta as partes a se comporem e efetivarem um acordo. Também os objetivos visados são diversos”. Para concluir, a autora cita Lília Maia de Moraes Sales, mencionando que o objetivo da conciliação é o acordo, enquanto o objetivo da mediação é a alteração da relação, pelo resgate da confiança e do senso de compromisso entre as partes.

³⁷⁸ Posição bastante particular adota o Grupo de Pesquisa e Trabalho em Arbitragem, Mediação e Negociação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, adotando ambos os meios como sinônimos. Segundo André Gomma de Azevedo (organizador), “Glossário: métodos de resolução de disputas”, ob. cit., 2004, p. 308, “Entre os critérios comumente apontados para diferenciar conciliação e mediação aponta-se a orientação ou o papel interventivo, diretivo ou sugestionador que o terceiro imparcial exerce na conciliação. Há também quem distinga os termos a partir da voluntariedade e da confidencialidade ínsitas à mediação, em comparação ao caráter imperativo e público que teria a conciliação. Tais critérios, que não constituem uma lista exaustiva, seguramente não são utilizados de forma unânime ou homogênea pela doutrina. (...) A posição do Grupo de Pesquisa e Trabalho em Arbitragem, Mediação e Negociação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília direciona-se no sentido de que ambos os conceitos são sinônimos imperfeitos por serem apenas orientações distintas de desenvolvimento profissional quanto à autocomposição”.

apresentam características comuns, mas, evidentemente, particularizam-se noutros pontos³⁷⁹⁻³⁸⁰.

Uma diferença habitualmente apontada é a atuação do terceiro interventor. Enquanto na conciliação o grau de interferência é mais acentuado, na mediação sua atuação é vista como mais passiva. Em regra, a conciliação é vista como mais invasiva do que a mediação no que se refere à preservação da vontade das partes. Assim, o conciliador, além de estimular ou facilitar a aproximação entre os interessados e restaurar o diálogo entre eles, também sugere soluções ao conflito, o que não acontece em relação à mediação³⁸¹. Cumpre verificar a questão por outro prisma.

Em ambos os casos, não há dúvida sobre a necessidade de capacitação e constante aperfeiçoamento para a aplicação correta das técnicas relacionadas a ambos os métodos, que devem pautar-se pela ética e pela neutralidade. Assim, os profissionais que atuam nessas áreas devem estar preparados para bem desenvolver sua atividade. Ainda nesse sentido, em ambos os meios, a função primordial do terceiro é auxiliar as partes em conflito a restabelecer uma comunicação eficaz, compreendida como aquela que permite ouvir e falar, possibilitando a inteira compreensão das mensagens externadas pelas partes envolvidas³⁸².

Como se vê, é pela ampliação dos canais de comunicação que se construirá uma pauta comum de Justiça pela qual a relação pode ser alterada, ensejando construir uma solução para o conflito, seja na conciliação ou na mediação, a partir da tipologia do

³⁷⁹ Justificando a escolha da mediação, como objeto de análise da sua tese de doutoramento, Juliana Demarchi, in *Mediação – Proposta de implementação no processo civil brasileiro*, ob. cit., 2007, p. 09, afirma que “a eleição da mediação como tema central justifica-se pela maior amplitude de aplicação e de técnicas em comparação com outros métodos autocompositivos (notadamente a conciliação), que acabam compreendidos no estudo da mediação”. Assim, apresenta a conciliação contida na mediação e, para a autora, tal assertiva se justifica porque as técnicas da mediação em regra são mais amplas do que as técnicas da conciliação, contudo são temas diversos que carecem de considerações específicas e diferenciadas, sobretudo pelo engrandecimento do instituto da conciliação no ordenamento pátrio.

³⁸⁰ Para Francisco José Cahali, in *Curso de arbitragem*, ob. cit., 2011, p. 39, “Há distinção entre conciliação e mediação principalmente de acordo com a origem do conflito (objetivo ou subjetivo), a postura do facilitador e as técnicas utilizadas”.

³⁸¹ Segundo Kazuo Watanabe, enquanto na mediação o terceiro busca criar condições necessárias para que as próprias partes encontre uma solução adequada, na conciliação o terceiro interfere sugerindo efetivamente soluções para o conflito. Nesse sentido, v. “Modalidades de Mediação” in *Série Cadernos do CEJ*, nº 22, Brasília, Conselho da Justiça Federal, 2001, p. 48.

³⁸² Para Juan Carlos Vezzulla, “Ser mediador – reflexões”, ob. cit., 2003, p. 119, o acordo é uma consequência da mediação. Nesse sentido, afirma o autor que “Um profissional para poder ser um mediador deve saber cuidar dos mediados para que eles possam produzir o fruto do acordo, da solução”.

conflito³⁸³. Parece assim que a questão pode ser tratada de forma menos estanque e mais dinâmica e, partindo dessas considerações, não há razão para diferenciar a participação do terceiro mais passiva na mediação e mais ativa na conciliação.

Isso porque importa realizar tais intervenções na melhor medida para identificar o conflito e fazê-las superá-lo. Dessa forma, a conciliação deve ser entendida como o meio utilizado para abrir um canal seguro de comunicação entre as partes, assim como a mediação.

Muitas vezes, o conflito reflete a deterioração da relação intersubjetiva, acarretando entraves de comunicação e desconfiança, aniquilando qualquer possibilidade de diálogo e autocomposição direta. As intervenções poderão superar esses contratempos e permitir às partes que ponham de lado suas resistências. Em ambos os meios, o terceiro interventor deve exercer a facilitação do diálogo, estabelecendo uma comunicação eficaz, pela participação neutra e imparcial. A ética dessas atividades indica que não se pode expressar opiniões pessoais, realizar julgamentos ou aliar-se a um dos lados – e essas premissas valem tanto para a mediação quanto para a conciliação.

Nesse sentido, vale enfatizar que o conciliador não está autorizado a forçar ou pressionar as partes para que realizem acordo algum, porque essas práticas comprometem a idoneidade do próprio meio. A intervenção do conciliador não pode sobrepor-se à vontade das partes, o que não só comprometeria a idoneidade do método, mas também poderia provocar diversos malefícios ao sistema de Justiça.

A forma de realização e o tempo necessário para desenvolver os meios também são diferenças habitualmente destacadas pela doutrina, enaltecendo a profundidade com que os institutos tratam os conflitos. Afirmam alguns que a conciliação trata o conflito de maneira superficial, enquanto a mediação o trata de maneira mais profunda. Dessa

³⁸³ Por essa perspectiva, a conciliação e a mediação podem ser vistas como espécies do mesmo gênero, qual seja, meios de resolução de conflitos. Nesse sentido, note como se aplicaria à conciliação o conceito de mediação desenvolvido por Ágida Arruda Barbosa, in *Construção dos fundamentos teóricos e práticos do código de família brasileiro*, ob. cit., 2007, p. 133: “A mediação é um método que se vale de técnicas de comunicação, adequada para a escuta qualificada, prestando-se, com muita eficácia, a concretizar o princípio constitucional de proteção à dignidade da pessoa humana e de proteção do Estado. Como se trata de uma linguagem, qualquer profissional pode se habilitar para obter uma formação”.

forma, exalta-se o número de sessões a realizar: em tese, a conciliação tem menos sessões e a mediação, mais.

Essas considerações, entretanto, não se confirmam, se a questão for analisada pela adequação dos meios aos conflitos, isto é, ambos devem buscar o tratamento do conflito e, nesse sentido, não deve haver limitação de sessões. O que determina o encerramento tanto da conciliação quanto da mediação é a pacificação das partes ou a declaração da insuficiência do meio para superar o conflito. Assim, pode haver conciliação com várias sessões e mediação com uma sessão apenas. Mais uma vez, verifica-se que não há uma regra estanque, mas interação dinâmica dos meios ditada para o melhor tratamento do conflito.

Já com relação ao principal objetivo, como meios consensuais, é apropriado afirmar que conciliação e mediação têm exatamente o mesmo objetivo: solucionar o conflito. Assim como na mediação, deve-se tomar por bem-sucedida não a conciliação que logrou realizar um acordo, mas aquela que ensejou às partes a oportunidade de realmente solucionar o conflito pela sua eficaz transformação. A conciliação pode estender os limites da discussão, atingindo o conflito verídico e incluindo contornos que o juiz não vê, assim como na mediação. Essa é uma das principais contribuições dos meios consensuais no sistema de Justiça.

Outrossim, os meios também se aproximam quando o acordo é visto como consequência natural da correta aplicação de técnicas. A resolução do conflito deve ser objetivada, contudo os meios não devem ser desqualificados pelo insucesso do acordo.

Destarte, é possível perceber que as diferenças das técnicas de intervenção são dadas pelos conflitos e bem por isso não há uma limitação estagnada dos institutos. De toda forma, só será possível verificar uma conciliação realmente positiva se esta técnica for entendida com os mesmos propósitos da mediação³⁸⁴, principalmente pelo favorecimento da comunicação entre as partes, decorrente da mudança do paradigma competitivo para o colaborativo, e ainda com a mesma extensão de atuação do terceiro,

³⁸⁴ Lília Maia de Moraes Sales afirma que “a mediação apresenta-se, pois, com o objetivo de oferecer aos cidadãos participação ativa na resolução de conflitos, resultando no crescimento do sentimento de responsabilidade civil e de controle sobre os problemas vivenciados”, in *Justiça e mediação de conflitos*, ob. cit., 2004, p. 32. O que se defende aqui é que a conciliação tem exatamente o mesmo objetivo.

ou seja, neutra e imparcial, sem pressões ou ameaças³⁸⁵. É preciso frisar que, na mediação, também se espera a resolução do conflito, ainda que de forma reflexa pela transformação da relação entre as partes³⁸⁶, mas isso não significa ligar o instituto ao acordo, necessariamente.

Da mesma forma, a conciliação não deve estar estritamente ligada ao acordo, mas deve sim ser vista como uma excelente oportunidade para que as partes mostrem mais do que mostrariam numa demanda judicial, esclarecendo seus verdadeiros motivos e interesses³⁸⁷. Trata-se da possibilidade de conversarem abertamente, bem como construir uma solução mais adequada às suas necessidades e não simplesmente a utilização desse meio para encerrar demandas, por soluções meramente distributivas.

O papel do conciliador é favorecer, pela adoção de técnicas pertinentes, um resultado mais eficaz para as partes do que teriam na adjudicação e isso representa mais do que um resultado justo³⁸⁸. Por isso o foco quantitativo atribuído à conciliação não é apropriado³⁸⁹. Ao permitir que as partes apresentem seus exatos interesses, afastando

³⁸⁵ Para José Renato Nalini, “Os três eixos da Reforma do Judiciário”, in *Revista do Advogado*, nº 75, abr. 2004, p. 72, “Num outro enfoque a paciência para tentar a conciliação não é devotamento perdido. É investimento ético, pois a solução resultante de transigência recíproca, de uma efetiva participação do interessado no alcance do destino da lide, é mais importante vencer, sem ter participado das discussões. Por isso a conciliação, por autônoma, é sempre eticamente superior à melhor decisão, pois sempre heterônoma à vontade das partes”.

³⁸⁶ Para Maria de Nazareth Serpa, in *Teoria e prática da mediação de conflitos*, ob. cit., 1999, p. 150, “o objetivo principal da mediação é o acordo entre as partes, ou seja, a produção de um plano de ação para as futuras relações de pessoas envolvidas num conflito”.

³⁸⁷ Sobre o interesse compreendido como as motivações subjacentes em contrariedade às posições adotadas, v. Roger Fisher, William Ury e Bruce Patton, in *Como chegar ao sim*, ob. cit., 2005, p. 23. Segundo os autores, “À medida que se presta maior atenção às posições, menos atenção é voltada para o atendimento dos interesses subjacentes das partes. O acordo torna-se menos provável. Qualquer acordo obtido pode refletir uma divisão mecânica da diferença entre as posições finais, em vez de uma solução cuidadosamente elaborada para atender aos interesses legítimos das partes. O resultado é, com frequência, um acordo menos satisfatório do que poderia ter sido para cada um dos lados”.

³⁸⁸ Nesse sentido, Leslie Shérída Ferraz, in *Juizados Especiais Cíveis e acesso à Justiça qualificado: uma análise empírica*, ob. cit., 2008, p. 94, nos dá um exemplo esclarecedor, baseado na Escola de Negociação de Harvard: “Duas crianças brigam por uma laranja, e sua mãe assume a função decisória. Como ela tem pouca informação sobre as necessidades de cada uma das “partes”, determina que a laranja seja dividida ao meio e que cada uma das crianças fique com uma metade, certa de que elegeu a solução mais justa para ambas. Contudo, ao deixar de investigar as razões pelas quais as crianças desejavam a laranja, ela perdeu a chance de maximizar ou potencializar os resultados da solução do conflito. Com efeito, se houvesse perquirido, descobriria que um de seus filhos queria a laranja para fazer um suco, enquanto o outro apenas queria as cascas para brincar. Nesse caso, cada uma das crianças, ao invés de 50% cada, poderia ter obtido 100% do resultado: uma ficaria com toda a parte interna da laranja e a outra, com as duas cascas. Esse caso ilustra que é possível avançar no espectro de que se considera um resultado justo, buscando também a maximização do valor”.

³⁸⁹ Marc Galanter, “Compared to what? Assessing the quality of dispute processing” in *Denver University Law Review*, nº 66, 1989, p. xii, chama de “massa de produção” esse argumento quantitativo relacionado

momentaneamente as proposições judicialmente apresentadas, o Estado favorece soluções mais adequadas pela criação de ganhos mútuos e ainda devolve às partes independência e liberdade, fortalecendo o sistema de Justiça, com uma mudança cultural e pelo exercício de cidadania, efeitos que só serão sentidos em longo prazo.

Nesse sentido, Kazuo Watanabe destaca que, “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. Numa 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”³⁹⁰.

Imagine-se que uma parte ingresse com ação de indenização de descumprimento contratual. A solução judicial só pode autorizar a execução pela pacificação dada pela condenação, ao passo que a conciliação pode abrir um leque de possibilidades. A parte pode sentir-se contemplada pelo restabelecimento da relação, por um pedido formal de desculpas ou pela ampliação de seus negócios por desencadear outras parcerias. Numa ação, ainda que o juiz soubesse que a verdadeira motivação não pode ser atingida pela procedência da demanda, jamais poderia ele decidir para além do pedido. O ditado

aos meios alternativos, consistente em considerar que um ou outro dos mecanismos irá produzir “mais” com menos consumo de recursos, aumentando o número e a velocidade das soluções de disputas, abaixando os custos. Para este autor, “A great deal of talk about alternatives consists of claim about production effects. Due to infirmities of selection and measurement that often attend reform undertakings, there is probably a tendency to overestimate the degree to which programs achieve such production effects”.

³⁹⁰ Cf. Kazuo Watanabe, “Modalidade de Mediação”, ob. cit., 2002, p. 46. No mesmo sentido, Euclides de Oliveira, “O percurso entre o conflito e a sentença nas questões de família”, in *Revista do Advogado*, nº 62, mar. 2001, p. 107, “contra a lógica da força, advinda de uma solução ditada por sentença judicial, e quando impotente a lógica da conciliação, advinda de acordo sem enfrentar nem prevenir suas causas mais profundas, surge a lógica da mediação, que busca o ponto de equilíbrio, mediante o auxílio de terceira pessoa, para que as próprias partes, conscientes e responsáveis, encontrem uma solução que lhes garanta condições para projeção de um futuro saudável e feliz”.

popular “antes um mau acordo do que uma boa demanda” não autoriza a desconstrução do sistema de Justiça³⁹¹. É, sim, preferível uma boa demanda a um mau acordo.

Note-se que as consequências de um acordo ruim, que pode ser exemplificado pela realização sem adesão ou consenso suficientes, são nefastas. Uma demanda pode desdobrar-se em tantas outras, acrescidas de mais impugnações e recursos delas decorrentes, contribuindo para abarrotar ainda mais o Judiciário. Portanto, se o instituto da conciliação for usado de maneira equivocada, terá efeito reverso, porque além do desdobramento de demandas, também contribuirá para o descrédito da instituição.

Nesse sentido, vale frisar que os meios consensuais não podem solucionar a crise do Judiciário³⁹², mas a utilização incorreta dos institutos certamente pode agravá-la.

A conciliação pode contribuir para uma resolução de conflitos mais adequada, pela pacificação que visa a proporcionar, mas deve ser corretamente utilizada e seguir juntamente com um Poder Judiciário capaz de dar resposta aos anseios que a ele chegam. Justamente por isso o seu conceito não deve estar intrinsecamente ligado ao acordo, que deve ser visto como uma consequência e não como um objetivo desse meio³⁹³.

Já sobre a relação de adequação dos conflitos e o respectivo meio de tratamento, cumpre fazer algumas considerações.

³⁹¹ Para João Baptista de Mello e Souza Neto, in *Mediação em Juízo – abordagem prática para obtenção de um acordo justo*, São Paulo, Atlas, 2000, p. 63, “uma das grandes inverdades que se apregoa no meio forense é a máxima segundo a qual mais vale um mau acordo que uma boa demanda. Esse conceito deve ser urgentemente revisto”.

³⁹² Até porque esta crise tem várias vertentes devendo ser solucionada em vários níveis. Sobre o tema, v. Item 1.2., do Capítulo 1, Parte I,

³⁹³ Segundo Alexandre Araújo Costa, “Cartografia dos métodos de composição de conflitos”, ob. cit., 2004, p. 163, “a identificação do conflito com a disputa acerca de um bem (ou de uma determinada combinação de bens) é uma concepção demasiadamente restrita da dimensão conflituosa da vida em sociedade. E a insistência no acordo como forma *única* de resolução de conflitos é demasiadamente ligada à noção de que os conflitos são aquilo que se precisa anular na sociedade. Com o tempo, desenvolveu-se uma percepção mais crítica acerca das peculiaridades dos conflitos e da possibilidade de resolvê-los mediante acordos. Uma das percepções fundamentais é a de que a disputa não é o conflito, mas uma decorrência do conflito. Portanto, resolver a disputa não põe fim ao conflito subjacente. Quando um juiz determina com quem ficará a guarda de um filho, isso põe fim a uma determinada disputa (ou litígio, como definiremos a seguir), mas, além de não resolver a relação conflituosa, muitas vezes acirra o próprio conflito, criando novas dificuldades para os pais e para os filhos. Então, torna-se claro que o conflito, ao menos em muitos casos, não pode ser resolvido pelo acordo”.

A doutrina nacional identifica a mediação no ordenamento brasileiro mais pela sua orientação transformativa, sendo meio de resolução indicado para o tratamento de conflitos existentes em relações continuadas, uma vez que está intimamente ligado ao restabelecimento dos laços emocionais estremecidos. Assim, revela-se instrumento mais adequado ao tratamento dos conflitos multidimensionais, porque tem a flexibilidade necessária para atender à relação entre as partes. Com isso, a mediação é capaz de tratar de problemas inacessíveis à conciliação ou à heterocomposição³⁹⁴. Por outro lado, é preciso admitir certa inadequação da mediação nos conflitos objetivos, cuja controvérsia entre as partes apresenta algo pontual³⁹⁵. Nesse sentido, é preciso esclarecer que, mesmo existindo uma relação anterior entre as partes ou uma dimensão emocional irrelevante, a intervenção de um conciliador é mais adequada que a de um mediador.

Todavia, essa distinção decorre de uma opção dicotômica, em que se oferecem opções binárias, com base em critérios antagônicos e opostos, incompatível com o reconhecimento da diversidade e da complexidade dos conflitos. Ora, as ferramentas para os respectivos tratamentos devem ser plurais, não se revelando as conceituações estanques próximas da realidade, porque há uma infinidade de conflitos híbridos que também merecem tratamentos híbridos. Ademais, embora as distinções entre mediação e conciliação sejam aparentemente coerentes, nem sempre disso dão prova perante um conflito real.

Não há um preceito único que recomende conciliação para conflitos objetivos e mediação para conflitos multidimensionais, por isso a utilização conjunta das técnicas existentes é imprescindível ao tratamento adequado do conflito de forma a pacificar as partes. Nesse sentido, as técnicas da conciliação e da mediação podem ser usadas de forma paulatina, de modo a atingir o verdadeiro objetivo desses meios: a resolução do

³⁹⁴ Essa perspectiva abrange principalmente o conflito familiar, conforme Águida Arruda Barbosa, “Proteção da pessoa dos filhos: mediação familiar e interdisciplinar”, ob. cit., 2010, p. 443, ao afirmar que “Conflito familiar necessita de cuidado e não de julgamento, atividade essa reservada apenas às questões de alta indagação jurídica ou às pessoas incapazes, momentaneamente, ou não, de se responsabilizarem por suas vidas”.

³⁹⁵ Segundo Roberto Portugal Bacellar, in *Juizados Especiais*, ob. cit., 2003, p. 77, “Para dirimir questões de um único vínculo a conciliação é o meio adequado”. O autor esclarece em nota que a expressão “único vínculo” significa que as partes não se conheciam antes da controvérsia e que do conflito não tenham decorrido vínculos emocionais como raiva, ódio, paixão, amor, entre outros. Segundo ele, “para conflitos sensíveis com envolvimento emocional, com múltiplas ramificações, a mediação é mais adequada”.

conflito pela pacificação das partes³⁹⁶. Dessa forma, é indispensável que o profissional ao realizar suas atividades esteja capacitado para identificar as causas do conflito e adotar as técnicas mais aptas à sua transformação e superação³⁹⁷.

Para tanto, deve valer-se de todas as técnicas disponíveis, além de investigar e refletir sobre os aspectos que entender pertinentes³⁹⁸. Acresça-se que, no desenvolvimento de sua atividade, não basta apenas realizar uma negociação baseada em princípios, pois essas técnicas correspondem apenas a uma gama de conflitos e não contemplam a infinidade de variações vistas no Judiciário. É justamente por isso que a formação do conciliador deve contemplar matérias que apresentem uma visão interdisciplinar; as diferenças entre a comunicação de primeira e segunda ordem, bem como sua relação com a necessidade de contenção ou transformação do conflito; a compreensão de sistemas e sua respectiva complexidade; a teoria dos jogos e as estratégias comportamentais. Tudo para que o conciliador consiga realizar a tipologia do conflito que lhe é apresentado, de modo que a conciliação possa ser apontada como meio apto de resolução de conflitos no sistema de Justiça atual e contemple a grande diversidade dos conflitos existentes³⁹⁹.

Para tentar superar essas limitações binárias, Leonard L. Riskin propôs um modelo graduado, harmonizando os critérios de avaliação e facilitação, normalmente ligados aos

³⁹⁶ Cf. Francisco José Cahali, in *Curso de arbitragem*, ob. cit., 2011, p. 40, “Na prática, diante de um conflito, pela sua origem (objetivo ou subjetivo), ou mesmo pelas características pessoais dos envolvidos, detalhes, abrangência ou reflexos posteriores, há uma *zona cinzenta*, e extensa, entre as situações em que se recomenda um ou outro método de solução. (...) Há espaço para, no desenvolvimento de um modelo, ao se perceber que outro será mais adequado, promover-se a mudança ou utilização conjunta das técnicas de ambos os procedimentos, ou mesmo o encaminhamento a outro intermediário com as qualificações apropriadas ao melhor atendimento dos interessados”.

³⁹⁷ Outrossim, a concomitância de outras técnicas para melhor dissolução de um conflito interdisciplinar pode ser benéfica, como por exemplo sessões de terapia psicológica.

³⁹⁸ Para Juliana Demarchi, “Técnicas de conciliação e mediação”, in *Mediação e gerenciamento do processo – revolução na prestação jurisdicional*, Coordenação de Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Caetano Lagrasta Neto, São Paulo, Atlas, 2007, p. 55, “Não há uma regra absoluta que recomende a conciliação para conflitos objetivos e a mediação para conflitos subjetivos; há espaço para temperamentos e utilização conjunta de técnicas de ambos os procedimentos”.

³⁹⁹ Para Roberto Portugal Bacellar, “O Poder Judiciário e o paradigma da guerra na solução dos conflitos”, in *Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional*, Coordenadores Morgana de Almeida Richa e Antonio Cezar Peluso, Rio de Janeiro, Forense, 2011, p. 33, “Para o alcance da pacificação o raciocínio deve ser exlético, e o conflito deve ser analisado sempre na sua integralidade com visão holística, global e transdisciplinar, abrangendo todos os prismas relacionais a fim de que possam resultar apenas vencedores”.

conceitos de conciliação e mediação⁴⁰⁰, respectivamente, buscando uma teoria que englobasse todos os aspectos do problema.

Com isso, trata todas as estratégias possíveis como espécies de um mesmo gênero (mediação) e suas variações. Juntando as duas vertentes, Riskin propõe um gráfico cartesiano em que um eixo representa os conflitos a resolver e o outro, a intervenção do mediador. Sobre a amplitude do conflito, que denomina na exposição como problema, apresenta-se um eixo de definição partindo de uma perspectiva restrita para uma perspectiva ampla, sequencialmente, considerando: 1. Objeto litigioso; 2. Interesses comerciais; 3. Interesses pessoais, profissionais ou relacionais e 4. Interesses comunitários.

Já o papel do terceiro varia de um mero facilitador, sem possibilidade de sugerir qualquer proposta de acordo, passando por uma etapa intermediária, com possibilidade de sugerir propostas, até o ponto oposto, relacionado com o modelo avaliativo, que não apenas pudesse dar sugestões, mas exprimisse sua opinião, inclusive pressionando as partes a celebrar um acordo. Entendendo que os eixos se cruzam nos pontos médios entre essas características, o autor faz uma divisão em quatro campos, assim classificando o terceiro interventor:

1. *facilitador-restrito*: o terceiro pode perguntar, ajudar as partes a desenvolver suas próprias propostas restritivas, a trocarem propostas e avaliar as propostas trocadas;

⁴⁰⁰ Pelas diferenças existentes, a mediação facilitativa e a valorativa são respectivamente comparadas à mediação e a conciliação vistas na doutrina brasileira. Nesse sentido, Leslie Shérída Ferraz, *in Juizados Especiais Cíveis e acesso à Justiça qualificado*, ob. cit., 2008, p. 96, afirma que “a principal tarefa da mediação facilitativa é fortalecer a compreensão mútua das partes, incluindo suas necessidades e emoções; enquanto a mediação valorativa visa a enfatizar a eficiência e promover a compreensão de questões legais e financeiras essenciais ao acordo”. Igualmente, Paulo Eduardo Alves da Silva, “Gerenciamento de processo e cultura de litigância – a experiência do “case management” inglês”, *in As grandes transformações do processo civil brasileiro – Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*, Coordenação de Carlos Alberto de Salles, São Paulo, Quartier Latin, 2009, p. 650, ressalta que “Os programas de ADR das cortes federais norte-americanas operam por mediação, arbitragem, avaliação neutra, mini-julgamento, júri sumário, semana de mediação, o med-arb, entre outros. A *mediation* é indicada para a maioria dos casos cíveis e, no sistema das Federal Courts norte-americanas, pode ser realizado tanto mediante as *conferences* em juízo como pelos setores independentes de mediação, para os quais o caso pode ser encaminhado em qualquer fase da ação judicial. O mediador não necessariamente precisa ter conhecimentos ou formação jurídica. Diferem a *traditional mediation* e a *evaluative mediation*, distinção equivalente à conciliação e mediação. O *evaluation mediator* costuma sugerir propostas de acordo e esclarecer as partes sobre suas possibilidades de êxito na ação judicial e sobre as consequências de não chegarem a um acordo, mas não aprofunda o conhecimento sobre os fatos apresentados”.

2. *facilitador-amplo*: o terceiro pode ajudar as partes a compreender seus interesses subjacentes, auxiliando-as a desenvolver e propor alternativas à solução do conflito baseadas em interesses;

3. *avaliador-restrito*: o terceiro pode estimular os pontos fortes e fracos de cada parte, prever os resultados de um processo judicial ou outros processos, propor contratos de compromisso, estimular as partes a fecharem um acordo;

4. *avaliador-amplo*: o terceiro pode promover a conscientização a respeito dos interesses subjacentes, prever o impacto sobre os interesses de não chegar ao acordo, desenvolver propostas baseadas em interesses e estimular a aceitação mútua das propostas das partes.

Com esse modelo, Riskin busca oferecer uma saída abrangente, uma vez que relaciona num sistema em que relaciona as variáveis que outras propostas tendem a tratar de forma isolada⁴⁰¹. Há, porém, quem entenda que essa saída não equaciona devidamente a questão, pois termina por substituir os problemas inerentes a dicotomias rígidas pelos problemas de uma falsa gradação. Segundo este posicionamento, isso se deve à diferenciação dos conflitos a partir de gradações baseadas em critérios quantitativos e não qualitativos, isto é, a amplitude do problema e a postura avaliativa do mediador⁴⁰².

⁴⁰¹ Cf. Leonard L. Riskin, “Compreendendo as orientações, estratégias e técnicas do mediador: um padrão para perplexos”, ob. cit., 2002, p. 55, “a mediação parece abranger uma enorme variedade de atividades. Não obstante, muitos profissionais da área definem, geralmente de uma maneira limitada, o que é ou deveria ser a mediação. E acabam por ignorar outras práticas e argumentos que consideram como não sendo realmente mediação. Em decorrência disso, muitas organizações e indivíduos interessados no processo de mediação - tribunais, agências administrativas e outros patrocinadores de programas, advogados e potenciais participantes de mediação – tomam decisões sobre mediação sem o devido entendimento das alternativas disponíveis. Uma causa dessa situação é a ausência de qualquer método difundido e abrangente para a descrição das várias abordagens à prática da mediação. Ao escrever este artigo, pretendi propor esse método. Minha meta é facilitar um pensamento claro sobre os processos que são comumente chamados de mediação, cabendo – e isso é perfeitamente sustentável - dentro do usual entendimento da mediação como uma negociação facilitada por um terceiro imparcial. O sistema pode auxiliar as pessoas a entenderem a mediação e tomarem boas decisões sobre o tipo de processo que querem que seja utilizado, bem como sobre o seu procedimento seleção, treinamento e avaliação dos mediadores. Além disso, espero que os mediadores individuais usem isso para refletir sobre o próprio trabalho. Acredito que essa estrutura também poderá auxiliar pesquisadores na busca da compreensão da correlação entre os tipos de mediação em face de suas diferentes experiências e consequências”.

⁴⁰² Cf. Alexandre Araújo Costa, “Cartografia dos métodos de composição de conflitos”, ob. cit., 2004, p. 175. O autor menciona ainda que “Consequentemente, se a diferença é meramente quantitativa, o modelo ergue-se sobre o pressuposto de que os conflitos têm um substrato comum e que o objetivo do mediador é sempre o mesmo, mudando apenas a complexidade do primeiro e a interventividade do segundo. Esse fato indica que Riskin compartilha do que Warat chama de uma *orientação acordista* da mediação, que entende o conflito como um problema resolvido pelo acordo e Dentro dessa concepção, para a qual a mediação oferece a oportunidade de proporcionar uma satisfação conjunta a todos os disputantes de um conflito, Riskin desenvolveu um modelo que supera alguns limites das teorias anteriores, mas incide nos

Além disso, uma orientação avaliativa – normalmente associada à conciliação – deve ser afastada, sobretudo no ordenamento brasileiro. Isso porque o conciliador, ao realizar uma avaliação, o faz na tentativa de influenciar as partes a tomar uma decisão próxima do que seria uma sentença e acaba por desestimular a orientação construtiva do método.

Na experiência norte-americana, existem meios de resolução de conflitos voltados especificamente a essa orientação avaliativa, tais como o júri simulado, a avaliação de terceiro neutro ou a arbitragem não vinculante⁴⁰³. A existência de meios próprios voltados à avaliação reforça a utilidade dessa prática dentro do ordenamento jurídico, mas enaltece a necessidade de que seja feita de forma apropriada. Esses são meios cujos fundamentos de fato e de direito das partes um terceiro neutro pode avaliar, inclusive manifestando-se sobre o conjunto probatório eventualmente apresentado e ainda sobre as possíveis soluções judiciais, proferindo decisões sem qualquer poder vinculativo para as partes que, justamente por não solucionar o conflito, podem estar ligados a outro meio, como a mediação ou a arbitragem. Dispõem de regramentos próprios e sua maior vantagem é que o terceiro avaliador tenha especialização própria, que o autorize a exarar um parecer avaliativo sobre o conflito.

Por tudo isso, não parece próprio da conciliação realizada em terras tupiniquins sua vinculação a uma orientação avaliativa. Conforme a Resolução nº 125 do CNJ, o

próprios limites da visão acordista. E o principal desses limites é uma indiferenciação ente conflitos ligados a um agir meramente estratégico e conflitos ligados a um agir comprometido, elementos cuja diferença é qualitativa e não quantitativa, o que inviabiliza a sua inclusão em gráficos baseados na variação constante de um elemento comum subjacente a todos os objetos abrangidos pelo sistema. Nessa medida, por mais que devamos reconhecer a engenhosidade do modelo, julgo que o fato de Riskin não reconhecer uma diferença qualitativa entre os conflitos faz com que ele não possibilite enfrentar adequadamente a complexidade da mediação”, ob. cit., p. 176-177.

⁴⁰³ Nesse sentido, Kimberlee K. Kovach e Lela P. Love, “Mapeando a mediação: os riscos do gráfico de Riskin”, in *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*, Organização de André Gomma de Azevedo, Tradução de Francisco Schertel Mendes e revisão de Arthur Coimbra de Oliveira, Vol. 3, Brasília, Grupos de pesquisa, 2004, do original “Mapping mediation: The risks of Riskin’s Grid”, in *Harvard Negotiation Law Review*, Spring, 1998, disponível <http://www.cardozo.yu.edu/cms/uploadedFiles/FACULTY/Lela_Love/mapping_mediation.pdf>, acessado em 22.09.2011. Para as autoras, ob. cit., p. 108, “Defensores da “mediação avaliadora” afirmam que a utilização de uma avaliação neutra ajuda as partes a superar o impasse. Poucos deles questionam a utilidade de uma avaliação confiável no fornecimento de um balanço da realidade e na ajuda às partes para que elas atinjam um acordo. As propostas dessas pessoas servem de base para vários processos de resoluções de disputas, incluindo a arbitragem não vinculante, o julgamento por júri sumário e a avaliação neutra prévia. Todavia, nós continuamos a acreditar que um sujeito neutro, ao oferecer uma avaliação que lhe foi requisitada, ainda que esta seja o último passo do processo mediatório, está se movendo fora dos limites do mapa da mediação, indo em direção a um processo diferente no qual as referências básicas governantes também devem ser diferentes”.

conciliador não precisa ter formação jurídica em nível de graduação – o que já o desqualifica a realizar qualquer avaliação do conflito voltada a uma decisão judicial⁴⁰⁴. Outrossim, a formação voltada à compreensão do conflito e sua resolução por saídas construtivas reforçam que a conciliação no Judiciário deve ter enfoque somente facilitativo⁴⁰⁵. Acresça-se ainda que a orientação avaliativa é tão diversa do que se vê nos meios consensuais propriamente ditos que pode ser um grave erro permitir que a conciliação tenha essa orientação.

Isso não significa que uma avaliação neutra de terceiro não tenha valor. Tem-no indiscutivelmente, tanto que sua introdução no ordenamento jurídico brasileiro será vista em futuro próximo, contudo espera-se que seja de forma acertada, isto é, como um meio próprio, com características e regras de utilização que atendam à expectativa das partes. Nesse sentido, é imprescindível que o terceiro neutro tenha formação jurídica específica e que sua função seja exercida mediante voluntária adesão das partes a este meio.

É preciso elucidar que o conciliador, no exercício de sua função, pode sugerir possibilidades de resolução – exatamente na medida da objetividade do conflito que está tratando – , mas deve ter por finalidade estimular as partes a elaborar soluções próprias. Para tanto, o conciliador pode valer-se de perguntas ou sugestões, favorecendo a reflexão das partes⁴⁰⁶.

⁴⁰⁴ Resolução n. 125 do CNJ, Anexo III, Art. 2º, §4º - Desvinculação da profissão de origem – dever de esclarecer aos envolvidos que atua desvinculado de sua profissão de origem, informando que, caso seja necessária orientação ou aconselhamento afetos a qualquer área do conhecimento poderá ser convocado para a sessão profissional respectivo, desde que com o consentimento de todos.

⁴⁰⁵ Cf. Francisco José Cahali, in *Curso de arbitragem*, ob. cit., 2011, p. 50, “Os mediadores e conciliadores, quando nesta posição, devem estar totalmente desvinculados de sua profissão de origem, esclarecendo às partes que, se necessária a orientação ou o aconselhamento de qualquer área do conhecimento, poderá ser convocado para outra sessão o profissional respectivo, desde que com o consentimento de todos os envolvidos”.

⁴⁰⁶ Fornecendo um clássico exemplo dessa situação, Kimberlee K. Kovach e Lela P. Love, “Mapeando a mediação: os riscos do gráfico de Riskin”, ob. cit., 2004, p. 127, mencionam que “Em uma disputa de milhões de dólares entre uma empresa e um sindicato, o mediador declara às partes que a empresa “deveria ser mais flexível, pois ela não possui chances de ganhar em uma eventual apelação”. Uma avaliação deste tipo pode simplesmente encerrar as negociações, já que a parte favorecida tende a inflexibilizar a sua posição, enquanto a parte em desvantagem pode não ver outra saída a não ser testar a análise do mediador no tribunal. É óbvio que, em alguns casos, a avaliação do mediador mostra-se errada (ou seja, a empresa ganha a apelação), resultando no encerramento das negociações e em uma situação do tipo “perde-perde” depois de anos de litígio e de despesas com advogados.”

Se, por um lado, as intervenções do conciliador são capazes de influenciar na direção da resolução do conflito, é certo que ele não pode decidir pelas partes o que é melhor a partir de suas expectativas do que seria mais justo, independentemente da tipologia do conflito. Nesse sentido, aliás, versa o Anexo III da Resolução nº 125 do CNJ, que impede o conciliador de fazer prevalecer seus valores e conceitos pessoais, por comprometer a idoneidade do método.

O ordenamento brasileiro vem abrindo-se cada vez mais para incorporar uma variedade de meios de resolução de disputas. Todavia, delinear claramente esses meios e seus respectivos métodos é fundamental para o saudável desenvolvimento do sistema de Justiça. Nesse ínterim, cumpre enfatizar que a maior contribuição da institucionalização dos meios consensuais, sobretudo da conciliação, é permitir uma alteração mais profunda, que transcende a própria solução da controvérsia.

Ao flexibilizar um ponto de vista, as partes deixam suas percepções e estabelecem novas formas de enfrentar as desavenças, fortalecendo a consciência no gerenciamento de seus próprios conflitos. As pessoas devem seguir em busca de seus direitos, mas com um senso de compromisso capaz de autorizar maior participação na criação de soluções consensuais, ficando permanentemente garantido o acesso ao Judiciário.

Por tudo isso, o instituto da conciliação deve ser definido como meio de resolução de conflitos, cuja composição é triangular pela atuação de um terceiro, neutro e imparcial, que investiga os interesses e necessidades das partes, pela facilitação da comunicação entre elas com vistas à compreensão do conflito e pela aplicação de técnicas relacionadas à sua adequada transformação, com orientação facilitativa e sem objetivar o acordo, enfocando a relação intersubjetiva, quando necessário, sendo mais afeta aos conflitos unidimensionais.

3.3. OBJETIVO E ENVOLVIMENTO JUDICIAL CONTINUADO

Como meio de resolução de conflitos, o único objetivo da conciliação é pacificar as partes com justiça⁴⁰⁷. Aliás, cada vez mais a efetividade da prestação jurisdicional é entendida como pacificação que represente a transformação do conflito, caracterizada pela verdadeira alteração com relação aos interesses, expectativas e necessidades das partes, a partir da legítima construção do consenso. Saliente-se ainda que, restando uma faceta do conflito fora da esfera jurídica, tal como a necessidade de endereçamento social ou psicológico, as partes devem ser encaminhadas aos órgãos competentes a fim de dar continuidade ao tratamento dessas especificidades, fora da esfera judicial⁴⁰⁸ – o que será pertinente em conflitos mais complexos, com desdobramentos variados.

Dessa forma, é preciso destacar a importância de institucionalizar não só os meios consensuais, mas de verdadeiramente oferecer um sistema de Justiça com múltiplas formas de resolução de conflitos, além de levar o Judiciário a atuar com outros setores da sociedade, oferecendo uma verdadeira rede multidisciplinar de serviços, voltada ao tratamento integral do conflito. Justamente por ser o conflito um fenômeno multidimensional⁴⁰⁹ deve o Judiciário, ao incorporar os meios consensuais de resolução deve estar preparado para realizar o encaminhamento de outras questões, já que, de certa forma, se abre para o tratamento do conflito verídico, que pode extrapolar o âmbito jurídico⁴¹⁰. Apesar das limitações inerentes a esta tese, é oportuno mencionar

⁴⁰⁷ Cf. Fernanda Tartuce, *in Mediação nos conflitos civis*, ob. cit., p. 228, “Pacificar com justiça é a finalidade de todo método idôneo de composição de controvérsias. Pacificar, porém, não é uma tarefa simples; por envolver o alcance de um estado de espírito humano, abrange aspectos não apenas jurídicos, mas também psicológicos e sociológicos”.

⁴⁰⁸ Para Andre Gomma de Azevedo, “Perspectivas metodológicas do processo de mediação”, ob. cit., 2003, p. 168, “Pode afirmar que, se inicialmente o movimento de acesso à justiça buscava endereçar conflitos que ficavam em solução em razão da falta de instrumentos processuais efetivos, voltando-se inicialmente a reduzir a denominada litigiosidade contida, atualmente, a processualística volta-se a melhor resolver disputas afastando-se muitas vezes de fórmulas exclusivamente jurídicas e incorporando métodos interdisciplinares a fim de atender não apenas aqueles interesses juridicamente tutelados mas também outros que possam auxiliar na sua função de pacificação social”.

⁴⁰⁹ Sobre o conflito e a respectiva prestação jurisdicional, v. Item 2.2.2., do Capítulo 2, Parte I.

⁴¹⁰ Para Célia Regina Zapparolli, “Instrumentos não adjudicatórios de gestão de demandas, conflitos, disputas, problemas e crises nos sistemas: especificidades e aplicabilidade”, ob. cit., 2011, p. 38, “Muitas vezes, também, o conflito intersubjetivo pode vir permeado pelos efeitos dos conflitos sociais e dos problemas estruturais (*deficit* na educação, habilitação, saúde, trabalho e/ou no transporte, entre outros), acirrando as dificuldades na gestão daquele contexto conflitivo. Dessa maneira, esses problemas devem ser considerados e, trabalhados meios à sua superação no caso concreto. O objetivo, nessas hipóteses, na é a solução do problema estrutural ou o conflito social no campo macro, mas viabilizarem-se saídas para aquele caso particular e concreto, pois para o campo macro há caminhos técnicos mais funcionais e que ensejam a articulação de atores e diversos instrumentais, para resultados globais, a curto, médio e longo prazo”.

quão importante é o tratamento multidisciplinar do conflito. Em muitos casos, pode estar exatamente aí a correta chave da pacificação⁴¹¹.

Ainda que não se logre pacificar as partes com a resolução do conflito, a correta aplicação do método voltado à conciliação terá dado colaboração notável ao sistema de Justiça e, nesse sentido, diversas consequências se farão sentir.

Bem assim, a prevenção de outros processos, pois tende a cessar a litigiosidade remanescente⁴¹². Ademais, com a institucionalização dos meios consensuais, haverá menos judicialização dos conflitos, pelo encerramento de outros processos, que poderão ser conjuntamente solucionados e ainda pela desnecessidade de outras fases processuais, notadamente a fase recursal e a execução. Observe-se que são consequências da correta aplicação do método e não objetivos a perseguir⁴¹³.

Pela adjudicação, os diálogos são fragmentados e aprisionados pela linguagem jurídica, enquanto na conciliação o condutor pode orientar as partes na tentativa de solucionar o conflito verídico, desvendando as reais razões das resistências e aprimorando a comunicação, com o afastamento das interferências ilegítimas, o que ajudará as partes a distinguir o que é o conflito de fato das resistências pessoais, assumidas pela cultura

⁴¹¹ Segundo Célia Regina Zapparolli, “Políticas públicas de justiça e a mediação de conflitos intrafamiliares em contextos de crimes processados pelas leis 9.099/1995 e 11.340/2006”, ob. cit., 2009, p. 556, ratifica essas assertivas, relatando a experiência do Projeto “Integra – Gênero e Família”, que realiza o tratamento de conflitos decorrentes de crimes intra-familiares, encaminhados pelo Juizado Especial Criminal de Família do Foro Regional de Santana – Comarca da Capital de São Paulo. Para a autora, “É imperioso pensar-se nas partes e os demais envolvidos no conflito, na sua relação em todos os aspectos e não apenas os jurídicos, somando-se a integração das ações com outros sistemas (ou conforme o ângulo, subsistemas), como saúde, educação, segurança pública etc. (...) Para a administração de muitos conflitos, principalmente falando-se em violências e crimes, esses encaminhamentos são um instrumental determinante. Ocorre que, quando presentes os serviços, eles se dão de forma precária, com duração por tempo limitadíssimo, de em média seis meses. O Judiciário não deve fazer às vezes dessas políticas públicas, por não lhe caber substituir o que é de competência do Executivo, mas sim, ter acesso e trabalhar em rede com elas”.

⁴¹² Para André Gomma de Azevedo, “Perspectivas metodológicas do processo de mediação”, ob. cit., 2003, p. 169, litigiosidade remanescente é “aquela que, em regra, persiste entre as partes após o término de um processo heterocompositivo em razão da existência de conflitos de interesses que não foram tratados no processo judicial – seja por não se tratar de matéria juridicamente tutelada (e.g. a magoa que se sente em razão de um término de um relacionamento estável) seja por não se ter aventado certa matéria juridicamente tutelada perante o Estado”

⁴¹³ Em sentido um pouco diverso, Fernanda Tartuce, in *Mediação nos conflitos civis*, ob. cit., 2008, p. 225, apresenta a prevenção de litígios como uma das finalidades dos meios consensuais e não apenas como uma consequência da aplicação dos métodos.

litigante. Isso permitirá a aproximação das partes, que juntas deverão desenvolver opções para superar o dissenso⁴¹⁴.

Outra consequência é o exercício da autonomia das partes na solução do conflito, cumprindo o fundamento político da jurisdição por permitir a participação popular na administração da Justiça. Isso se verifica pelo enaltecimento das responsabilidades pessoais sobre a geração do conflito e sobre sua respectiva resolução. O desenvolvimento dessa perspectiva favorece o senso de colaboração entre as partes e tem sentido pedagógico, pois as pessoas, com essa experiência, deverão aprender a lidar com o conflito e buscar, por si próprias, sua adequada superação, alternando possibilidades que seguem ao lado do paternalismo estatal na resolução de conflitos⁴¹⁵.

Por fim, outra consequência da correta aplicação das técnicas da conciliação, em busca de seu objetivo, é conferir credibilidade às instituições judiciais. A Justiça passa a ser vista mais próxima dos cidadãos, que muitas vezes querem apresentar suas versões sobre o conflito. O Judiciário, ao fornecer uma arena segura de diálogo, como espaço de confiabilidade e respeito, sobretudo pela atuação de um condutor devidamente capacitado, fortalece o senso de Justiça e, certamente, esse fato auxilia a desenvolver uma cultura de paz.

Assim, não se deve dar por fracassada a conciliação quando o acordo não é alcançado, porque na busca do seu objetivo – que de fato é a pacificação das partes com Justiça – muitas são as consequências benéficas vistas pelo correto desenvolvimento do método e bem diversas da limitada entabulação de um ajuste. A real transformação do conflito para atingir a pacificação com Justiça passa pela verdadeira adesão das partes ao deslinde, caso contrário, celebrar-se-ão acordos ilegítimos, desastrosos para o sistema.

⁴¹⁴ Corroborando tal assertiva, mas com vistas à mediação, Maria Berenice Dias e Gisele Groeninga, “A mediação no confronto entre direitos e deveres”, in *Revista do Advogado*, nº 62, mar. 2001, p. 62, afirmam que “a mediação serve para diminuir o descompasso entre o nível jurídico da distribuição de direitos e deveres, o nível sócio-psicológico dos papéis e funções, bem como o desequilíbrio econômico e psicológico dos afetos. Contribuindo para a conscientização do par, resta facilitada a execução dos acertos feitos, diminuindo a distância entre a sentença e o que é negociado entre as partes”.

⁴¹⁵ Sobre a importância da consciência dos direitos e deveres para se alcançar efetivação, manifesta-se Lília Maia de Moraes Sales, in *Justiça e mediação de conflitos*, ob. cit., 2004, p. 33, afirmando que “as pessoas, mesmo as mais pobres, possuem o direito de escolher e decidir qual o melhor caminho a ser tomado, tendo consciência de que essa escolha deve produzir um bem-estar para as partes”.

Todavia, nada se logrará sem adotar a conciliação dentro da perspectiva de um envolvimento judicial continuado, por uma postura mais ativa do juiz e de verdadeiro controle dos atos processuais desenvolvidos com o fito de melhor resolver a controvérsia⁴¹⁶. Esse fundamento relacionado ao gerenciamento do feito⁴¹⁷ foi inserido no processo civil brasileiro pelo art. 331 do CPC, que busca racionalizar a prestação jurisdicional⁴¹⁸⁻⁴¹⁹. Trata-se das providências preliminares, seguidas do saneamento do processo. Assim, o exercício da racionalidade gerencial pode ser desenvolvido pela tentativa de conciliação judicial⁴²⁰, mas, não sendo possível alcançar a pacificação, deve o juiz primeiro fixar os pontos controvertidos e depois as provas a serem produzidas.

⁴¹⁶ Para Kazuo Watanabe, in “*Cultura da sentença e cultura da pacificação*”, ob. cit., 2005, p. 688, “A mesma idéia de juiz ativo na condução do processo está na base do case management do sistema processual norte-americano (Rule 16, Federal Rules of Civil Procedure), instituto responsável pela maior celeridade dos processos e, principalmente, largamente utilizado pelas partes, resultado da indução do próprio Judiciário, de meios alternativos de solução de conflitos (ADR). (...) *Case management* é, em suma, uma atividade processual que fortalece o controle judicial sobre: a) identificação das questões relevantes, b) maior utilização pelas partes de meios alternativos de solução de controvérsia, e c) tempo necessário para concluir adequadamente todos os passos processuais. O juiz planeja o processo disciplina o calendário, ouvindo as partes. Pelo contrário frequente que ele mantém com as partes, e destas entre si, promove a facilitação para uma solução amigável da controvérsia. E, mesmo não ocorrendo o acordo, as técnicas do case management permitem ao juiz eliminar as questões frívolas e planejar o processo, fazendo-o caminhar para o julgamento (*trial*) com eficiência e sem custo exagerado”.

⁴¹⁷ Segundo Fernando da Fonseca Gajardoni, Michel Bentenjane Romano e Valeria Ferioli Lagrasta Luchiari, “O gerenciamento do processo”, in *Mediação e gerenciamento do processo – revolução na prestação jurisdicional*, Coordenação de Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Caetano Lagrasta Neto, São Paulo, Atlas, 2007, p. 19-20, “O gerenciamento do processo se apóia em duas vertentes: (a) a racionalização das atividades cartoriais e mudança de mentalidade dos juizes e condução efetiva do processo; e (b) a introdução de meios alternativos de solução de conflitos nas demandas apresentadas. (...) É importante que o juiz assuma a direção efetiva do processo, não só para conduzi-lo melhor, evitando a prática de atos desnecessários e inúteis, mas também para conhecer a fundo a questão controvertida e poder buscar seriamente a conciliação ou sugerir às partes formas alternativas de solução do litígio, e ainda, quando não, proferir uma boa sentença”.

⁴¹⁸ No Brasil, o grande entusiasta da condução ativa do processo é Kazuo Watanabe, que juntamente com outros, desenvolveu diversas experiências neste sentido. Presidindo o Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais (CEBEPEJ), com sede em São Paulo, organizou um núcleo de estudos integrado por professores, pesquisadores, juizes, promotores de Justiça, procuradores e advogados, criando um projeto piloto. Especificamente sobre o CEBEPEJ, Kazuo Watanabe destaca que tal instituição voltada à pesquisa vem sanar as dificuldades relacionadas à falta de embasamento para as alterações legislativas, pois “a escassez de informação sobre a justiça brasileira tem feito com que as propostas de sua reforma venham sempre baseadas em instituições e em limitadas experiências pessoais e na versão fragmentária das pessoas que as formulam, jamais com base em informações e conclusões fornecidas por estudos científicos dirigidos ao conhecimento aprofundado da complexa problemática sócio-jurídica do país”.

⁴¹⁹ Sobre os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, Valeria Ferioli Lagrasta Luchiari, “A Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça: origem, objetivos, parâmetros e diretrizes para a implantação concreta”, ob. cit., 2011, p. 238, afirma que “Os parâmetros utilizados para a criação dos “Centros” foram o gerenciamento do processo e os Setores de Conciliação e Mediação do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, e o Fórum de Múltiplas Portas ou Tribunais Multiportas (*Multidoor Courthouse*) do direito norte-americano”.

⁴²⁰ Sobre a disponibilização de ferramentas suficientemente hábeis para a melhor condução do processo, Paulo Eduardo Alves da Silva, “Gerenciamento de processo e cultura de litigância”, ob. cit., 2009, p. 659, “o CPC disponibiliza a realização de um encontro entre as partes e o juiz, nos moldes do *case management conference*, para que se tente o acordo e, se infrutífera a tentativa, fixar as questões sobre as quais incidirá a atividade probatória. Evidente o caráter organizacional destas regras processuais. A

O planejamento da condução da demanda aplica a resolução mais adequada ao conflito, com menor dispêndio de tempo e custo. Tal estratégia não encontrou o sucesso esperado porque os magistrados não a empregaram em toda a sua plenitude⁴²¹. O exercício da atividade jurisdicional pressupõe seja o juiz dotado de poderes para a mais eficaz condução do processo. Iniciado pela provocação das partes, seu desenvolvimento segue por impulso oficial, devendo o juiz conduzir ativamente a fim de que o instrumento estatal de solução de controvérsias atinja seus escopos. Para tanto, ao juiz é conferida a direção não apenas formal, mas material do processo⁴²².

Segundo o inciso IV do art. 125 do CPC, introduzido pela Lei nº 8.952/1994, o poder de direção implica envidar esforços, visando à conciliação das partes. Conforme o dispositivo, o juiz deve incentivar tal mecanismo durante o curso de todo o processo, mesmo com a reserva de um momento procedimental específico, qual seja, audiência preliminar. Porém, não pode o juiz transformar a conciliação em escopo maior do que o processo, devendo verificar se as condições são favoráveis para empregar a técnica⁴²³.

Sanear, sob a ótica processual, significa escoimar o processo de defeitos, falhas, omissões ou obstáculos. Dá-se o saneamento do processo de forma mais intensa por

questão, novamente, é descobrir por que, mesmo com um apoio doutrinário e legislativo, o gerenciamento de processos não se disseminou nos ordenamentos de *civil law* como poderia.

⁴²¹ Kazuo Watanabe corrobora esta informação sobre a insuficiente aplicação do art. 331 do CPC, “Cultura da sentença e cultura da pacificação”, ob. cit., 2005, p. 689, afirmando que “os poucos magistrados que alcançaram o real objetivo do legislador estão dando à lei aplicação correta e alcançando, com isso, índices expressivos de soluções amigáveis ou conduzindo mais adequadamente a instrução probatória”.

⁴²² Para Jose Roberto dos Santos Bedaque, *Código de Processo Civil interpretado*, Coordenação de Antonio Carlos Marcato, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 2008, p. 368, “Além do poder jurisdicional, que compreende a formulação de regra de direito material aplicável ao caso concreto, bem como a efetivação prática do comando nela previsto, tem o juiz poderes-meio, necessários a que o poder-fim atinja os objetivos propostos(...) Para conduzir o processo de forma eficiente, proporcionando às partes as mesmas chances de participação, evitando a prática de atos protelatórios e buscando formas mais simples de solução do conflito do litígio, como a conciliação, o juiz também é dotado de poderes de direção. Ao exercê-los, ele busca conciliar dois valores normalmente antagônicos: segurança e efetividade”.

⁴²³ Para Jose Roberto dos Santos Bedaque, a insistência na realização do acordo pelo juiz não implica quebra da imparcialidade. Nesse sentido foi o seu voto no acórdão relatado pelo Desembargador Sabino Neto (E.S. nº 15.284, Tietê, Rel. Des. Sabino Neto, j. 13.08.92; 15.156-0, Santa Branca). No mesmo sentido, Exceção de suspeição – Alegação de violação do art. 135, inciso V, do Cód. De Proc. Civil. Magistrado que se limita a tentar uma composição entre partes interessadas – Termo lavrado nos autos, constando os atos praticados - Atuação que se revela absolutamente regular no exercício da atividade jurisdicional e não permite vislumbrar qualquer interesse no julgamento da causa em favor de uma das partes. Rejeição” (TJSP, Câm. Esp., E.S. 21771-0/1 – Valinhos/Campinas, Rel. Des. Nigro Conceição, v.u., j. 9.3.1995. Note que apesar de não dar margem a procedência, indica o questionamento da parte que sente-se prejudicada e gera novas demandas.

ocasião das providências preliminares, mediante a prática, pela parte, dos atos sanatórios de irregularidades ou nulidades sanáveis, sob pena de extinção do processo sem resolução do mérito (art. 327). Ou, mais apropriadamente, o saneamento inicia-se antes mesmo de instaurada a fase ordinária⁴²⁴.

O gerenciamento pode ser caracterizado como a adoção de planejamento, organização e coordenação dos atos procedimentais, normalmente em audiência preliminar, que demandam cooperação entre as partes, junto ao juiz. Vale mencionar que essa condução mais ativa do processo e voltada a pacificar as partes, também requer uma mudança de mentalidade dos operadores do direito⁴²⁵.

⁴²⁴ Sobre o despacho interlocutório, Antônio Carlos Marcato, *Código de Processo Civil interpretado*, Coordenação de Antônio Carlos Marcato, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 2008, p. 1045, menciona que “Por meio dele, o juiz emite juízo de admissibilidade da ação (reconhece presentes suas condições) e juízo positivo da validade do processo (afirma a presença de todos os pressupostos de constituição e desenvolvimento válido do processo) (...) Irrecorrida a decisão saneadora, a preclusão opera sobre todas as questões nela decididas, expressa ou implicitamente, sendo defesa às partes reabrir a discussão a respeito das mesmas no curso do processo”. Vale destacar a Súmula 424 do STF: “Transita em julgado o despacho saneador de que não houve recurso, excluídas as questões deixadas, explícita ou implicitamente, para a sentença.”

⁴²⁵ Cf. Kazuo Watanabe, “Modalidades de Mediação”, ob. cit., 2001, p. 48, “Participamos da reforma do Código de Processo Civil e procuramos, em relação 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.

4. AS DELIMITAÇÕES DA CONCILIAÇÃO NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

4.1. PRÉ-PROCESSUAL E PROCESSUAL

É possível classificar a conciliação pelo momento em que é realizada, relacionando-a com a propositura do processo judicial. Destarte, a conciliação pode ser pré-processual, quando ocorre antes do ajuizamento da ação, ou processual, se realizada enquanto perdura o processo. Outrossim, do ponto de vista topológico, distingue-se a conciliação extraprocessual, realizada fora do processo, daquela endoprocessual, realizada dentro do processo de forma incidental⁴²⁶. Se realizada no curso do processo, a conciliação que se encerra com composição entre as partes provoca a resolução do mérito, com extinção da demanda⁴²⁷, mas, sendo pré-processual a conciliação, ela culmina em título judicial apenas se contar com uma atividade jurisdicional homologatória posterior.

Vale salientar que, pelo recorte desta tese, toda investigação feita considera a conciliação pré-processual especificamente ligada aos Setores Extrajudiciais de Conciliação, os quais, além de buscar o cumprimento do acesso à Justiça, estão diretamente ligados ao Judiciário.

Essa ligação não decorre apenas da prestação jurisdicional relacionada à atividade homologatória realizada pelos juízes após as sessões que resultaram em acordo, mas de fato ao funcionamento do Setor, que fica sujeito ao controle e fiscalização das atividades realizadas e dos respectivos conciliadores e mediadores.

⁴²⁶ Cf. Petrônio Calmon, in *Fundamentos da mediação e da conciliação*, ob. cit., 2007, p. 144.

⁴²⁷ Nesse sentido, esclarece Petrônio Calmon, in *Fundamentos da mediação e da conciliação*, ob. cit., 2007, p. 145, que “O Código de Processo Civil brasileiro considera a sentença homologatória de transação como sentença que põe fim ao processo com julgamento de mérito. A doutrina trata de explicar que não se poderia falar em julgamento de mérito, pois sequer houve julgamento; o juiz não teria exercido qualquer atividade cognitiva e não estaria determinando a tutela a qualquer direito. Sua atividade seria consistente, apenas, em declarar que um acordo foi celebrado. O enquadramento efetuado pelo código, no entanto, tem sua explicação, pois a sentença que “homologa” a transação não “julga” o mérito, mas declara que o mérito já está resolvido, que a lide está superada e a incerteza dissipada”.

Há quem defenda a conciliação prévia justamente porque ela apresenta mais resultados antes da interposição da demanda⁴²⁸, considerando os acordos formulados em comparação com as conciliações processuais realizadas de forma incidental. Isso porque os ânimos ainda não estão tão exaltados e não houve nenhuma limitação do conflito, favorecendo a criação de opções de ganhos mútuos, num processo construtivo de resolução do conflito. É certo que a avaliação desse meio não deve considerar apenas o número de acordos formulados, mas, de fato, a propositura da demanda judicial muda o panorama em que se insere a conciliação, pois não há nenhuma dúvida de que a judicialização transforma o conflito verídico em conflito manifesto⁴²⁹. Acresça-se ainda que o dispêndio de tempo e dinheiro, decorrentes do ajuizamento da demanda, passa a ser considerado, podendo dificultar a composição entre as partes.

A conciliação pré-processual é relevante por dar oportunidade às partes de resolverem o conflito, evitando o processo judicial. É evidente que o conciliador não exerce jurisdição, nem os Setores Extrajudiciais de Conciliação e Mediação são órgãos jurisdicionais, mas não resta dúvida tampouco que integram o sistema de Justiça e atuam em colaboração com o Poder Judiciário, o que resta pacificado com a Resolução nº 125 do CNJ. Nesses setores, a parte interessada ingressa diretamente com o pedido de conciliação e a outra parte é convidada a comparecer à sessão, nos antigos moldes propostos pelo Conselho de Conciliação e Arbitramento do Rio Grande do Sul ou pelo Juizado Informal de Conciliação de São Paulo. Caso a parte adversa não seja encontrada ou não compareça, a conciliação ficará prejudicada. Se comparecerem ambas as partes, a conciliação será realizada, podendo resultar numa composição. Neste caso, os termos acordados serão redigidos a termo e encaminhados para homologação, implicando a constituição de um título executivo judicial. Outro benefício desses setores é a possibilidade de remarcar a sessão, isto é, caso o conciliador entenda que as partes não

⁴²⁸ Cf. Fernando da Fonseca Gajardoni, in *Técnicas de aceleração do processo*, ob. cit., 2003, p. 141-142, “A ideia de que a autocomposição judicial, entretanto, poderia dar cabo à enorme pletera de feitos que, diariamente, ingressam no Judiciário, é uma grande ilusão. O próprio acionamento da máquina estatal já provoca dispêndio de esforços e tempo, no sentido de tentar conduzir as partes a uma solução amigável (atuação do feito, designação de audiência, realização de audiência, etc.). Diminuição de demanda só com a autocomposição extrajudicial. Mas isso não significa que não haja vantagens para os propósitos aceleratórios também com a autocomposição judicial. Sem cogitarmos os fatores sociais e políticos da prática, não há dúvida de que o seu sucesso implica na melhoria da qualidade temporal da tutela jurisdicional (principalmente pela ausência de recursos) e na desobstrução das vias heterocompositivas”.

⁴²⁹ Sobre a tipologia do conflito, v. Item 2.2.1., do Capítulo 2, Parte I.

estão verdadeiramente aderindo à construção do consenso, é possível redesignar a sessão, que terá continuidade em outra data.

A principal polêmica relacionada com a conciliação pré-processual diz respeito à sua eventual obrigatoriedade. Alguns ordenamentos já adotaram ou ainda adotam a obrigatoriedade do meio consensual prévio de conciliação, impondo-o às partes que dele participem antes da admissibilidade judicial da demanda⁴³⁰. Já o Projeto de Lei nº 94/2002 institui a mediação incidental obrigatória, enaltecendo a possibilidade de um modelo diferente.

Há quem defenda a impossibilidade da obrigatoriedade no Brasil diante da garantia da inafastabilidade da jurisdição expressa no art. 5º, inciso XXXV⁴³¹. Nesse sentido, o Judiciário pacificou entendimento contrário à obrigatoriedade da submissão à comissão de conciliação prévia antes da propositura de reclamação trabalhista, tendo o tema gerado muita controvérsia⁴³². Por outro lado, há quem entenda que eventual norma ditando a obrigatoriedade não atenta contra a Constituição, visto que apenas enseja a verificação de mais um requisito para a propositura da ação, como tantos outros já existem⁴³³.

Além da constitucionalidade que versa sobre a questão, prepondera a efetividade dessa obrigatoriedade no sistema brasileiro, sobretudo porque a estruturação dos meios

⁴³⁰ Nesse sentido, Fernanda Tartuce, *Mediação nos conflitos civis*, ob. cit., 2008, p. 242, menciona que “no Japão, não é admitida a propositura de uma demanda atinente ao direito de família se não se demonstrar, desde logo, ter se revelado inviável a conciliação entre os litigantes. Isso se verifica também na Colômbia, desde 1989, no tocante a todos os direitos que admitem transação. Destacam-se, nesse mesmo contexto, a Argentina, a Inglaterra e os Estados Unidos, entre outros”.

⁴³¹ Cf. Petrônio Calmon, *in Fundamentos da mediação e da conciliação*, ob. cit., 2007, p. 146

⁴³² Os Tribunais Regionais do Trabalho, por todo país, manifestaram divergências no entendimento dessa questão, mas, desde logo, verificou-se certa prevalência no sentido de que, apesar do artigo 625-D da CLT determinar que “qualquer demanda de natureza trabalhista será submetida à Comissão de Conciliação Prévia”, não haveria como estabelecer a obrigatoriedade à submissão do trabalhador a essa Comissão, na medida em que tal condicionamento afrontaria o princípio constitucional insculpido no artigo 5º, XXXV, de que não há lesão ou ameaça a direito que possa ser suprimida da apreciação do Poder Judiciário. Assim, o TST acabou por uniformizar esse entendimento de que, embora não se possa desestimular a atuação das comissões de conciliação, o processo que teve tramitação regular, frustradas as tentativas de acordo, não pode ser levado à extinção pela ausência de submissão à Comissão de Conciliação Prévia. Precedentes podem ser verificados pelos julgados RR-130600-91.2003.5.02.0465 e AIRR nº 44840-75.2008.5.02.0021, ambos do TST. Essa orientação foi confirmada em maio de 2009 pelo Supremo Tribunal Federal, ao conceder decisão cautelar nas ADI 21396/DF-MC e ADI 2160/DF-MC.

⁴³³ Carlos Alberto de Salles, “Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à justiça”, ob. cit., 2006, p. 782.

consensuais está em andamento⁴³⁴. Apesar das diversas iniciativas estaduais, foi só com a Resolução nº 125 do CNJ que se instituíram os pressupostos de constituição e a previsão de diversos requisitos para a utilização adequada dos meios consensuais. Com essa resolução, houve ainda a implementação das diretrizes nacionais para nortear a atuação institucional de todos os órgãos do Poder Judiciário, tendo em vista sua unicidade e organicidade, inclusive verificando o controle das práticas exercidas pela fixação de critérios e condições para o seu exercício⁴³⁵. Nesse ponto, cumpre destacar a profissionalização dos conciliadores e mediadores, que hoje atuam nas esferas pré-processuais e processuais, além da formação necessária para o desempenho da função, a instituição de um código de ética voltado para esses profissionais e a existência do controle judicial.

O sistema de Justiça está em plena reestruturação e, por isso, não parece razoável instituir a obrigatoriedade das conciliações pré-processuais. Destarte, sem a verificação de uma mudança cultural dos operadores do direito, bem como o panorama atual do sistema de Justiça, os meios consensuais tendem a não cumprir seus objetivos e a frustração das partes a gerar a queda dos meios consensuais, que não podem ser vistos como meros informalismos⁴³⁶. Aliás, esse fato já ocorreu no sistema brasileiro,

⁴³⁴ Comentando a obrigatoriedade existente no projeto de lei nº 94/2002, que visa a regulamentação da mediação no ordenamento brasileiro, Kazuo Watanabe, “Modalidades de Mediação”, ob. cit., 2001, p. 47-48, menciona que “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. (...) 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”.

⁴³⁵ Cf. Kazuo Watanabe, in “Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses”, ob. cit., 2011.

⁴³⁶ Segundo Fátima Nancy Andriighi, “Mediação: um instrumento judicial para a paz social”, in *Revista do Advogado*, nº 87, set. 2006, p. 136-137, “No fundo, a figura do mediador servirá de apresentação do Poder Judiciário, porque o primeiro contato das partes certamente será com ele e não com o juiz. Aqui repousa a grande responsabilidade da implementação adequada da mediação. Penso que somos portadores de experiência suficiente para não incidirmos nos mesmos erros cometidos com a adoção de outros instrumentos alternativos, tanto na justiça tradicional quanto nos juizados especiais, tudo por causa da implementação improvisada, sem profissionalismo, que acaba por desprestigiar e desacreditar o instrumento”.

experiência histórica que convém lembrar para que os mesmos equívocos não sejam novamente cometidos⁴³⁷.

Apesar de a obrigatoriedade ensejar a divulgação dos meios consensuais, sendo benéfica ao desenvolvimento de processos construtivos, pode produzir efeito reverso. O descrédito da população e o olhar dos operadores do direito para a realização das sessões de conciliação e mediação como se fossem um desdobramento da formalidade processual – ensejada pela obrigatoriedade das sessões – certamente comprometerão não só a idoneidade dos métodos, mas a própria mudança de paradigma do sistema de Justiça, que ora se volta à utilização de meios construtivos baseados em premissas colaborativas.

Analizando a obrigatoriedade nos sistemas processuais na segunda metade do século XIX e na primeira metade do século XX, André Gomma de Azevedo encontra “indicações de que, quando a autocomposição é imposta, há perda de sua legitimidade, na medida em que as partes muitas vezes não são estimuladas a comporem seus conflitos e sim coagidas a tanto. Em relação a essa conduta, também denominada pseudoautocomposição, muita crítica se escreveu. Nesse sentido, vale registro de Francesco Cernelutti segundo o qual, “infelizmente, a experiência tem demonstrado, sem embargo, que não poucas vezes (a autocomposição) se degenera em insistências excessivas e inoportunas de juízes preocupados bem mais em eliminar o processo que em conseguir a paz justa entre as partes”⁴³⁸.

De fato, a conciliação requer, como pressuposto subjetivo de sua incrementação, a livre adesão das partes a partir de uma mudança cultural da sociedade e dos operadores do

⁴³⁷ Sobre histórico da conciliação no sistema brasileiro, v. Item 3.1., do Capítulo 3, Parte II. Comentando tais fatos, Kazuo Watanabe, afirma que “Conclui-se, desse rápido exame histórico, que a generosa idéia de uma abrangente política pública de tratamento de conflitos de interesses adotada pela nossa primeira Carta Política, fruto da inteligência e sabedoria dos homens de visão que então detinham o poder, sucumbiu por razões políticas e pela falta de critério adequado em sua implementação”, in “Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses”, ob. cit., 2011.

⁴³⁸ Segundo André Gomma de Azevedo, “Autocomposição e processos construtivos: uma breve análise de projetos-piloto de mediação forense e alguns de seus resultados”. in *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*, Vol. 3, Brasília, Grupos de pesquisa, 2004, p. 143. Tal citação refere-se à Francesco Cernelutti, in *Instituições do Processo Civil*, Vol. II, São Paulo, Classic Book, 2000, p. 70.

direito, sem a qual a construção do consenso restará comprometida⁴³⁹. A disponibilização dos meios consensuais e a respectiva divulgação são medidas imprescindíveis e obrigatórias para o Judiciário, como estímulos necessários às alterações socioculturais. É claro que seus efeitos só serão sentidos em longo prazo, mas certamente trata-se de alicerces mais sólidos do que se veriam na imposição desses meios pela sua obrigatoriedade⁴⁴⁰.

Já sobre a conciliação verificada dentro do processo, de forma incidental, vale mencionar que é um meio de resolução de conflitos capaz de gerar ganhos qualitativos, podendo alcançar maior pacificação pela adequação da resolução ao conflito. Justamente por isso pode ser tratada como técnica processual.

Sob esse aspecto, o enfrentamento do conflito na conciliação não se limita aos elementos objetivos da demanda, mas segue o conflito verídico, ou seja, a comunicação conduzida pelo conciliador deve reconstruir a realidade fática e a manifestação das partes pode transcender os argumentos anteriormente apresentados nos autos. Ademais, a conciliação é incentivada pelo curso do processo e pode ser realizada mesmo após a prolação da sentença. Nesse sentido, convém destacar a possibilidade de realizar conciliações inclusive em segunda instância, favorecidas não só pela produção probatória finda, mas pela existência da sentença, o que diminui consideravelmente as expectativas das partes e as deixa mais próximas da realidade.

A conciliação processual é realizada dentro do ambiente judicial, podendo ser conduzida por um conciliador ou pelo próprio juiz da causa. A preferência se inclina, entretanto, para o conciliador, sobretudo pela manutenção da imparcialidade do magistrado, bem como pela liberdade das partes para apresentarem suas considerações

⁴³⁹ Francisco José Cahali, in *Curso de arbitragem*, ob. cit., 2011, p. 71, sobre a obrigatoriedade dos meios consensuais, salienta que “o ponto negativo é que o princípio da autonomia da vontade não pode ser relativizado, sob pena de se perder as características do instituto e seus resultados serem futuramente questionados”.

⁴⁴⁰ Segundo Fernanda Tartuce, in *Mediação nos conflitos civis*, ob. cit., 2008, p. 248, “tais métodos de gestão de conflitos exigem, como pressuposto subjetivo de sua implementação, a efetiva mudança de mentalidade dos operadores do direito e esta deve ocorrer de forma não impositiva sob pena de comprometimento da livre manifestação de vontade e da obtenção de um consenso ilegítimo. O caminho mais pertinente e condizente com a técnica consensual é disponibilizar e divulgar, ao máximo, iniciativas profícuas de mediação e incentivar as partes e os advogados a conhecerem o método por meio de palestras informativas ou sessões de pré-mediação. Embora o caminho possa se apresentar mais longo e mais demorado em termos de adesão generalizada à mediação, esta tem sido a experiência mais produtiva em outros ordenamentos”

sem receio de serem prejudicadas em um eventual julgamento⁴⁴¹. Além disso, vale frisar que a formação adequada para aplicar as técnicas relacionadas aos meios consensuais é fundamental, porque permite avaliar melhor o conflito e sua respectiva transformação de forma apropriada⁴⁴².

As experiências que se verificam atualmente no Brasil indicam muito mais a atividade conciliatória concomitante ao processo do que pré-processual. Ressalte-se, no entanto, que a Resolução nº 125 do CNJ mudará esse panorama, porque indica a necessidade de todos os Tribunais implementarem práticas voltadas ao fornecimento dos meios consensuais como formas de resolução de conflitos, principalmente pré-processuais.

4.2. DIREITOS DISPONÍVEIS E INDISPONÍVEIS

O CPC enfatiza a possibilidade de endereçar à conciliação causas que, versando sobre direitos, admitam transação⁴⁴³, mas persiste certa controvérsia sobre a disposição de alguns direitos. É preciso analisar as especificidades dessa questão, sobretudo a fim de verificar as concretas possibilidades de aplicar a conciliação no Judiciário.

Em regra, são indisponíveis os direitos cuja renúncia ou transação são tidas por inválidas por não poderem ser objeto da vontade de seu titular, como é o caso dos direitos da personalidade⁴⁴⁴. A contrário senso, haverá disponibilidade do direito quando determinado indivíduo atuar apenas com base no seu livre-arbítrio, exercendo-o ou não. De fato, a disponibilidade do direito é um dos critérios usualmente enfatizados para restringir a aplicação dos meios consensuais, preocupação que decorre justamente da delimitação da liberdade com que pode atuar seu titular⁴⁴⁵. É necessário verificar em

⁴⁴¹ Cf. Item 5.3.4., do Capítulo 5, Parte II.

⁴⁴² Cf. Item 5.3.1., do Capítulo 5, Parte II.

⁴⁴³ Cf. Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, *Código de Processo Civil Comentado*, ob. cit., 2006, p. 525, nota 6, “A transação pode ocorrer quer quando se trate de direitos disponíveis (transação plena), quer quando a causa verse sobre direitos indisponíveis (transação parcial). (...) Aliás, o texto primitivo do projeto de lei falava também em direitos indisponíveis, mas tal expressão foi suprimida no processo legislativo e não constou da Lei nº 8952/94”. Assim, na lei ficou estabelecida a possibilidade de endereçamento à conciliação, se transacionáveis.

⁴⁴⁴ Cf. Rubens Limongi França, “Direitos da personalidade – coordenadas fundamentais”, in *Revista do Advogado*, nº 38, dez. 1992, p. 05.

⁴⁴⁵ Para José Roberto dos Santos Bedaque, in *Direito e Processo*, ob. cit., 2003, p. 17, “Se a relação substancial versar direitos disponíveis, a parte pode, mediante transação, renúncia ou reconhecimento do pedido, dar causa à extinção do processo. O mesmo não ocorre se a pretensão deduzida for indisponível”.

que medida há utilidade da conciliação, como ferramenta apta à resolução de tais conflitos, ou se há reserva da jurisdição estatal adjudicatória.

Por uma análise estrutural prévia, sempre será possível a autocomposição desde que não se trate de direitos tão intimamente ligados à pessoa a ponto de, ao perdê-los, ver-se ela degradada a situações intoleráveis pelo ordenamento jurídico. Trata-se da indisponibilidade dos direitos de personalidade, tais como a vida, a incolumidade física, a liberdade, a honra, a propriedade intelectual, a intimidade, o estado, entre outros. Assim, quando a causa versar sobre direitos dessa ordem, as partes não terão disponibilidade de seus próprios interesses, pois há indisponibilidade objetiva. Além desses, existem casos em que uma especial condição da pessoa impede a disposição dos direitos, como acontece com os incapazes e as pessoas jurídicas de direito público, cuja indisponibilidade é subjetiva⁴⁴⁶.

Ocorre que, nos casos de indisponibilidade, a questão deve ser mais detidamente verificada, sobretudo porque a disponibilidade dos direitos é a regra, enquanto a indisponibilidade é a exceção e, sendo assim, sua interpretação deve ser restritiva e não abrangente de modo a impregnar aqueles que não o são. É de forma excepcional que algumas modalidades de direitos têm uma vedação jurídica quanto à sua disponibilidade, tornando insuscetíveis de livres arranjos quanto à sua titularidade⁴⁴⁷.

Não resta dúvida de que haverá disponibilidade quanto aos interesses meramente patrimoniais que digam respeito a titulares maiores e capazes. Já a indisponibilidade pode ser objetiva ou subjetiva, conceitos que podem, em alguns casos, transmutar-se em disponibilidade condicionada, considerando que os direitos podem ser dispostos, desde que tenham autorização judicial. Assim, seria absoluto o direito à vida ou à liberdade, por exemplo, mas relativo o direito que pudesse ser transacionado com autorização

⁴⁴⁶ Sobre esses conceitos, v. Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, in *Teoria geral do processo*, ob. cit., 2010, p. 36.

⁴⁴⁷ Justamente por isso há situações em que não há submissão aos prazos prescricionais ou decadenciais, cf. Agnelo Amorim Filho, “Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis”, in *Revista dos Tribunais*, vol. 86, nº 744, out. 1997, p. 746-747. Nesse sentido, afirma o autor, ob. cit., p. 747, “Não há qualquer razão para o legislador subordinar as ações declaratórias a prazos extintivos, pois o seu uso, ou não-uso, não afeta, direta ou indiretamente, a paz social, uma vez que elas nada criam ou nada modificam – apenas declaram a certeza jur

judicial, caracterizando uma disponibilidade restrita⁴⁴⁸. Isso demonstra que são conceitos a compreender de modo mais amplo do que pelo entendimento relacionado à comum disposição binária: disponível ou indisponível.

Carlos Alberto de Salles realiza análise semelhante, verificando as possibilidades de utilizar a arbitragem na Administração Pública. Para o autor, “em termos conceituais, cabe observar, de início, que tais conceitos têm uma utilização dicotômica, disponibilidade/indisponibilidade, no sentido de possuírem um caráter de mútua exclusão, expressando, de maneira geral, situações jurídicas nas quais as partes podem ou não transferir, onerosa ou gratuitamente, ou renunciar dessa espécie de direito. O problema, no entanto, é a falta de um sentido unitário ou uniforme dos conceitos envolvidos, usados para expressar situações normativas de natureza e efeitos diversos. São conceitos com um sentido plurívoco, que acabam por conduzir à sua utilização em uma extensão indevida, qualificando, como indisponíveis, situações jurídicas às quais esse atributo não deveria ser aplicado, como ocorre em relação aos bens e negócios da Administração Pública”⁴⁴⁹.

Nesse sentido, apenas os bens, em razão de sua própria natureza ou por especial proteção jurídica, serão indisponíveis, evidenciando o caráter excepcional pelos quais devem ser entendidos. Claro exemplo dessa assertiva é o meio ambiente, caracterizado não só pela sua indivisibilidade, mas ainda pela sua atribuição a uma coletividade de sujeitos, sendo sua indisponibilidade material. Os demais bens públicos podem ser alienados, mesmo que depois do cumprimento de certos requisitos, como desafetação e licitação, contando com uma disponibilidade relativa ou condicionada⁴⁵⁰. Ademais, os bens públicos estão ligados a uma finalidade pública e para sua perseguição se encontram disponíveis, possibilitando a modificação de titularidade.

Em outros casos, a indisponibilidade não decorre de uma posição subjetiva, mas da proteção da efetividade da norma, exercendo uma função dirigida ao próprio sistema

⁴⁴⁸ Segundo Hugo Nigro Mazzilli, in *O acesso à justiça e o Ministério Público*, 5ª Ed., São Paulo, Saraiva, 2007, p. 35.

⁴⁴⁹ Cf. Carlos Alberto de Salles, in *A arbitragem na solução de controvérsias contratuais da administração pública*, ob. cit., 2010, p. 409-410.

⁴⁵⁰ Cf. Carlos Alberto de Salles, in *A arbitragem na solução de controvérsias contratuais da administração pública*, ob. cit., 2010, p. 411.

jurídico e institucional envolvido. Neste caso, há indisponibilidade normativa, atinente à aplicação das próprias regras jurídicas de caráter cogente.

Por outro lado, considerando os direitos cuja renúncia ou transação são inválidas, é certo que não poderá haver disponibilidade nos meios consensuais nem tampouco na jurisdição⁴⁵¹. Neste íterim, além das distinções relacionadas aos conceitos de disponibilidade e indisponibilidade de direitos, é preciso ainda compreender a própria utilização do termo “disponibilidade” quando focado para verificar a legitimidade no endereçamento do conflito à conciliação. É evidente que existe uma distância considerável entre renunciar à proteção alimentar e dispensar o pagamento das pensões alimentares vencidas e inadimplidas. Igualmente, há enorme distância entre renunciar aos direitos de paternidade e estabelecer um regime de guarda e visitas apropriado aos pais que estejam se divorciando.

Ora, se é assim, fica claro que construir uma pauta de cumprimento de direitos não significa necessariamente renunciar ou transacionar o direito em si. As limitações e peculiaridades devem ser dadas de acordo com o caso concreto, principalmente pela dificuldade de estabelecer previamente um direito indisponível que afasta, de maneira definitiva, a utilização da conciliação⁴⁵².

Por esse entendimento, embora esta tese enfoque aos conflitos civis, mesmo direitos na área da família poderão ser conduzidos à conciliação. O direito a alimentos é

⁴⁵¹ Nesse sentido, Antônio Rodrigues de Freitas Jr., “Conflitos de Justiça e limites da mediação para a difusão da cultura da paz”, ob. cit., 2009, p. 526-527, “E assim, portanto: 1. o mesmo direito que não pode ser renunciado na mediação não poderá sê-lo em jurisdição, do que se resulta que, entre o que postulo aqui e o que postulam esses críticos da mediação, podemos divergir quanto ao objeto da renúncia, não acerca da (im)pertinência da mediação *visà-vis* à jurisdição; 2. se estivermos de acordo quanto à proposição anterior, resta enfrentar a identificação do “direito”. Para tanto não é necessário entrarmos em detalhes, mas tão só traçarmos delineamentos conceituais um tanto mais precisos”.

⁴⁵² Para Maria Inês Corrêa de Cerqueira César Targa, in *Mediação em juízo*, São Paulo, LTr, 2004, p. 185, “Nem sempre, assim, é plausível verificar quais direitos são passíveis de conciliação, quais direitos são disponíveis, a não ser no caso concreto, que se apresenta à análise do Juiz ou do Mediador. É óbvio que pais podem acordar a periodicidade das visitas que aquele que não mais deterá a guarda, fará aos filhos comuns, o que não se torna possível, entretanto, se, por exemplo, ele é dado a praticar violência, muitas vezes até sexual. Questões tão relevantes como essa nem sempre são claras nos processos submetidos à análise, mas, propondo-se o Mediador a conversar efetivamente com as partes poderá detectá-las e impedir qualquer tipo de acordo. Se não fosse a mediação efetiva, destinada, nesse caso, a barrar o acordo e não realizá-lo, esses problemas sequer seriam detectados, em detrimento de direitos básicos, mormente da criança. Assim, a mediação séria não só é fonte de preservação do direito de acesso à justiça, célere e econômico, mas também garantia de conhecimento de questões que não podem ser meramente relegadas à resolução das partes, porque não transacionáveis”.

indisponível e irrenunciável, mas nada obsta que as partes conflitantes acordem sobre o montante e a forma de pagamento, podendo tal composição ser homologada pelo juiz⁴⁵³. Da mesma forma, em uma conciliação, o pai pode reconhecer juridicamente o pedido de uma investigação de paternidade. Procedimento semelhante se dispensaria aos direitos administrativos e tributários, autorizando a utilização da conciliação para elaborar de planos voltados ao cumprimento, mas que fossem edificados de acordo com a realidade das partes.

Com relação aos órgãos públicos, a observância do princípio da legalidade trouxe o cerne de que o agente público só pode exercer atribuições expressamente autorizadas em lei, conduzindo os entes de direito público a acentuado comodismo quanto à composição amigável dos conflitos. Assim, a conciliação foi desestimulada pela necessidade de autorização legal específica para cada caso submetido a juízo. Acresça-se ainda que outro entrave na solução consensual refere-se à lentidão da prestação jurisdicional em benefício da própria Administração.

Esse entendimento decorre de diversas práticas estatais baseadas numa infinidade de leis protetivas ao Estado, principalmente no âmbito processual, com finalidade de retardar o cumprimento de decisões judiciais, mesmo quando a jurisprudência já se mostra pacificada sobre determinado tema. Situação que foi amenizada com o advento da Lei nº 10.259/2001, com destaque para o art. 10, que revela a clara opção do ordenamento jurídico pela solução de conflitos via conciliação. Os Juizados Especiais Federais, inicialmente pouco desenvolvidos, cresceram e tornaram-se uma vitrina das conciliações no âmbito público. Com isso, os representantes das entidades de direito público não poderiam invocar a negativa pura e simples quanto à tentativa de conciliação valendo-se do argumento da aplicação do princípio da legalidade.

O debate sobre essas limitações reflete não raro menos os entraves legais do que a mentalidade com que se encara essa nova realidade voltada aos meios consensuais e

⁴⁵³ Para Adriana Goulart de Sena, “Juízo conciliatório trabalhista”, in *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, vol. 45, nº 75, jan.-jun. 2007, p. 147, na conciliação, o juiz “não é um mero “homologador passivo” de todo e qualquer acordo que lhe seja submetido pelos litigantes (arts, III e 129 do CPC). Na homologação que corresponde ao ato judicial praticado pelo juiz do trabalho, compete-lhe avaliar com a percuciência e profundidade pertinente a forma e o conteúdo que lhe estão sendo submetidos. Tudo de modo a assegurar a livre e consciente manifestação da vontade das partes e, também, para evitar ofensa a normas de ordem pública, assegurando a presença de uma genuína transação”.

alternativos de solução de conflitos⁴⁵⁴. Com isso, é possível afirmar que a conciliação pode ocorrer quer quando se trate de direitos disponíveis, absoluta ou relativamente, quer quando a causa versar sobre direitos indisponíveis, permitindo o engendramento de tratativas sobre a elaboração de uma pauta consensual⁴⁵⁵, enfocando principalmente o cumprimento desses direitos. É o que se verifica na concepção desenvolvida por Abram Chayes para a caracterização dos processos públicos, quando defende que a implementação da decisão não deve ser imposta, mas negociada⁴⁵⁶. Dessa forma, o consenso ratifica o cumprimento, ainda que seja estipulada uma forma paulatina ou parcelada.

Outrossim, isso já acontece no sistema brasileiro com o Termo de Ajustamento de Conduta, sobretudo com relação ao cumprimento de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos⁴⁵⁷. É evidente que a compreensão deste instituto permite

⁴⁵⁴ Para Fernanda Tartuce, in *Mediação nos conflitos civis*, ob. cit., 2008, p.49-51, “O tema indisponibilidade dos direitos vem sendo tratado como verdadeiro “tabu” impeditivo da celebração de acordos, razão pela qual é preciso atentar para não resvalar em preconceitos, dogmas e opiniões sem embasamentos sólidos que limitem a dimensão de tal noção; a disponibilidade é um conceito legal indeterminado no qual se revela mais útil destacar suas características do que fixar sua definição. (...) Sob o manto da indisponibilidade, podem ser encontrados direitos de diferentes matizes; algumas vezes há um rigor mais acentuado em seu tratamento legal, que parece excluir a possibilidade de negociação ampla e irrestrita em seus termos. Todavia, alguns aspectos podem vir a ser convencionados consensualmente entre as partes; por tal razão, não devem ficar fora do alcance de eventual tentativa de composição dos interesses, seja judicialmente ou extrajudicialmente”.

⁴⁵⁵ Em sentido contrário, Lília Maia de Moraes Sales, in *Justiça e mediação de conflitos*, ob. cit., 2004, p. 56-57, afirma que: “Versando sobre direitos disponíveis, ou sobre direitos indisponíveis em que a própria legislação abra margem para negociação (indisponibilidade relativa), os conflitos poderão ser objeto de mediação. Jamais poderão ser alvo de mediação os direitos absolutamente indisponíveis, ou seja, aqueles direitos para os quais nem mesmo a legislação oferece margem para a transação. (...) Também não podem ser objeto de mediação os conflitos nos quais o Estado faça parte com *jus imperii*, como é o caso dos conflitos de natureza administrativa, tributária e previdenciária. Ressalta-se, no entanto, que quando houver previsão legal para a transação ou conciliação em controvérsias que tenham como objeto essas matérias, será possível a mediação”.

⁴⁵⁶ Cf. Abram Chayes, “The Role of The Judge in Public Law Litigation”, ob. cit., 1976, p. 1302.

⁴⁵⁷ Para Rodolfo de Camargo Mancuso, in *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*, ob. cit., 2009, p. 93-94, “O compromisso de ajustamento de conduta é um meio consensual, extrajudicial, de prevenção ou resolução de conflitos envolvendo interesses metaindividuais, (...). É controvertida a natureza a natureza jurídica desse ajuste: (i) se o definimos como um acordo, exsurge o óbice dos arts. 840 e 841 do Código Civil, a configurarem a transação quando os interessados previnem ou terminam o litígio “mediante concessões mútuas”, limitado o acordo “a direitos patrimoniais de caráter privado”, o que não se compadece com a temática de fundo social objeto de tal solução negociada: meio ambiente, tutela coletiva de consumidores, ordens urbanísticas e econômica, patrimônio cultural e outros interesses metaindividuais (§ 6.º do art. 5.º da Lei 7.347/85, c/c art. 1.º e incisos dessa lei); (ii) se o definirmos como negócio jurídico bilateral, exsurge o contra-argumento de que, no caso, as obrigações e prestações são unilateralmente assumidas pelo promitente, sob cominações. (...) Sem embargo do mérito pela busca da precisão terminológica a respeito, importa finalisticamente, registrar que o compromisso de ajustamento de conduta vem tendo utilização crescente pelos órgãos públicos mormente pelo *parquet* revelando-se eficiente, tanto para a prevenção como para a resolução de mega-conflitos, os quais de outro modo afluiriam ao Judiciário”.

flexibilizar o entendimento de que é só no Poder Judiciário – e pela adjudicação – que se pode encontrar a segurança jurídica necessária aos direitos indisponíveis.

Vale mencionar que, se houver disponibilidade relativa, também está autorizada a utilização da conciliação. Contudo, deverão ser cumpridos os requisitos específicos, de acordo com o caso concreto e, sendo realizada a composição entre as partes, deverá haver concordância do Ministério Público e homologação do Juiz competente. Aliás, seguem nessa linha as disposições contidas no Anexo II da Resolução nº 125 do CNJ, que trata dos Setores de Solução de Conflitos e Cidadania, cuja regulamentação está prevista nos artigos 8º a 11⁴⁵⁸. Fica claro que a verificação do *parquet* e a posterior homologação judicial agregam a segurança jurídica necessária, mas não pelo meio adjudicatório.

Assim, a conciliação como meio de resolução de conflitos não deve ser vista como técnica apta apenas à resolução de conflitos envolvendo direitos disponíveis, mas também aos direitos indisponíveis⁴⁵⁹. E mais: a conciliação, podendo proporcionar resultados baseados na premissa ganha-ganha, oferece opções que nem sempre se coadunam nos estreitos limites da extinção do conflito pela transação, renúncia ou reconhecimento do pedido. Isso porque a utilização desse meio apresenta às partes a possibilidade de ampliar a discussão, sobretudo porque permite inserir outros elementos capazes de contribuir para o desenvolvimento de resultados colaborativos. De outro lado, ainda que assim não seja, é possível pelo diálogo verificar uma agenda de execução que denote efetivo cumprimento de direitos, mesmo que tidos como indisponíveis.

É preciso reconhecer, porém, que há considerável diferença entre a reserva da jurisdicional estatal adjudicatória no sentido de ser ela indispensável pela necessidade

⁴⁵⁸ Sobre o setor pré-processual, assim dispõe tal ato normativo: “Obtido o acordo na sessão, será homologado por sentença, após a manifestação do representante do Ministério Público, se for o caso, com registro em livro próprio, sem distribuição. E ainda, o termo do acordo será arquivado em meio digital e os documentos restituídos aos interessados”.

⁴⁵⁹ Cf. Maria Inês Corrêa de Cerqueira César Targa, *in Mediação em juízo*, ob. cit., 2004, p. 185, “a instituição de audiência de conciliação apenas para direitos patrimoniais disponíveis decorreu de um equívoco do legislador, porque deveria ter sido instituída também nos casos em que se discutem direitos indisponíveis, entretanto, passíveis de conciliação. (...) O desacerto do legislador decorre de sua visão estreita da conciliação enquanto resultado, de sua função pacificadora do conflito, que pode, muitas vezes, decorrer também do reconhecimento, meramente, do direito pleiteado”

de produzir determinados efeitos jurídicos da indisponibilidade do direito, seja absoluta ou relativa, relacionada à natureza objetiva ou subjetiva. Outrossim, o estado da pessoa é um bem indisponível e qualquer modificação depende necessariamente da atuação jurisdicional estatal. Bem assim, a interdição, a declaração de ausência e a perda do poder familiar⁴⁶⁰.

Dessa forma, distinguem-se as situações em que, mesmo havendo a indisponibilidade do direito, é possível endereçar o conflito para a conciliação, a fim de se verificarem formas de composição voltadas ao cumprimento, daquelas nas quais a manifestação jurisdicional estatal é imprescindível, situações, de fato, de reserva de jurisdição estatal, cujo endereçamento aos meios consensuais não pode ser verificado. Nesses casos, vale frisar que a limitação é intransponível e verifica-se verdadeiro óbice à realização da conciliação.

4.3. RELAÇÕES DESIGUAIS E EMPODERAMENTO

O desequilíbrio entre as partes conflitantes é comumente apresentado como fator de limitação à ampla utilização da conciliação e dos meios consensuais. Apesar de maior enfoque no âmbito econômico, os desequilíbrios podem manifestar-se em diversas esferas⁴⁶¹ e, de fato, trata-se de um ponto relevante na construção do consenso.

⁴⁶⁰ Carlos Alberto de Salles, in *A arbitragem na solução de controvérsias contratuais da administração pública*, ob. cit., 2010, p. 137, corrobora essas assertivas, ao afirmar que “a jurisdição estatal, principalmente na esfera cível, somente é necessária – e nesse sentido possui uma reserva – em um número limitado de casos, nos quais não se permite a transação ou submete-se a validade de determinados atos jurídicos à intervenção judicial”.

⁴⁶¹ Cf. Carlos Eduardo Vasconcelos, in *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*, ob. cit., 2007 p. 71, destaca que há muitas bases de poder a serem observada e, citando Eugênio Carvalhal, o autor destaca oito, assim relacionadas: poder coercitivo, poder de conexão (ligações de influência, poder de recompensa (prêmio ou punição), poder de referência (traços pessoais), poder de informação (acesso ou posse), poder de especialista (habilidade ou conhecimento), poder legal (quando atribuído pela organização) e poder legitimado (quando sustentado por liderados). Já Lia Regina Castaldi Sampaio e Adolfo Braga Neto, in *O que é mediação de conflitos?*, ob. cit., 2007, p. 30, classificam quatro distinções: “Poder físico: que se impõe pela força; encontra-se com muita frequência em conflitos familiares, notadamente em casos em que o homem agride fisicamente a mulher e esta se submete, por medo de que a agressão se repita; Poder econômico: utiliza em seu exercício a força proporcionada pela posse de recursos (bens ou capital), muitas vezes exercida indiretamente, o que torna mais complexa sua identificação; Poder da informação: por sua capacidade de criar novos conceitos, alertar para fatos e acontecimentos, estabelecer referências e sugerir novas percepções; Poder de ordem emocional: talvez um dos mais difíceis de enfrentar, por sua característica subjetiva, pois aparece de várias formas, às vezes difíceis de detectar”.

Todavia, é preciso reconhecer que a sociedade é coessencialmente heterogênea e assimétrica, não só pela constituição de sujeitos desiguais, como também pela qualificação e legitimação da desigualdade produzida pelas relações intersubjetivas. Embora sempre tenha conflitos entre quem comanda e quem é comandado, pais e filhos, empregadores e empregados, professores e alunos, há uma crescente complexidade dos conflitos, própria dos tempos atuais⁴⁶². É claro que isso resulta na tendência à manutenção das desigualdades⁴⁶³ e a auto-regulamentação dos sistemas⁴⁶⁴. Assim, a desigualdade não deve ser vista como um dogma limitador da conciliação, porque é própria das relações.

Para sanar os desníveis de poder na resolução de conflito por meio da conciliação, cumpre analisar a técnica denominada empoderamento⁴⁶⁵, que visa à intervenção do terceiro com a finalidade de propiciar o equilíbrio intersubjetivo com a diminuição entre a disparidade das partes de modo que possam conjuntamente edificar uma pauta de justiça⁴⁶⁶. Essa técnica é bastante aplicada na mediação transformativa⁴⁶⁷ e agora

⁴⁶² Para Morton Deutsch, “A resolução do conflito: processos e destrutivos”, ob. cit., 2004, p. 89-90, “Ao que parece, os que estão contentes com seus papéis superiores no processo decisório desenvolvem um interesse em preservar o *status quo* e razões apropriadas para esse propósito. Essas razões geralmente tomam a forma de atribuir competência superior (mais habilidade, conhecimento e preparo) e/ou valor moral superior (maior iniciativa, determinação, senso de responsabilidade, autocontrole) para si mesmo comparado aos outros de menor valor. As razões são normalmente acompanhadas de sentimentos que conduzem seus possuidores a reagir com desaprovção e resistência a tentativas de mudar as relações de poder e com apreensão e defesa à possibilidade de essas tentativas obterem sucesso”.

⁴⁶³ Cf. Antônio Rodrigues de Freitas Jr., “Conflitos de justiça e limites da mediação para a difusão da cultura da paz”, ob. cit., 2009, p. 524.

⁴⁶⁴ Cf. Item 2.1.3., do Capítulo 2, Parte I.

⁴⁶⁵ Do inglês, o termo *empowerment*, na falta de melhor vocábulo, acabou sendo assim traduzido e hoje é comumente utilizado.

⁴⁶⁶ Segundo Antônio Rodrigues de Freitas Jr., “Conflitos de justiça e limites da mediação para a difusão da cultura da paz”, ob. cit., 2009, p. 524-525, “O fato é que o processo e o Judiciário não são constituídos nem tampouco aparelhados suficientemente para produzir igualdade material entre os sujeitos; do que resulta que por melhores que sejam suas iniciativas nessa direção, nada faz supor que decidirá num cenário de erradicação das desigualdades. Mitigá-las, se tanto, parece o mais sensato a ambicionar a esse respeito. Não desejo, com isso, reproduzir o mesmo excesso, que critico nos cétricos da mediação aqui referidos, desqualificando a imprescindível função do Judiciário e do processo na produção da Justiça, nem tampouco desqualificá-los adjetivando-os de “instrumentos de perpetuação e aprofundamento da desigualdade socialmente produzida pelo capitalismo”. Desejo apenas realçar que é imperioso caminhar na diversificação das ferramentas disponibilizadas ao tratamento justo do conflito, para o que considero útil também a intervenção mediadora, apesar, ou talvez, sobretudo à vista das assimetrias presentes nas relações intersubjetivas, em particular na sociedade capitalista contemporânea”.

⁴⁶⁷ Em 1994, Robert A. Baruch Bush e Joseph P. Folger lançaram a obra *The promise of mediation: responding to conflict through empowerment and recognition*, que teve grande influência nos meios acadêmicos, sobretudo por apresentar construções teóricas fundadas na prática transformadora de mediação. Sustentam os autores que devem ser considerados objetivos da mediação o empoderamento e o reconhecimento das partes, de modo que possam ser “libertadas” para solucionar seus próprios conflitos. Contudo, para a presente tese, foi consultada a versão espanhola da obra. Em 2005, numa nova edição da obra foi relançada, com o título *The promise of mediation: the transformative approach to conflict*. Nesta,

cumprir fazer uma verificação da sua ampla utilização no Judiciário e principalmente na conciliação.

Trata-se da capacitação promovida pelo terceiro, no decorrer das sessões, direcionando as partes para que tomem consciência de seus sentimentos, necessidades e valores, buscando a compreensão das razões pelas quais determinadas soluções satisfazem ou não seus interesses. O empoderamento é, assim, uma técnica em que terceiro pode alterar o equilíbrio de poder entre as partes, realizando um balanceamento da relação e estabelecimento de regras vinculativas para as partes de modo a evitar práticas intimidatórias. A utilização dessa técnica requer conhecimento e prática, pois há interferência no conflito e o seu limite está justamente na atuação imparcial e neutra do terceiro⁴⁶⁸.

Essa técnica fortalece o conhecimento dos poderes de cada um e os habilita a compreender a parte adversa. Se existe igualdade de condições entre as partes e a questão é de disparidade de valores, então melhor será aplicar a técnica chamada de reconhecimento, segundo a qual um enfoque nas percepções pré-concebidas pelas partes busca um desbloqueio para chegar a uma comunicação construtiva⁴⁶⁹. Nesse sentido, o conciliador estaria autorizado a estimular o conhecimento sobre as razões e expectativas da parte contrária mutuamente, permitindo que ambas as partes saiam de suas posições e compreendam a posição da parte adversa. Assim, o empoderamento envolve a tentativa de uma parte entender o conflito pela perspectiva da outra parte e, se bem realizada, permite a compreensão do outro, ampliando a capacidade de resolução construtiva da

a inovação apresentada pelos autores está relacionada com a abordagem e justificativa da mediação transformativa pelas teorias do conflito, apresentando como instrumento central de análise o conceito de espiral de conflito, discutido por Aaron Beck e Morton Deutsch.

⁴⁶⁸ Carlos Eduardo Vasconcelos, in *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*, ob. cit., 2007, p. 88, esclarece que “Escutas e perguntas de esclarecimento ou de contextualização estão voltadas para o “empoderamento” e não, diretamente, para a desestabilização. Nessa perspectiva, o protagonismo dos mediandos vai-se ampliando à medida que vai sendo reconstruída a sua auto-estima. O mediador se legitima, não como um técnico, mas como um colaborador desse processo. A capacitação e consequente protagonismo responsável dos mediandos vão reforçando as possibilidades de contextualização e empatia”.

⁴⁶⁹ Segundo Carlos Eduardo Vasconcelos, in *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*, ob. cit., 2007, p. 65, “O mediador de conflitos e os grupos de negociadores cooperativos, por intermédio de conotações positivas, contribuem para o desenvolvimento do processo comunicativo, pois, ao fortalecer a auto-afirmação dos mediandos e interlocutores, ampliam as possibilidades da interação”.

disputa por parte dos conflitantes na medida em que permite às partes criarem soluções que considerem os interesses e limitações de ambos⁴⁷⁰.

Reconhecendo que o desequilíbrio de poder existe em várias frentes, Bush e Folger apresentam o empoderamento em cinco níveis: objetivos, alternativas, habilidades, recursos e decisão. Com relação aos objetivos, o empoderamento auxilia as partes na compreensão do que realmente importa, seus interesses e necessidades. Sobre as alternativas, a técnica favorece a conscientização das várias possibilidades existentes, das saídas para a situação conflitiva, inclusive considerando o abandono ou continuidade da resolução consensual. Já sobre as habilidades, as partes são instadas a aprender a melhor escutar e falar, fortalecendo seus argumentos e questões apresentadas, de modo a emancipar a comunicação. Com relação aos recursos, são incentivadas redistribuições dos recursos ou novas formas de buscar recursos para implementar os objetivos e metas das partes. E, por fim, sobre a decisão, a partir da reflexão e deliberação, ponderando as decisões prováveis e formas de cumprimento, terão a possibilidade de acordar, com consciência das qualidades e debilidades de seus próprios argumentos⁴⁷¹.

Para os autores, a partir desses eixos, cada parte experimenta um sentido mais intenso do valor pessoal, podendo atuar com segurança, autodeterminação e autonomia, considerando os limites da situação e retomando o controle sobre o conflito. Das sessões que se valem dessa técnica, as partes saem fortalecidas pelo processo de autoconsciência e autodeterminação⁴⁷². O exercício de tomar para si a resolução do conflito, pelo empoderamento da parte, enseja autonomia não só para resolução do conflito que concretamente se apresenta, mas também para futuros conflitos, exercendo nítido caráter preventivo, porque a parte recobra sua força para assumir o controle da situação.

⁴⁷⁰ Para Robert A. Baruch Bush e Joseph P. Folger, *La promesa de la mediación*, ob. cit., 2006, p. 140, “En el calor del conflicto, es típico que cada parte en disputa se sienta amenazada, atacada y agredida por la conducta y las pretensiones de la otra. En consecuencia, concentra la atención en la autoprotección: adopta actitudes defensivas, suspicaces y hostiles frente al “contrincante”, y es casi incapaz de ver más allá de sus propias necesidades. Desde este punto inicial de relativa concentración en el yo, las partes llegan al reconocimiento cuando eligen voluntariamente abrirse más, mostrarse más atentas y empáticas, y más sensibles a la situación del otro”.

⁴⁷¹ Cf. Robert A. Baruch Bush e Joseph P. Folger, *La promesa de la mediación*, ob. cit., 2006, p. 135-138.

⁴⁷² Cf. Robert A. Baruch Bush e Joseph P. Folger, *La promesa de la mediación*, ob. cit., 2006, p. 138.

O empoderamento permite reorganizar o sistema a partir da recontextualização do padrão relacional do envolvidos, não só pela modificação da comunicação entre elas, mas principalmente pelas modificações pessoais proporcionadas pelo reconhecimento dos valores, sentimentos e percepções das outras partes envolvidas. Essas ações levam o sujeito a inter-relacionar-se com os outros envolvidos no conflito, sua família, sua comunidade, a sociedade onde vive, enfim contextualizam-no numa perspectiva sistêmica, de modo a aumentar o seu protagonismo. No primeiro momento, esta técnica não reduz as diferenças, conforme se observa nas técnicas voltadas à conciliação, sobretudo aquelas baseadas nas negociações por princípios. Ao contrário, o método está justamente relacionado à ampliação dessas diferenças, como forma de chegar ao verdadeiro cerne do conflito. Somente depois de ter chegado ao âmago da questão, ao núcleo do conflito é que se passa a buscar os interesses e necessidades das partes, aproximando-as de resoluções.

Por tudo isso, cabe aplicar as técnicas de empoderamento somente aos conflitos que precisam de transformações mais profundas, decorrentes da complexidade de questões envolvidas e que apresentem profundo desdobramento emocional. Destarte, é preciso reconhecer que é contraproducente aplicar o empoderamento de forma indistinta no Judiciário e, muito menos, a qualquer conflito⁴⁷³.

Ainda que se reconheça a complexidade dos conflitos e a necessidade de temperança entre a conciliação e a mediação, voltada ao estabelecimento de tratamentos mais completos, o empoderamento fica no extremo das técnicas de mediação, podendo ser aplicado apenas em casos excepcionais, que realmente precisem focar no padrão relacional dos envolvidos no conflito. Outrossim, essa técnica só pode ser aplicada por profissionais realmente gabaritados para tanto, pois há uma intervenção mais incisiva no conflito e a modificação da relação é muito mais acentuada.

⁴⁷³ Segundo Robert A. Baruch Bush e Joseph P. Folger, *La promesa de la mediación*, ob. cit., 2006, p. 167-169, não é possível adotar esta técnica numa perspectiva acordista, que foca na definição dos problemas e na produção de soluções, ao contrário da perspectiva transformadora. Esses os enfoque são incompatíveis e contraditórios, razão pela qual os autores entendem que as técnicas de um não podem ser adotadas pelo outro. Para eles, “Aunque los mediadores individuales ciertamente cambian, la práctica basada en la resolución de problemas en general ofrece un cuadro muy diferente del que nos suministra el enfoque transformador. (...) La lógica interna del enfoque basado en la resolución de problemas dificulta la integración de las prácticas transformadoras, porque éstas están unidas a una visión completamente distinta del propósito final de la mediación”, ob. cit., p. 167-168.

Ora, a questão persiste: como resolver a desigualdade de poder entre as partes na conciliação? É evidente que existe disparidade na maioria das relações intersubjetivas, mas a grande diferença está no reconhecimento dos seus níveis, bem como na verificação de suas consequências, principalmente relacionadas à defasagem da comunicação entre as partes e à autêntica possibilidade de manifestar-se.

Um dos reflexos da desigualdade é a impossibilidade de se comunicar adequadamente, pois as condições sociais, econômicas e políticas são fatores relevantes não apenas para o entendimento sobre o conflito, mas também sobre as informações que as partes passam sobre ele. Ademais, a comunicação é a peça essencial dos meios consensuais e qualquer diálogo será mais equilibrado se ambas as partes tiverem as mesmas possibilidades de debate. Evidentemente, quando as partes estão no mesmo patamar, a tendência é que se encontrem no mesmo nível de comunicação, evitando maiores estímulos para ameaças ou pressões. A manipulação do diálogo se torna mais difícil quando há igualdade, favorecendo a construção do consenso em bases legítimas⁴⁷⁴.

Uma forma de equilibrar a relação é a intervenção feita pelo conciliador, sobretudo na abertura da sessão, esclarecendo as partes sobre o objetivo da conciliação e o método a ser utilizado para chegar a tanto⁴⁷⁵. Esses esclarecimentos iniciais devem contemplar os limites da conciliação e a verdadeira adesão das partes na construção do consenso, sem o qual não existe resolução do conflito.

Ademais, o conciliador deve equilibrar a comunicação não apenas pelo estabelecimento de regras viáveis ao factível diálogo entre as partes, mas impedindo que qualquer delas manipule a comunicação, combatendo ameaças ou pressões. Assim, o conciliador pode levantar suscitar questões sobre os argumentos apresentados pelas partes, favorecendo

⁴⁷⁴ Nesse sentido, Lília Maia de Moraes Sales, in *Justiça e mediação de conflitos*, ob. cit., 2004, p. 83, analisando a mediação comunitária informa que “O processo de mediação na Casa de Mediação Comunitária é realizado, portanto, entre pessoais com as condições sociais e econômicas parecidas, presumindo-se assim, as mesmas condições do discurso, diálogo, ressaltando aí a igualdade entre os indivíduos, fator imprescindível para uma solução justa, já que, no processo de mediação, as próprias partes resolvem o conflito. O diálogo, a comunicação efetiva e justa entre as partes envolvidas no conflito, é realizado visto que estas se encontram em igualdade de condições para debater o assunto em questão e alcançar um possível acordo. A igualdade de condições do discurso, evitando manipulações por quaisquer das partes, possibilita a resolução justa de um conflito”.

⁴⁷⁵ Cf. Juliana Demarchi, “Técnicas de conciliação e mediação”, ob. cit, 2007, p. 55, “O primeiro ato do conciliador para com as partes deve ser a explicação sobre o procedimento que será observado, esclarecendo-as sobre os objetivos da conciliação, suas regras e as implicações da celebração, ou não, do acordo”

novos pontos de vista e fomentando o debate de ideias, sempre ressaltando a importância de as partes atuarem de forma colaborativa na resolução do conflito.

A postura do conciliador deve ser firme e reduzir a desequilíbrios de poder que ameacem comprometer a idoneidade da conciliação como meio de resolver o conflito, rechaçando acordos insensatos⁴⁷⁶.

De outro lado, é preciso reiterar que o desequilíbrio de poder não decorre apenas das diferenças econômicas. Aliás, neste ponto, cumpre reconhecer, em uma perspectiva debilitante, que a pobreza se constata na falta de poder e não apenas na falta de dinheiro. O dinheiro é uma das bases para o poder, mas é claro que não é a única⁴⁷⁷. Dessa forma, ser pobre pode ser uma escolha da parte, como se vê entre alguns membros de grupos religiosos⁴⁷⁸. Logo, não haverá nenhuma limitação quanto à habilidade comunicativa nem tampouco no envolvimento necessário para a cooperação autêntica, que pressupõe uma consciência de que não se é desamparado ou impotente.

É claro que a pobreza voluntária dos religiosos não compõe a maioria dos desequilíbrios financeiros existentes no Judiciário⁴⁷⁹, restando dúvidas quanto à legitimidade da conciliação nesses casos. Aliás, essa é um das principais críticas tecidas por Owen Fiss⁴⁸⁰, para quem a disparidade de recursos pode influenciar o acordo de três formas:

⁴⁷⁶ É nesse sentido a proposta de Roger Fisher, William Ury e Bruce Patton, in *Como chegar ao sim*, ob. cit., 2005, p. 31, “O método da negociação baseada em princípios, concentrando-se nos interesses básicos, nas opções mutuamente satisfatórias e em padrões imparciais, resulta, tipicamente em acordos sensatos”.

⁴⁷⁷ Segundo Morton Deutsch, “A resolução do conflito: processos e destrutivos”, ob. cit., 2004, p. 90, o poder pode ser efetivo, potencial ou relativo. Para o autor, “Afora se resignar à apatia, o que um grupo de pequeno poder pode fazer em tais situações? Basicamente, há apenas a possibilidade de aumentar seu poder relativo suficientemente para compelir o outro a negociar. O poder relativo é intensificado por um dos dois meios: aumentando-se o próprio poder ou diminuindo o poder do outro. As tentativas de mudar o poder podem ser direcionadas a alterar os recursos subjacentes a ele (como bem-estar, força física, organização, conhecimento, habilidade, confiança, respeito e afeição) ou podem-se direcionar a diminuir a eficácia com a qual os recursos de poder são empregados. O poder potencial pode não ser convertido em poder efetivo porque aqueles que possuem esse poder podem não estar conscientes dele, ou podem não estar motivados a usá-lo, ou podem usar o seu poder ineficiente e inabilmente de maneira que muito poder potencial seja gasto. Assim, como vimos o capítulo 5, o poder efetivo depende dos seguintes elementos-chave: (1) o controle ou a posse de recursos para gerar poder; (2) a consciência dos recursos que se possui ou controla; (3) a motivação em empregar esses recursos para influenciar outros; (4) habilidade em converter os recursos em poder utilizável; e (5) bom senso em empregar este poder de forma que seu uso seja apropriado em tipo e magnitude à situação em que é usado”.

⁴⁷⁸ Cf. Morton Deutsch, “A resolução do conflito: processos e destrutivos”, ob. cit., 2004, p. 89.

⁴⁷⁹ Para Mauro Cappelletti e Bryant Garth, in *Acesso à justiça*, ob. cit., 1988, p. 20, a demora da solução judicial “aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito”.

⁴⁸⁰ Nesse sentido, Owen Fiss, in *Um novo processo civil*, ob. cit., 2004, p. 125.

primeiro, porque a parte mais pobre pode ter dificuldades em reunir as condições necessárias para enfrentar adequadamente uma disputa nas cortes de Justiça; segundo, porque aceitar o acordo é uma forma incontestada de acelerar o pagamento e terceiro, porque a parte pode não ter dinheiro para financiar o custo de um processo judicial.

Nesse sentido, vale destacar que, cada vez mais, o Estado tem implementado medidas para que a questão econômica não seja uma limitação ao acesso à Justiça na prestação jurisdicional pela adjudicação. Cabe mencionar o art. 5º, LXXIV, da CF/88, ao dispor que "o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos".

Sobre o tema, a Lei nº 1.060/1959 estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados, assim considerado "todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família", conforme art. 2º, parágrafo único⁴⁸¹. Vale frisar que a assistência judiciária abrange as seguintes isenções⁴⁸²: a) das taxas judiciárias e dos selos; b) dos emolumentos e custas devidos aos juízes, órgãos do Ministério Público e serventuários da Justiça; c) das despesas com as publicações indispensáveis no jornal encarregado da divulgação dos atos oficiais; d) das indenizações devidas às testemunhas que, quando empregados, receberão do empregador salário integral, como se em serviço estivessem, ressalvado o direito regressivo contra o poder público federal, no Distrito Federal e nos Territórios; ou contra o poder público estadual, nos Estados; e) dos honorários de advogado e peritos.

Sobre a sucumbência nos casos de concessão da assistência judiciária, a despeito de ser a matéria controvertida, parece que o entendimento mais adequado é o que admite a condenação do beneficiário ao pagamento das despesas processuais e dos honorários de advogado, mas só admite a cobrança de tal condenação caso o vencedor demonstre que a parte beneficiária perdeu a sua condição de hipossuficiência financeira. Assim, a obrigação fica suspensa pelo período de até cinco anos e, persistindo o estado de miserabilidade, a obrigação se extingue, conforme art. 12 da Lei nº 1060/1950.

⁴⁸¹ Num primeiro instante, a assistência judiciária foi entendida como aplicável apenas beneficiando pessoas físicas, mas a jurisprudência brasileira tem estendido seus benefícios às pessoas jurídicas que possam demonstrar ausência de condições financeiras para custear o processo.

⁴⁸² Nos termos do art. 3º da Lei nº 1060/1950.

Já sobre a assistência técnica de hipossuficientes, cumpre destacar a atuação da Defensoria Pública, reconhecida como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, à qual incumbe orientação jurídica e a defesa dos necessitados, conforme art. 134 da CF/88. Nas localidades em que ainda não houve a implementação desse atendimento, destaque-se a assistência gratuita realizada pela OAB, por advogados dativos.

De toda forma, é preciso mencionar que mesmo a desigualdade financeira pode ser afastada quando existem ganhos consideráveis pela possibilidade de compartilhamento do poder, aumentando a cooperação entre as partes, pela satisfação de objetivos comuns. Outros ganhos podem incentivar essa colaboração, como elevar a reputação e a incrementação de outras relações sociais, sobretudo no que tange aos conflitos empresariais. O reconhecimento de insatisfações e problemas de ambos os lados apresenta uma abertura para saídas colaborativas, mesmo com o desequilíbrio financeiro entre as partes.

Por isso, mesmo que exista desequilíbrio financeiro entre as partes, os conflitos poderão ser tratados pela conciliação, contudo demandará maior cuidado por parte do conciliador na construção do consenso.

De outro lado, porém, será possível superar essa debilidade por meio de ações próprias e peculiares, voltadas à coesão, sobretudo pela possibilidade de molecularização de conflitos atomizados. Uma série de demandas individuais pode ser coletivizada, conferindo equilíbrio de forças entre as partes e resolvendo o conflito na sua inteireza, por macroperspectiva macro. Nesse caso, será preferível que a conciliação seja realizada em uma demanda coletiva.

Cumpre frisar a possibilidade de defender coletivamente os direitos individuais homogêneos decorrentes de origem comum⁴⁸³, de fato ou de direito. São direitos de natureza individual divisível, mas que autorizam a propositura do processo coletivo. A defesa coletiva de direitos individuais homogêneos é mais do que mero agrupamento de

⁴⁸³ Cf. art. 81, inciso III, do CDC.

direitos subjetivamente individuais, já que têm fator social e denotam uma escolha política⁴⁸⁴. Trata-se de uma solução extremamente eficaz, pois essa coletivização impede a pulverização de demandas-átomo⁴⁸⁵, com a desnecessária proliferação de ações judiciais individuais praticamente idênticas, evitando decisões contraditórias sobre a mesma matéria e suprimindo o desequilíbrio de poder entre as partes⁴⁸⁶, sobretudo pela necessária intervenção do Ministério Público.

A coletivização apresenta um claro mecanismo para evitar que as empresas implementem medidas voltadas à máxima “dividir para conquistar”, pois o conflito visto de forma molecular é bem diferente daquele visto de forma atomizada – somente naquele é possível analisar a verdadeira extensão do dano e o alcance do descumprimento do ordenamento jurídico. A defesa dos direitos individuais homogêneos, apesar do seu caráter individual, assume uma profundidade que reflete de forma inexorável a defesa de um interesse social.

O tratamento processual coletivo de causas individuais é fruto do movimento renovador do direito, que visa dotar o ordenamento jurídico de mecanismos mais eficazes para solucionar os conflitos de massa. É uma opção legislativa, com evidente cunho político por autorizar a proteção coletiva de direitos individuais, para facilitar o acesso à Justiça e favorecer a economia processual. Há solução de várias demandas individuais, por meio da propositura de um único processo, capaz de agrupar todas as pretensões, conferindo resultados mais satisfatórios⁴⁸⁷. Ademais, essa solução parece ideal para conflitos pequenos, decorrentes de uma relação coletiva.

Por tudo isso, importa ponderar quanto à aplicação da conciliação aos conflitos de menor complexidade e que apresentem disparidade de poder entre as partes,

⁴⁸⁴ Sobre o tema, v. Érica Barbosa e Silva, in *Cumprimento de sentença em ações coletivas*, São Paulo, Atlas, 2009, p. 88 e ss.

⁴⁸⁵ A expressão é de Kazuo Watanabe, in *CDC comentado*, ob. cit., 2004, p. 787.

⁴⁸⁶ É de suma importância o tratamento coletivo de algumas demandas, conforme indicação de Kazuo Watanabe, in *CDC comentado*, ob. cit., 2004, p. 787, “a estratégia tradicional de tratamento das disputas tem sido de fragmentar os conflitos de configuração essencialmente coletiva em demandas-átomo. Já a solução dos conflitos na dimensão molecular, como demandas coletivas, além de permitir o acesso mais fácil à justiça, pelo seu barateamento e quebra de barreiras socioculturais, evitará a sua banalização que decorre de sua fragmentação e conferirá peso político mais adequado às ações destinadas à solução desses conflitos coletivos.”

⁴⁸⁷ Cf. Érica Barbosa e Silva, in *Cumprimento de sentença em ações coletivas*, São Paulo, Atlas, 2009, p. 90.

principalmente se os direitos em tela decorrem da violação de direitos individuais homogêneos. Especificamente nesses casos, é preferível o tratamento coletivizado à conciliação. Ressalte-se, porém, como já dito, que o processo de índole pública não impede a utilização de meios consensuais e, dessa forma, vale reiterar que a conciliação pode ser utilizada como forma de resolução de conflitos coletivos. Entretanto, há uma grande diferença entre a possibilidade da conciliação em macroperspectiva, inclusive realizada sob a fiscalização do Ministério Público, e milhares de conciliações realizadas nos Juizados Especiais Cíveis, mesmo considerando a posterior homologação judicial.

Destarte, importa considerar formas de coletivização dos conflitos⁴⁸⁸, sobretudo dos que chegam aos Setores Extrajudiciais de Conciliação por conflitos repetitivos, pois é imprescindível haver um mecanismo próprio para a coletivização, principalmente nos conflitos em que uma das partes é um grande litigante do Poder Judiciário⁴⁸⁹.

Nesse sentido, parece caminhar o anteprojeto de novo CPC⁴⁹⁰, pois, segundo Eduardo Talamini, “há uma clara preocupação com os conflitos de massa: as causas que, com contornos essenciais idênticos, chegam aos milhares ou milhões ao Judiciário, em ações individuais. O anteprojeto de novo Código não trataria do processo coletivo, que já é objeto de um projeto de nova disciplina, em trâmite no Congresso Nacional. Mas trataria de "incidentes de coletivização" das demandas individuais. Propõem-se

⁴⁸⁸ Segundo, Ricardo de Barros Leonel, *Manual do processo coletivo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 426, por meio do incidente de coletivização da tutela, “em determinada demanda individual poderia haver espécie de conversão do curso do procedimento, a fim de que ganhasse contornos coletivos, sendo o respectivo julgado, conseqüentemente, colhido pelos proveitos decorrentes do processo coletivo, com validade *erga omnes*. Consistiria o incidente em flexibilização da forma a favor do resultado, aproveitando-se a experiência do sistema americano das *class action*, no qual o magistrado de ofício pode determinar a conversão da demanda individual em demanda coletiva”. O autor menciona que essa ideia foi lançada por Pedro da Silva Dinamarco, in *Ação Civil pública*, São Paulo, Saraiva, 2001, p. 85-86.

⁴⁸⁹ Essa assertiva decorre da pesquisa realizada pelo CNJ, sobre os cem maiores litigantes, disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>, acessado em 20.06.2011. Sobre as peculiaridades das partes na conciliação, v. Item 5.3.2., do Capítulo 5, Parte II.

⁴⁹⁰ Atualmente, o incidente de coletivização está disposto no anteprojeto de novo CPC no Capítulo VII, denominado “Incidente de resolução de demandas repetitivas”, do art. 930 até art. 941. O art. 930 assim dispõe: “É admissível o incidente de demandas repetitivas sempre que identificada controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes. § 1º O pedido de instauração do incidente será dirigido ao Presidente do Tribunal: I - pelo juiz ou relator, por ofício; II - pelas partes, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição. § 2º O ofício ou a petição a que se refere o § 1º será instruído com os documentos necessários à demonstração da necessidade de instauração do incidente. § 3º Se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e poderá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono”.

mecanismos de reunião e suspensão de processos, até que se estabeleça uma solução uniforme para todos os casos homogêneos”⁴⁹¹.

Note-se que não se trata de impedir o exercício de direitos pelo afastamento compulsório das vias conciliativas, senão de compreender as balizas da utilização da conciliação pelo Judiciário, de forma a conferir efetividade à prestação jurisdicional. Portanto, havendo violação de direitos individuais homogêneos, o mecanismo mais apto para impedir que o desequilíbrio de poder afete a conciliação é a coletivização, permitindo o macrotratamento, adequado ao próprio conflito, inclusive com a possibilidade de conciliação na demanda coletiva.

Frise-se, porém, que na defesa dos direitos individuais homogêneos a sentença condenatória confere ao credor a possibilidade de promover a execução forçada. Essa sentença, porém, é genérica e deve ser complementada, conforme dispõe o art. 97 do CDC. Por essa razão, tal mecanismo processual tem sua efetividade questionada.

Em regra, essa sentença estabelece obrigações e responsabilidades, porém faltará a apuração dos lesados que serão beneficiados por esse acerto, bem como a verificação específica da extensão dessa reparação, pendências que deverão ser solucionadas na liquidação de sentença⁴⁹². Todavia, a imprescindibilidade desse caráter genérico não tem a força de outrora e já é possível admitir uma sentença, proferida na tutela dos direitos individuais homogêneos⁴⁹³, que embora não traga o *quantum debeatur* específico de cada um dos lesados, permita a sua individualização por mero

⁴⁹¹ Cf. Eduardo Talamini, in *O primeiro esboço de um novo CPC*, publicado em 21 dez. 2009, disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI99523,71043-O+primeiro+esboco+de+um+novo+CPC>>, acessado em 04.10.2011. O autor menciona ainda que “Os riscos nesse caso são bastante conhecidos: supressão do devido processo legal, do contraditório, do acesso à justiça. O litigante individual pode ver-se privado de qualquer chance de influir adequadamente na solução que será estabelecida, em outro processo, e o vinculará definitivamente. O documento da comissão, ciente disso, promete a formulação de um modelo que propiciará “amplíssima defesa, com todos os recursos previstos nas leis processuais”. A grande questão é saber como se cumprirá essa promessa sem que se afete a operacionalidade do novo instrumento de modo a torná-lo equivalente ao atual (p. ex., de nada adiantará trocar-se um cenário de dois mil processos idênticos por um incidente único com dois mil partícipes...)”.

⁴⁹² Para Ada Pellegrini Grinover, in *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, 8ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 884, “o fato de a condenação ser genérica não significa que a sentença não seja certa ou precisa. A certeza é condição essencial do julgamento, devendo o comando da sentença estabelecer claramente os direitos e obrigações, de modo que seja possível executá-la. (...) A sentença genérica do art. 95 é, portanto, certa e ilíquida.”

⁴⁹³ Cf. Érica Barbosa e Silva, in *Cumprimento de sentença em ações coletivas*, ob. cit., 2009, p. 115-116.

cálculo, afastando a cega exigência da liquidação⁴⁹⁴. Assim, a conciliação feita em ações coletivas deve contemplar essas exigências, permitindo o cumprimento do acordo firmado pelos lesados, de forma célere e efetiva.

Existem muitos desequilíbrios de poder nas mais diversas relações – o que se reflete nos conflitos subsequentes. De fato, trata-se de um fator relevante. Todavia, as relações desiguais, com quaisquer desequilíbrios de poder, não devem ser *a priori* excluídas da conciliação pela implementação de disposições legais, nem mesmo se uma das partes for um hipossuficiente financeiro. Isso porque nem sempre esse desequilíbrio impedirá a manifestação autêntica de vontade da parte, capaz de gerar um consenso legítimo.

É preciso frisar ainda que há dois filtros para impedir que a utilização da conciliação como meio de resolução de conflitos entre partes desiguais possa consolidar injustiças. A primeira é realizada pelo próprio conciliador, pois compete a ele empregar a técnica necessária para construir o consenso, verificando a legitimidade das partes para tanto e ainda podendo afastar o método, remetendo às partes as vias ordinárias, caso constate disparidade capaz de afetar de maneira cabal a participação da parte na sessão de conciliação. Se assim ocorrer, o conciliador deverá encerrar a sessão, evitando qualquer acordo injusto ou imposto pela parte que conta com mais poder na relação⁴⁹⁵. O segundo filtro é realizado pelo juiz, que, ao analisar o caso concreto, poderá interferir num possível acordo firmado, negando a respectiva homologação.

Assim, as considerações feitas por Owen Fiss devem ser tidas como um alerta, pois é preciso ter atenção quando há um desequilíbrio mais acentuado entre os conflitantes numa sessão de conciliação. Isso, contudo, não significa que não poderá haver uma comunicação legítima, pois esta é justamente uma das funções do conciliador: proporcionar uma comunicação construtiva entre as partes. Assim, essas limitações

⁴⁹⁴ Tal ponto constou do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos - IBDP, prevendo no art. 32, que o magistrado, ao proferir a sentença, deveria preferencialmente indicar o valor ou a fórmula de cálculo da indenização individual devida a cada membro do grupo, categoria ou classe. De fato, o magistrado, ao proferir uma sentença genérica em defesa de direitos individuais homogêneos, deve esclarecer não só a responsabilidade pela reparação do dano e o dever de indenizar, mas também a maior quantidade possível de elementos da obrigação, tornando, se possível, desnecessária a liquidação.

⁴⁹⁵ Para Fernanda Tartuce, in *Vulnerabilidade como critério legítimo de desequilíbrio no processo civil*, Tese de doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011, p. 294, “Como o terceiro facilitador do diálogo tem um compromisso com a imparcialidade, não deve atuar como advogado ou assessor técnico litigante mais fraco; contudo, permanece seu dever de colaborar para que as partes alcancem um acordo efetivo e durável em bases razoáveis”.

devem ser verificadas diante dos casos concretos e não *a priori* por atos normativos, com exceção das demandas repetitivas que decorram de qualquer afronta aos direitos individuais homogêneos, casos em que os conflitos devem ser encaminhados para um tratamento coletivizado, ainda que de forma subjacente.

No mais, é preciso reconhecer que, muitas vezes, o próprio Judiciário não sana tais desequilíbrios⁴⁹⁶ e, pelo tecnicismo processual, são diferenças que podem até ser exacerbadas⁴⁹⁷.

4.4. EQUIDADE X NORMATIVISMO: EDIFICAÇÃO DA JUSTIÇA POR VALORES PESSOAIS E DA SOCIEDADE OU APLICAÇÃO DA DOGMÁTICA JURÍDICA COMO JUSTIÇA

É interessante destacar que, apesar das várias conceituações⁴⁹⁸ e mesmo tendo em vista suas diversas funções, tão variadas quanto os conceitos que lhes são dados, em

⁴⁹⁶ Apesar de reconhecer essa limitação, Owen Fiss, in *Um novo processo civil*, ob. cit., 2004, p. 126-128, apresenta posição contrária, afirmando que a desigualdade tende a ser superada na esfera judicial. Nesse sentido, afirma que “Naturalmente, desequilíbrios de poder também podem distorcer o julgamento: os recursos de que dispõe a parte influenciam na qualidade da apresentação de sua pretensão, a qual, de sua feita, tem grande relevância para a definição de quem é o vencedor e dos termos da vitória. Contamos, no entanto, com a presença orientadora do juiz, o qual pode empregar diversas medidas para diminuir o impacto das desigualdades distributivas. Ele pode, por exemplo, complementar as exposições das partes por meio de perguntas, chamando suas próprias testemunhas e convidando outros indivíduos e instituições para participarem como *amici*. Essas medidas são passíveis de dar somente uma pequena contribuição no sentido de moderar a influência das desigualdades distributivas, mas não devem ser ignoradas por esta razão. Nem mesmo esses pequenos passos são possíveis com o acordo. (...) O julgamento busca uma autonomia com relação às desigualdades distributivas e boa parte de sua atratividade é proveniente dessa aspiração”.

⁴⁹⁷ Para Antônio Rodrigues de Freitas Jr., “Conflitos de justiça e limites da mediação para a difusão da cultura da paz”, ob. cit., 2009, p. 524, “A dogmática processual predominante, caudatária do enaltecimento do princípio-regra da “ampla defesa” e da “igualdade formal dos contendores, em lugar de atenuar, tende para o aprofundamento das assimetrias intersubjetivas. E não me refiro apenas à existência de patrocínio técnico (advogado, peritos, etc.), nem tampouco às desigualdades radicadas nos efeitos, produzidos assimetricamente entre os litigantes, pela demora da “solução jurisdicional”. Tenho presente a própria desigualdade que permeia o olhar de cada qual sobre o conteúdo do justo e os recursos e ônus que lhes assistem na sua persecução, por via das ferramentas e itinerários judiciais. Nem se diga que isso se resolveria mediante a sofisticação da dogmática processual, tendente a conferir “tratamento desigual aos desiguais”, de que é exemplo paradigmático o processo do trabalho. Sem que se ignorem os méritos dos experimentos e políticas nessa direção, o fato é que o processo e o Judiciário não são constituídos nem tampouco aparelhados suficientemente para produzir igualdade material entre os sujeitos; do que resulta que por melhores que sejam suas iniciativas nessa direção, nada faz supor que decidirá num cenário de erradicação das desigualdades”.

⁴⁹⁸ Alípio Silveira, in *Conceito e funções da equidade em face do direito positivo*, São Paulo, s/Ed., 1943, p. 27-28, conceitua equidade em sentido lato e estrito: “*Lato sensu*, a equidade confunde-se com os primeiros princípios do direito natural, com os princípios supremos do direito, da Justiça e da moral. Evidentemente, a equidade, assim entendida, é o fundamento por excelência do direito positivo, ao qual

todos subsiste a ideia de que a equidade está ligada à Justiça⁴⁹⁹, tendo função retificadora de eventual distorção da lei, quando esta se mostre incorreta ou inadequada, até pela sua generalidade, para ser aplicada a um caso concreto. Porém, equidade e Justiça, pela carga ideológica a elas associada, apresentam-se como ideias abstratas⁵⁰⁰.

No recorte do presente estudo, a equidade é extremamente relevante. Sua aplicação deve ser analisada para determinar se ela pode ser uma das bases constitutivas da conciliação. O questionamento versa sobre a Justiça do caso concreto, que pode ser construída pelos valores das partes e da sociedade. Isso porque o juiz, na atividade de julgar, define o alcance dos comandos normativos, convertendo-os de gerais e abstratos em individuais e concretos, impondo, se necessário, sanções coativas. Já na conciliação, vê-se que o parâmetro é diverso.

Enquanto no julgamento da ação vige o princípio da legalidade estrita, no exercício da atividade conciliatória há maior liberdade para construir o consenso.

O campo de atuação do juiz, ao realizar a adjudicação, é mais restrito do que na conciliação. Ao proferir a sentença, o juízo do bem e do mal não pertence pessoalmente ao juiz, pois sua atividade está relacionada às disposições que o parlamento legitimamente escolheu para a nação, ditando os critérios para a vida em comum. Ao

devem conformar-se tanto o legislador, como também a própria ‘consciência popular’ na elaboração do costume, e ainda o juiz na aplicação das normas do direito. *Stricto sensu*, a equidade significa a atuação desse mesmo direito natural, desses mesmos supremos princípios do direito, da Justiça e da moral, ao se tratar da aplicação das normas de direito positivo. Cabe aí a conceituação de equidade como Justiça do caso concreto”. Para Maria Inês Moura Santos Alves da Cunha, in *A equidade e os meios alternativos de solução de conflitos*, São Paulo, LTr, 2001, p. 39, “De um modo geral, a doutrina vai ressaltar a importância da equidade na interpretação do direito, seja para estabelecer o predomínio de sua finalidade sobre a sua letra, seja para propiciar, dentre várias interpretações possíveis, a que seja mais benigna e humana. Está consagrada assim a se colocar como elemento de adaptação da norma ao caso concreto; como capacidade de atenuar o rigor da lei. Tem portanto função de suplementar a lei, ante as possíveis lacunas, colocando-as como fator de integração da norma quando esgotados os mecanismos previstos”. Para uma análise mais profunda, v. Carlos Aurélio Mota de Souza, in *Evolução do conceito de equidade e sua influência na jurisprudência*, Tese de doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1989.

⁴⁹⁹ Cf. Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, *Código de Processo Civil Comentado*, ob. cit., 2006, p. 336, “Na concepção aristotélica, equidade não é o legalmente justo, mas sim a correção da Justiça legal. O equitativo é o justo”.

⁵⁰⁰ Cf. Hans Kelsen, in *O que é Justiça?* Tradução de Luís Carlos Borges e Vera Barknow, São Paulo, Martins Fontes, 1997, p. 24, “Justiça é um ideal irracional. Do ponto de vista do conhecimento racional existem somente interesses humanos e, portanto, conflitos de interesses”. Assim, o autor esclarece que só haverá dois caminhos para um deslinde: “ou satisfazer um dos interesses à custa do outro, ou promover um compromisso entre ambos”. Já para Cristian Della Campagne, in *A filosofia política hoje: idéias, debates, questões*, Rio de Janeiro, Zahar, 2001, p. 122, “Não cabe ao Estado, mas a cada um de nós, definir o que é ‘justo’.”

julgar o caso concreto, o juiz busca no sistema de direito positivo, com base nas razões apresentadas e nas provas produzidas, a Justiça do caso. É claro que, no desenvolvimento dessa atividade, o juiz imprime sua interpretação, mas sua liberdade está, de certa forma, restrita às opções igualmente aceitáveis ante o texto legal, cumprindo-lhe encaminhar-se pela que satisfaz melhor seu sentimento de Justiça.

Com isso, a manutenção da segurança é dada pelo respeito à legalidade⁵⁰¹. Excepcionalmente, o juiz pode valer-se da equidade como norma de integração do sistema⁵⁰². Além disso, em diversos diplomas, é possível anotar referências implícitas ou explícitas à equidade⁵⁰³, pelas suas múltiplas funções. Serve à escolha, interpretação e aplicação da norma, mas também à integração de lacunas, adaptação da norma ao caso concreto, individualização judiciária e, finalmente, à correção da norma que as circunstâncias especiais do caso tornem injusta.

Na conciliação, ao buscar soluções partindo da equidade, o conciliador considera o pluralismo de valores das partes e da sociedade, o que pode ser mais benéfico do que basear a resolução de um conflito apenas no ordenamento jurídico⁵⁰⁴. Enquanto o positivismo jurídico impõe o predomínio da norma sobre a vontade consentida, ainda que se trate de direito disponível – uma vez que não reconhece critério de justo fora da lei positiva⁵⁰⁵ –, o consenso pode ser alcançado pela anuência das partes quanto ao conteúdo da avença.

⁵⁰¹ Corroborar esse entendimento José Ignácio Botelho de Mesquita, “As novas tendências do direito processual: uma contribuição para o seu reexame”, ob. cit., 2002, p. 54, ao afirmar que “A única contribuição efetiva que os juízes têm para oferecer à sociedade está em propiciar a certeza de que os litígios serão resolvidos segundo a lei e no tempo mais curto possível; o que só se consegue com estudo e muito trabalho em quantidade compatível com o número dos feitos”.

⁵⁰² Para Maria Helena Diniz, in *Compêndio de introdução à ciência do direito*, ob. cit., p. 426-427, “a equidade confere, pode-se assim dizer, um poder discricionário ao magistrado, mas não uma arbitrariedade. É uma autorização de apreciar, segundo lógica razoável, interesses e fatos não determinados *a priori*, pelo legislador, estabelecendo uma norma individual para o caso concreto ou singular, sempre considerando as pautas axiológicas contidas no sistema jurídico, ou seja, relacionando sempre os subsistemas normativos, valorativos e fáticos”.

⁵⁰³ Anotem-se os arts. 5º, caput, XXXV e XXXVII e art. 98 da CF/88; arts. 4º, I e II; 6º, VIII; 7º; 20, §5º; 39, IV; 47; 51, I, IV, VI; 82, §1º; 83; 101, I, todos da Lei nº 8.078/1990 (CDC); art. 1.109 do CPC; art. 2º e 335 da Lei nº 9.307/1996 (Lei de Arbitragem); arts. 6º e 25 da Lei nº 9.099/1995 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais); art. 8º da CLT; art. 108, IV, do CTN. Esses dispositivos podem ser mencionados como exemplos de equidade.

⁵⁰⁴ Para Alexandre Mario Pessoa Vaz, in *Poderes e deveres do juiz na conciliação judicial*, ob. cit., 1976, p. 291, “a equidade é a verdadeira chave da base jurisdicionalista da conciliação”.

⁵⁰⁵ Cf. Norberto Bobbio, *Teoria Generale Del Diritto*, n. 13, p. 36, *apud* Cândido Rangel Dinamarco, in *Nova era do processo civil*, São Paulo, Malheiros, 2003, p. 12.

A conciliação permite que o justo seja estabelecido consensualmente pelas partes. Dessa forma, o conceito de Justiça se apresenta em uma das suas acepções mais básicas, ou seja, a Justiça da decisão pode ser construída, em razão de um procedimento equânime que auxilie as partes a produzir resultados satisfatórios, considerando os fundamentos fáticos e jurídicos do conflito. Portanto, a Justiça é concretizada na conciliação na medida em que as próprias partes foram adequadamente estimuladas à produção de tal consenso, pela forma e pelo resultado, estando satisfeitas com seu termo⁵⁰⁶.

A conciliação dá efetividade à prestação jurisdicional na medida em que se mostra meio de resolução de disputas pelo qual o direito deixa de ser a principal fonte de solução das questões a dirimir. Isso porque, em primeiro lugar, as partes são estimuladas a superar as próprias diferenças com base nos seus interesses e valores pessoais. Nesse sentido, são os estudos realizados por William L. Ury, Jeanne M. Brett e Stephen B. Goldberg⁵⁰⁷, para os quais a criação de sistemas voltados à resolução de conflitos deve passar necessariamente por três formas de solucionar conflitos.

A primeira está relacionada à busca pelos interesses das partes, que são todas as coisas com que as pessoas se importam ou de que necessitam. Essa forma de solução de conflitos concentra-se no que as pessoas realmente desejam obter como resultado na solução do conflito. A segunda refere-se à verificação de quem está com a razão, baseando-se em um padrão que as partes consideram legítimo, a exemplo das soluções voltadas ao justo ou ao direito, visto que não são necessariamente coincidentes. Na terceira, a solução firma-se no poder de cada litigante, ou seja, com base nas habilidades coercitivas das partes para subjugar os outros conflitantes. Essa orientação evidencia as resoluções do conflito pautadas nos argumentos voltados, respectivamente para (i) os interesses comuns; (ii) a justiça ou o direito e (iii) o poder.

Para o presente estudo, estão afastadas as formas impositivas relacionadas principalmente com a autotutela⁵⁰⁸, de verificação restritiva no ordenamento pátrio. No

⁵⁰⁶ André Gomma de Azevedo, “Autocomposição e processos construtivos”, ob. cit., 2004, p. 138.

⁵⁰⁷ Cf. William L. Ury, Jeanne M. Brett e Stephen B. Goldberg, in *Getting disputes resolved – Designing systems to cut the costs of conflict*, Cambridge, Pon Books, 1993, p. 5 e ss.

⁵⁰⁸ Para Petrônio Calmon, in *Fundamentos da mediação e da conciliação*, ob. cit., 2007, p. 30, “Nas sociedades organizadas a autotutela é, em regra, proibida, com exceção apenas para situações consideradas de urgência ou de proporcionalidade entre valores em jogo. No direito penal, permite-se a autotutela nos casos de legítima defesa; no direito civil, permite-se o desforço imediato, o penhor legal e a

mais, o estudo evidencia a possibilidade de soluções pautadas por critérios de direito e de Justiça, mais apropriado que as resoluções possam contemplar interesses comuns, favorecendo ambas as partes⁵⁰⁹. Nesse sentido, a conciliação tem a finalidade de permitir que as partes, mediante um processo participativo, resolvam suas disputas construtivamente ao fortalecer sua relação, identificar interesses subjacentes ao conflito, promover saídas cooperativas e explorar estratégias que venham a resolver futuras controvérsias⁵¹⁰.

Na verdade, vários fatores são responsáveis pela efetividade de um meio de resolução de conflitos, entre os quais está a satisfação das partes⁵¹¹. Nesse sentido, é fundamental que o conciliador verifique até que ponto a satisfação das partes está relacionada ao atendimento de seus interesses ou à construção de saídas plausíveis, mais próximas do ordenamento jurídico ou mais próximas dos seus valores e dos valores sociais.

Vale frisar que a satisfação das partes depende fortemente da percepção de que o procedimento foi justo, que tiveram a oportunidade de apresentar suas versões e que elas foram devidamente consideradas para o resultado⁵¹². É certo que a seleção dos processos empregados para dirimir suas questões aumenta significativamente essa

retenção por benfeitorias; no direito executivo, prevalece o princípio da autoexecutoriedade dos atos administrativos; no direito do trabalho, são lícitas a greve, o lockout, a rescisão indireta e a punição dos empregados”.

⁵⁰⁹ Cf. William L. Ury, Jeanne M. Brett e Stephen B. Goldberg, in *Getting disputes resolved – Designing systems to cut the costs of conflict*, ob. cit., 1993, p. XV, “Problem-solving negotiation exemplifies the interests approach; going to court, the rights approach; strikes and wars, the power approach. We argue that, in general, an interests approach, which in turn is less costly and more rewarding than a power approach”.

⁵¹⁰ Cf. André Gomma de Azevedo, “Autocomposição e processos construtivos”, ob. cit., 2004, p. 146.

⁵¹¹ Justamente por isso André Gomma de Azevedo e Roberto Portugal Bacellar, “A formação em processos autocompositivos”, in *Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional*, Coordenadores Morgana de Almeida Richa e Antonio Cezar Peluso, Rio de Janeiro, Forense, 2011, p. 275, afirmam que “A discussão sobre índices de acordos, proteção de condutas antiéticas das partes ou do facilitador, capacitação das partes e incentivos para o reconhecimento de seus interesses e necessidade não deveriam ser o fim de uma análise sobre autocomposição, mas seu meio”.

⁵¹² Para Daniela Monteiro Gabbay, in *Mediação & Judiciário*, ob. cit., 2011, p. 44, “Comparando a justiça processual e a substancial (procedural vs. substantial justice), Nancy Welsh considera que a percepção dos litigantes sobre a justiça processual afeta o julgamento e a aquiescência em relação ao resultado substancial alcançado, a crença na legitimidade da instituição e em seu procedimento. Segundo esta autora, os litigantes buscam e precisam ter a oportunidade de contar suas histórias e controlar a forma pela qual o fazem; eles querem e precisam sentir que o mediador considera a história contada e está tentando ser justo; os litigantes querem e precisam sentir que foram tratados com dignidade e respeito. Em outras palavras, a justiça do processo depende da oportunidade conferida às partes de expressarem seus pontos de vista e da garantia de que suas vozes serão ouvidas e consideradas por alguém envolvido no processo decisório, ainda que apenas de forma a facilitar a comunicação entre elas, como é o caso do mediador”. A citação refere-se à Nancy A. Welsh, “Making deals in Court-Connected: What’s Justice got to do with?”, in *Wash U.L.Q.*, vol. 79, 2001, p. 818.

percepção. Fica claro, portanto, que a satisfação das partes não está apenas ligada ao resultado, mas também aos procedimentos que conduziram as partes até o desfecho do conflito – e essa compreensão do sistema de Justiça é fundamental para a investigação da efetividade da prestação jurisdicional a partir da conciliação.

Evidente que a equidade vista na conciliação é diversa daquela vista na adjudicação e é assim porque, na conciliação, a equidade é construída a partir das considerações das partes e da sociedade, na busca por soluções que autorizam ganhos mútuos. A Justiça perseguida baseia-se nas ideologias das pessoas diretamente envolvidas no conflito, nas suas convicções e crenças, mas dentro de uma perspectiva consensual. É evidente que a equidade do julgador deve ser mais restrita, porque aplicada unilateralmente e de forma impositiva. O arcabouço jurídico, tanto material quanto processual, deve ser seguido e a garantia do sistema de Justiça está no fato de que todos o conhecem previamente. Afinal, ninguém pode escusar-se da lei por não conhecê-la⁵¹³.

Mesmo ao interpretar conceitos vagos e ambíguos, o juiz atua de modo restrito pelas demais regras e, sobretudo, pelos princípios existentes no ordenamento, isto é, exerce uma escolha pessoal, mas deve atender aos anseios da sociedade sem se afastar das normas e de suas finalidades⁵¹⁴. A imparcialidade do julgador é pautada pela legalidade, podendo ser fiscalizado por todos pela motivação de suas decisões, bem como pela respectiva publicidade⁵¹⁵. Contra uma atuação arbitrária, as partes podem insurgir-se por ações autônomas ou por interposição de recursos.

Especificamente sobre o exercício da equidade na conciliação, aproximando-se do entendimento ora esboçado, Alexandre Mário Pessoa Vaz menciona a proximidade da conciliação com a moral e a religião. No que tange à moral, a solução de equidade que o conciliador se esforça por atingir é, basicamente, uma solução de conteúdo ético, representando a correção ou suavização do excessivo rigorismo das normas legais vigentes pelos preceitos mais humanos e equitativos das correspondentes normas morais. Para esse autor, é da essência da Justiça persuasiva a substituição da sentença

⁵¹³ Cf. art. 3º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

⁵¹⁴ Sobre a capacidade interpretativa do juiz, desembocar em atividade legislativa, v. Mauro Cappelletti *in Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto de Oliveira, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

⁵¹⁵ Cf. Inciso XI do art. 93 da CF/88.

judicial, de natureza coativa, por uma solução amigável, que traduz a plena adesão da consciência dos litigantes às bases da solução conciliatória de equidade, da qual participa o condutor na sua construção, não impondo soluções, mas auxiliando as partes na observação espontânea das consequências de suas escolhas⁵¹⁶.

Já no que tange à religião, a conciliação dela se aproxima na medida em que o restabelecimento da paz e da harmonia entre os litigantes resulta em íntima adesão de sua consciência à solução conciliatória, desde que autônoma e voluntária, assegurando a realização do supremo ideal religioso de solidariedade social e amor entre os homens, colocando termo às dissensões e inimizades geradas ou exacerbadas pelos pleitos judiciários⁵¹⁷.

Como reação ao positivismo na aplicação do direito ao caso concreto, outras iniciativas já foram vistas e podem ser destacadas. Nesse sentido, surgiu recentemente, na região Sul do Brasil, a escola da aplicação alternativa do direito⁵¹⁸. Outrossim, cumpre mencionar os estudos realizados por Boaventura de Sousa Santos, analisando a resolução informal dos conflitos, que ficam à margem do direito e dos tribunais oficiais⁵¹⁹. Segundo esse estudo, a introdução dos meios consensuais no sistema de

⁵¹⁶ Sobre o estudo da equidade, como justiça afastando da aplicação da lei, no sistema norte-americano, destacando principalmente uma evolução histórica da sociedade, v. Jerold S. Auerbach, in *Justice without Law?*, New York, Oxford University Press, 1983. O autor faz uma análise histórica da resolução de conflito por princípios, fora do sistema legal, por centros religiosos e comunidades utópicas, étnicas e empresariais.

⁵¹⁷ Cf. Alexandre Mário Pessoa Vaz, in *Poderes e deveres do juiz na conciliação judicial*, ob. cit., p. 13.

⁵¹⁸ Cf. Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, *Código de Processo Civil Comentado*, ob. cit., 2006, p. 336, “Para a escola gaúcha da aplicação alternativa do direito, o fato é o elemento primário e, a partir dele, deve o juiz interpretar a norma, invertendo o procedimento interpretativo tradicional. O fundamento desta escola é a necessidade de atingir-se o fim social da lei e o bem como, elementos que já constam de nosso direito positivo (LICC 5.º) como norteadores da atividade julgadora do juiz”.

⁵¹⁹ Cf. Boaventura de Sousa Santos, “Introdução à sociologia da administração da Justiça”, ob. cit., 1989, p. 54, “Os estudos por mim realizados no início da década de 70 nas favelas do Rio de Janeiro e onde me foi possível detectar e analisar a existência no interior destes bairros urbanos de um direito informal não oficial, não profissionalizado, centrado na Associação de Moradores que funcionava como instância de resolução de litígios entre vizinhos, sobretudo nos domínios da habitação e da propriedade da terra. Estes e muitos outros estudos que se seguiram com objetivos analíticos semelhantes permitiram concluir o seguinte: em primeiro lugar, de um ponto de vista sociológico, o Estado contemporâneo não tem o monopólio da produção e distribuição do direito. Sendo embora o direito estatal o modo de juridicidade dominante ele coexiste na sociedade com outros modos de juridicidade, outros direitos que com ele se articulam de modos diversos. Este conjunto de articulações e inter-relações entre vários modos de produção do direito constitui o que designo por formação jurídica. Em segundo lugar, o relativo declínio da litigiosidade civil, longe de ser indicio de diminuição da conflituosidade social e jurídica, é antes o resultado do desvio dessa conflitualidade para outros mecanismos de resolução, informais, mais baratos e expeditos, existentes na sociedade”.

Justiça dá azo ao enfraquecimento do ordenamento jurídico, pois a equidade é uma das bases constitutivas utilizadas na construção do consenso.

Botelho de Mesquita faz críticas a essa situação, destacando que “o Estado se abstém de definir a norma aplicável e autuá-la o no caso concreto, subtraindo-se ao dever de prestar jurisdição”, com enorme custo institucional para o Judiciário⁵²⁰. Dessa forma, estará auxiliando o desenvolvimento de uma tradição voltada à equidade, podendo dar a falsa impressão às partes de que o ordenamento jurídico pode ser vilipendiado em prol de soluções individuais benéficas para ambas as partes, pois a resolução do conflito é determinada pelo que é valorizado pelas partes conflitantes.

No mesmo sentido são as críticas tecidas por Owen Fiss ao mencionar que o acordo realizado entre as partes pode levá-las à pacificação, mas impede a importante função do Judiciário de manifestar-se sobre o direito aplicável ao caso concreto. Para ele, “não obstante o fato de as partes estarem preparadas para viverem em condições acordadas e embora tal coexistência pacífica possa constituir um pré-requisito necessário da Justiça, cuidando-se de uma situação a ser avaliada não há propriamente Justiça”⁵²¹.

A ruptura da legalidade nas resoluções de equidade dos conflitos é algo que, contrapondo-se à lei legitimamente posta pela sociedade organizada sob a forma de Estado, pode ser apontada como subversão do sistema⁵²². Vale mencionar ainda que, ao aplicar um direito não escrito, a própria resolução do conflito por equidade dificulta a realização de qualquer controle, exatamente porque nasce de concepções mais abstratas, voltadas principalmente à valoração das partes.

⁵²⁰ Segundo José Ignácio Botelho de Mesquita, “As novas tendências do direito processual”, ob. cit., 2002, p. 62. Sobre a conciliação, o autor menciona que “Essa forma de extinção do processo pode, em certos casos, ter suas vantagens. Preferi-la, porém, emprestando-lhe valor maior que à solução do conflito mediante sentença pode ter para as partes, e a meu ver tem, um custo institucional muito alto porque transfere para elas a responsabilidade pela solução do litígio. (...) A expectativa da parte que se julga lesada pela outra é a de que, recorrendo ao juiz, o Estado lhe dará razão, confirmando sua confiança no império do direito e, reforçando na parte contrária a consciência da responsabilidade pelo cumprimento das próprias obrigações. Essa expectativa se frustra ao ver as partes que o juiz, sem lhe negar razão, insta a que ela abra mão de parte do seu direito em favor daquele que nenhum direito tem”, ob. cit., p. 62.

⁵²¹ Cf. Owen Fiss, “Contra o acordo”, in *Um novo processo civil*, ob. cit., 2004, p. 140.

⁵²² Cf. José Ignácio Botelho de Mesquita, “As novas tendências do direito processual”, ob. cit., 2002, p. 62.

Por outro lado, o ordenamento, construído sobre um sem-número de valores, gera por vezes leis injustas, ambíguas ou inócuas⁵²³, ratificando a construção do consenso com base na equidade.

Frise-se ainda que a equidade esbarra no próprio positivismo jurídico, que limita a liberdade e a autonomia exercidas pelas partes e, evidentemente, desde que não contrariem as normas cogentes⁵²⁴. Nesse sentido, há uma reserva dos conflitos em que a equidade pode ser utilizada como forma de resolução.

Sobre o tema, convém mencionar a evidente vinculação da Administração Pública ao princípio da legalidade. Manifestando-se sobre a possibilidade de julgamentos equitativos, Carlos Alberto de Salles informa que “não se mostra aberta à Administração Pública em razão da norma constitucional já referida. Ocorre que opção por uma decisão por equidade significa uma autorização para deixar de lado as normas de direito posto e julgar segundo o que parecer justo no caso concreto. Estando a Administração vinculada ao princípio da legalidade, essa escolha mostra-se inteiramente fechada ao Poder Público”⁵²⁵.

⁵²³ Nesse sentido, José Eduardo Faria, “A definição de interesse público” in *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*, Organização de Carlos Alberto de Salles, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 81, ressalta a importância de bem entender o conjunto normativo como uma escolha política, ou seja, a produção de normas é feita por escolhas, afirmando que “A história do direito é a história da escolha de interesses conflitantes, sendo que o escolhido se converte em norma e os derrotados acabam de alguma maneira sendo subordinados ao interesse do vencedor. Nesse jogo de soma zero alguns interesses prevalecem, são escolhidos, filtrados, e se tornam conteúdos de normas, enquanto outros são derrotados e como tal são desprezados e submetidos à lógica vencedora. Para que esse sistema possa operar com algum grau de legitimidade e um baixo grau de tensão é que temos alguns conceitos de natureza tópica, que funcionam pragmaticamente como princípios totalizadores, entre os quais o bem comum, interesse social da lei e interesse público. São acima de tudo princípios e têm a finalidade de dar ao direito um acabamento lógico e de despertar na sociedade a certeza de que os valores por ela reclamados acabam, de alguma maneira, sendo consagrados pelo direito”.

⁵²⁴ Para Roberto Portugal Bacellar, in *Juizados Especiais*, ob. cit., 2003, p. 204, “A autonomia de vontade das partes ainda encontrará limites na contrariedade às normas de ordem pública e aos bons costumes, pelo que é possível afirmar que a liberdade dos interessados de contratar, de conciliar ou de estabelecer normas para o caso não é absoluta e encontra limites não só na lei, mas também nos princípios”. De outro lado, Ricardo de Carvalho Aprigliano, in *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*, São Paulo, Atlas, 2011, p. 05, afirma que o entendimento sobre o que é a ordem pública varia, conforme o tempo e o lugar. Para o autor, “A ordem pública pode ser verificada sobre diferentes enfoques, em distintas disciplinas jurídicas. Em cada uma delas, o conceito e as consequências do reconhecimento da matéria de ordem pública podem variar significativamente, pois é diverso o enfoque que cada disciplina confere a este relevante e universal instituto”.

⁵²⁵ Cf. Carlos Alberto de Salles, in *A arbitragem na solução de controvérsias contratuais da administração pública*, ob. cit., 2010, p. 373.

Da mesma forma, os conflitos assinalados por alguma peculiaridade voltada à indisponibilidade subjetiva ou objetiva podem ser submetidos à conciliação, como forma legítima de construir uma pauta factível de cumprimento de obrigações⁵²⁶, mas ficam afastadas as possibilidades de construção de consenso baseadas em equidade, ao contrário dos conflitos que versam sobre direitos disponíveis, em que não há essa limitação e a equidade pode ser utilizada.

É preciso frisar que a resolução do conflito pautada na equidade deve realmente denotar Justiça ao caso concreto⁵²⁷, sendo imprescindível que o consenso decorra da livre manifestação de vontade das partes⁵²⁸.

Atualmente, a administração da Justiça volta-se ao tratamento adequado dos conflitos, afastando-se de fórmulas exclusivamente positivadas e incorporando métodos interdisciplinares, a fim de atender não apenas àqueles interesses juridicamente tutelados, mas também a outros que possam auxiliar na sua função de pacificação social⁵²⁹.

4.5. TEMPO DA JURISDIÇÃO E TEMPO DA CONCILIAÇÃO: QUANTO DEMORA A CONSTRUÇÃO DA PACIFICAÇÃO?

⁵²⁶ Sobre a conciliação em relações baseadas em direitos indisponíveis, v. Item 4.2., do Capítulo 4, Parte II.

⁵²⁷ Sobre a atuação do juiz na conciliação, Fernando da Fonseca Gajardoni, in *Técnicas de aceleração do processo*, ob. cit., 2003, p. 144, menciona que “Positivamente, compete-lhe atuar construtivamente na elaboração do conteúdo das soluções conciliatórias como soluções de equidade, podendo e devendo recusar a homologação de transações que lhe afigurem injustas ou iníquas. Negativamente, a atividade do juiz como conciliador não pode ser exercida de maneira arbitrária, deixando as partes com melhor direito abandonadas às extorsões e prepotências do adversário temerário, denegando, assim a Justiça”. E continua, ob. cit., p. 144, nota 335: “Apesar dos propósitos aceleratórios desse trabalho, o sistema não pode conviver com acordos injustos, mormente se celebrados em juízo. Antes uma tutela não tão rápida, mas justa, do que um acordo absolutamente injusto, unilateralmente benéfico”.

⁵²⁸ Para Cândido Rangel Dinamarco, in *A instrumentalidade do processo*, ob. cit., 2009, p. 191, afirma que “não significa que a missão pacificadora se dê por cumprida mediante o alcance de decisões, quaisquer que sejam e desconsiderado o teor das decisões tomadas. Entra aqui a relevância do valor *justiça*. Eliminar conflitos mediante critérios justos – eis o mais elevado escopo social das atividades jurídicas do Estado”. Da mesma forma, a conciliação e os meios consensuais devem manter essa relevância da “justiça” no defecho dos conflitos.

⁵²⁹ Cf. André Gomma de Azevedo, “Desafios de acesso à Justiça ante o fortalecimento da autocomposição como política pública nacional”, ob. cit., 2011, p. 16.

É inconteste que o tempo é um dos elementos inerentes à atividade processual e à prestação jurisdicional⁵³⁰, mas é também um elemento fundamental na verificação da realização de Justiça. A grande questão está no tempo dispendido para que as decisões judiciais possam projetar efeitos no mundo exterior, porque a razão de ser do processo está exatamente na sua capacidade de fazer valer o direito, de modo justo e no menor lapso de tempo possível.

A gama de respostas que cabem ao Judiciário apresenta uma infinidade de desdobramentos. Nesse sentido, o Poder Judiciário deve atender a todos os que podem estar envolvidos em um conflito de interesses, não só autor e réu, mas terceiros interessados⁵³¹. As complicações também podem estar relacionadas à fase instrutória, sobretudo quando há perícias complexas a realizar. Outrossim, nem sempre o processo segue uma linha procedimental ordinária, mas atende a uma enorme variedade de incidentes, recursos e execuções, previstos no ordenamento pátrio. Ora, por esses pequenos exemplos, já é possível perceber que o desenvolvimento de tantas atividades demandará necessariamente longo lapso temporal.

De fato, a demora é nefasta para as partes, que, enquanto aguardam, experimentam diversos dissabores: o autor, quando vencedor, porque privado de seu direito material e o réu, quando vencedor, porque submetido ao processo judicial, que por vezes lhe imobiliza bens e capitais. Acresça-se ainda que o processo que perdura por longo tempo pode transformar-se num instrumento formidável nas mãos da parte mais forte, capaz de ditar ao adversário as condições da sua rendição. Nesse sentido, Paulo Henrique dos Santos Lucon observa que “a presteza da atividade jurisdicional constitui aspecto fundamental para o acesso à Justiça, pois a demora exagerada na solução dos litígios atinge muito mais aqueles que não têm recursos para suportar a demora. O processo passa a ser uma fonte de vantagens econômicas, pois entre adimplir com pontualidade e

⁵³⁰ Cf. Eduardo Couture, in *Fundamentos do Direito Processual Civil*, São Paulo, Saraiva, 1946, p. 109, no sentido de que “o processo é uma relação continuada que se desenvolve no tempo”.

⁵³¹ Comentando pesquisa realizada pelo CNJ, Paulo Henrique dos Santos Lucon enumera diversos fatores para a imensa quantidade de processos pendentes no Judiciário. Segundo ele, em ordem de importância geram lentidão na Justiça: (i) a quantidade e demora dos processos em que o poder público figura como parte, pois além de não cumprir a lei e provocar uma enxurrada de processos, ainda recorre, sem razão, da imensa maioria das decisões proferidas nesses processos; (ii) pessoas jurídicas que descumprem os direitos do consumidor, ocasionando processos repetitivos à exaustão; (iii) falta de informatização dos processos; (iv) falta de capacitação dos funcionários que trabalham no Poder Judiciário e (v) a cultura do brasileiro, que busca resolver tudo no Judiciário. Disponível em <<http://novo.direitoprocessual.org.br/content/view/136/58>>, acessado em 20/11/2010.

esperar a decisão desfavorável, ao devedor passa a ser muito mais vantajosa patrimonialmente a segunda opção”⁵³².

Visando à adequada efetividade, os processualistas passaram a buscar uma abreviação do tempo de duração do processo. Com isso, analisa-se o processo com lentes de aumento para identificar e extirpar tanto formalismos exacerbados quanto protelações maliciosas. Essa é a motivação de tantas reformas processuais vistas nos últimos anos. Vale destacar as engenhosas inovações quanto às tutelas de urgência, possibilitando ao magistrado afastar as trágicas consequências da demora na efetiva prestação jurisdicional, consagrando-se, portanto, os princípios processuais da celeridade e da economia. E não obstante as reformas infraconstitucionais, a celeridade ganhou proteção constitucional pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que acrescentou o inciso LXXVIII ao art. 5º da CF/88⁵³³⁻⁵³⁴.

Há quem defenda que o *deficit* de qualidade na resolução dos conflitos pelo Judiciário está calcado em três fatores: (i) política judiciária embasada no incessante aumento da estrutura física; (ii) avaliação de desempenho por critérios quantitativos; (iii) tendência à judicialização dos conflitos e resistência a outras formas de solucioná-los⁵³⁵. Desse modo, os meios consensuais são destacados como formas de resolução de conflitos que reduzem o tempo da prestação jurisdicional e abreviam o formalismo processual⁵³⁶.

⁵³² Cf. Paulo Henrique dos Santos Lucon, *Eficácia das decisões e execução provisória*, ob. cit., 2000, p. 172.

⁵³³ Com a seguinte redação: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

⁵³⁴ Nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco, in *Instituições de direito processual civil*, volume I, 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009, p. 125-126, “a crescente valorização e emprego dos meios não-judiciais de pacificação e condução à ordem jurídica justa, ditos meios alternativos, reforça a ideia da equivalência entre eles e a atividade estatal chamada jurisdição. Do ponto-de-vista puramente jurídico as diferenças são notáveis e eliminariam a ideia de que se equivalham, porque somente a jurisdição tem entre seus objetivos o de dar efetividade ao ordenamento jurídico substancial, o que obviamente está fora de cogitação nos chamados meios alternativos. mas o que há de substancialmente relevante no exercício da jurisdição, pelo aspecto social do proveito útil que é capaz de trazer aos membros da sociedade, está presente também nessas outras atividades: é a busca de pacificação das pessoas e grupos mediante a eliminação de conflitos que os envolvam. Tal escopo social magno da jurisdição, que atua ao mesmo tempo como elemento legitimados e propulsor da atividade jurisdicional”.

⁵³⁵ Cf. Rodolfo de Camargo Mancuso, in *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*, ob. cit., 2009, p. 11.

⁵³⁶ Para Petrônio Calmon, in *Fundamentos da mediação e da conciliação*, ob. cit., 2007, p. 03, os mecanismos para obtenção da autocomposição representam “uma contribuição para o crescimento e mudança social, para vencer a crise da justiça e consolidar um sistema de efetivas resoluções dos conflitos, reforçando a comunicação entre seus envolvidos, transformando o papel do Estado de extremo intervencionismo para o incentivador e supervisor do diálogo, culminando com o fortalecimento do escopo maior, a pacificação social”.

Na busca de novas formas de tratamento de conflitos que priorizem a redução do número de conflitos judicializados, a conciliação e os meios consensuais têm sido priorizados. Tantos incentivos, porém, devem ser ponderados, principalmente quando o enfoque envolve a redução temporal. Primeiro, porque os meios consensuais não são informalismos, mas formalismos de formas breves, isto é, é preciso reconhecer que esses métodos empregam práticas e técnicas próprias, que devem ser respeitadas. Tanto a profissionalização de conciliadores e mediadores como a distinção dos métodos, a serem aplicados na medida dos conflitos apresentados, devem ser observadas no sistema de Justiça pautado nesse modelo de tratamento de conflitos⁵³⁷. Segundo, porque há um tempo razoável para tratar o conflito, seja na adjudicação tradicional, na arbitragem, na conciliação ou na mediação.

O tempo a ser dispendido está vinculado ao método de tratamento do conflito, mas também tem relação com o próprio conflito, ou seja, depende de quão complexo ele é e que desdobramentos devem ser enfocados para a sua completa resolução. Se atualmente prevalecem os aspectos dinâmicos e expansivos das relações intersubjetivas, a resolução do conflito está situada na maior fluidez do imponderável relacional, pois gravita em torno da instabilidade de uma moral pós-convencional⁵³⁸. É por isso que as abordagens sistêmicas e dinâmicas do conflito devem ser utilizadas nos meios consensuais – seja na conciliação ou na mediação, visando à completude do tratamento⁵³⁹. São resoluções pautadas em formas emancipatórias, construídas a partir de valores pessoais e sociais⁵⁴⁰, com a estruturação da comunicação entre as partes⁵⁴¹.

Nesse ponto, é preciso frisar ainda que só haverá abreviação temporal se as partes chegarem ao acordo, o que pode representar diversas sessões de conciliação ou mediação, conforme o caso concreto.

Especificamente no que tange à conciliação, mais afeta aos conflitos objetivos, é imprescindível mencionar que sua ligação com o conceito de transação do direito civil,

⁵³⁷ Cf. Marc Galanter, “Compared to what? Assessing the quality of dispute processing”, ob. cit., p. xiv.

⁵³⁸ Carlos Eduardo de Vasconcelos, in *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*, ob. cit., 2007, p. 34.

⁵³⁹ Sobre o pensamento sistêmico, v. Item 2.1.1., do Capítulo 2, Parte I.

⁵⁴⁰ Sobre a equidade na conciliação, v. Item 4.4., do Capítulo 4, Parte II.

⁵⁴¹ Sobre a relação entre a comunicação e sistemas abertos, v. Item 2.1.3, do Capítulo 2, Parte I.

que faz expressa menção à necessidade de concessões recíprocas⁵⁴², está superada. Quando o conflito é caracterizado pela disponibilidade objetiva e subjetiva, as partes podem realizar autocomposição mediante ato unilateral, seja por renúncia ou por reconhecimento do pedido. A autocomposição também pode ser bilateral, comumente caracterizada pela transação. Em todos esses casos, apenas será feita verificação sobre a livre manifestação das partes, com encerramento do feito pelo julgamento de mérito⁵⁴³.

Note-se que, quando alguém renuncia a uma situação de vantagem, atua unilateralmente, por sua exclusiva vontade, revelando a autocomposição unilateral. O total abandono da pretensão sem a exigência de nenhuma contrapartida autoriza a dispensa de qualquer anuência da parte contrária⁵⁴⁴. Outrossim, o reconhecimento do pedido revela a submissão à pretensão da parte adversa, com total abandono da resistência que lhe era possível. Já a transação pressupõe haver consenso entre as partes, sendo modalidade de autocomposição bilateral.

Essa concepção da transação parte de uma ideia distributiva, construída a partir de opções meramente partilhadas. Nesse sentido, a expectativa é que ocorram mútuas concessões, aproximando uma solução do conflito de algo que ficaria entre a renúncia, por parte do autor, e o reconhecimento do pedido, por parte do réu, com reciprocidade de direitos e deveres, mutuamente previstos. Observa-se que o paradigma do jogo continua sendo a soma zero, pois o que uma parte ganha a outra deve necessariamente perder⁵⁴⁵. Assim, as partes buscarão as melhores opções para si e, inevitavelmente, suas estratégias estarão voltadas a conduzir o adversário à derrota, embasado em ações de colisão, porque essa situação cria estímulos que paralisam a negociação por princípios razoáveis e sensatos, fortalecendo a posição das partes⁵⁴⁶. Ainda haverá os

⁵⁴² Cf. Art. 840, CC. É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas.

⁵⁴³ Cf. art. 269, II, III e V, do CPC.

⁵⁴⁴ Cf. Petrônio Calmon, in *Fundamentos da mediação e da conciliação*, ob. cit., 2007, p. 63.

⁵⁴⁵ Para Fábio Portela Lopes de Almeida, “A teoria dos jogos”, ob. cit., 2003, p. 186, “Jogos de soma zero são aqueles em que há dois jogadores cujos interesses são totalmente opostos. Estes jogos são aqueles nos quais o ganho de um jogador significa sempre a derrota do outro: não pode haver, por exemplo, em um jogo de xadrez, a vitória por parte dos dois lados.”.

⁵⁴⁶ Sobre a inconsistência da negociação a partir de posições, v. Roger Fisher, William Ury e Bruce Patton, in *Como chegar ao sim*, ob. cit., 2005, p. 23. Para os autores, “Na barganha posicional, você procura aumentar a probabilidade de que qualquer acordo atingido lhe seja favorável, começando numa posição extremada, aferrando-se obstinadamente a ela, iludindo a outra parte quanto a suas verdadeiras opiniões e fazendo pequenas concessões, apenas na medida necessária, para manter a negociação em andamento. (...) A raiva e o ressentimento são um resultado freqüente quando um dos lados se percebe

inconvenientes advindos das tentativas das partes de convencer o conciliador, na busca de desequilibrar a conciliação.

A melhor técnica, porém, recomenda superar as posições antagônicas para promover o debate sobre interesses comuns que possam ensejar ganhos recíprocos e alcançar significativos níveis de satisfação para as partes. É evidente que a resolução do conflito que traga efeitos satisfatórios para todos os envolvidos será mais estável⁵⁴⁷. Em uma resolução cooperativa, quando uma parte se comporta de modo a aumentar suas chances de alcançar o objetivo, ela aumenta proporcionalmente as chances de a parte contrária também atingir seus propósitos⁵⁴⁸, enquanto numa resolução contenciosa ou mesmo distributiva, o panorama é justamente o contrário. Nesse, ao aumentar suas chances de sucesso, a parte diminui as chances do adversário.

A essa altura, fica evidente como a utilização do método pode expandir ou intensificar o conflito. Muitas vezes, nos processos destrutivos de resolução de conflitos, as motivações prévias são esquecidas ou se tornam irrelevantes, dando lugar à retroalimentação do conflito por outras motivações, como custos antes inexistentes ou outros contratempos decorrentes do lapso temporal. Essa situação proporciona ainda um aumento da confiança nas estratégias de poder, bem como nas táticas de ameaça, coerção e fraude⁵⁴⁹.

Da resolução do conflito podem derivar resultados diversos, tais como perdas mútuas, ganhos para um e perdas para outro ou ganhos mútuos. Todavia, a função do conciliador é evitar resoluções distributivas, inserindo nas discussões outros interesses relevantes para as partes, a ponto de mudar o paradigma do jogo de soma zero para o jogo de soma não zero. Essas considerações partem das premissas de que nem a ocorrência nem a continuidade do conflito são rigidamente caracterizadas por circunstâncias objetivas, ou seja, uma situação conflituosa é inevitavelmente influenciada por diversas circunstâncias, inclusive externas às partes. Um conflito no

curvando-se à rígida vontade do outro, enquanto seus próprios interesses legítimos são postos de lado. Assim, a barganha posicional tensiona e, por vezes, destrói o relacionamento entre as partes”.

⁵⁴⁷ Nesse sentido, v. Morton Deutsch, “A resolução do conflito: processos e destrutivos”, ob. cit., 2004, p. 36.

⁵⁴⁸ Trata-se do conhecido “equilíbrio de Nash”, cf. Item 2.1.4., do Capítulo 2, Parte I. Para John Forbes Nash Jr, as soluções colaborativas podem maximizar os ganhos para além daqueles individuais. Sobre o tema, v. *Non-cooperative Games*, ob. cit., 1950.

⁵⁴⁹ Cf. Morton Deutsch, “A resolução do conflito: processos e destrutivos”, ob. cit., 2004, p. 62-63.

qual o vencedor leva tudo e o perdedor nada ganha é mais propenso a ser contestado do que um em que há vitórias para ambos os lados. Se vitórias são possíveis para ambos, não há mais um vencedor e um perdedor; em vez disso, há um vencedor para cada ponto em conflito⁵⁵⁰.

Essas questões estão intrinsecamente ligadas ao tempo, pois ninguém pode realmente esperar que a construção do consenso na conciliação, sem o delineamento adequado da tipologia do conflito, pacifique satisfatoriamente as partes, por menor ou mais objetivo que seja o conflito. Dessa forma, não resta dúvida de que uma única sessão de 10 (dez) minutos é tempo insuficiente para realizar qualquer sessão de conciliação⁵⁵¹.

Aliás, a conciliação – assim como a mediação – deve buscar uma visão integral e sistêmica do conflito, caso contrário não se realizará a contento a sua respectiva gestão. A resolução de conflitos, seja pela mediação ou conciliação, deve ser norteadas pelos seguintes vetores: 1) voluntariedade na adesão ao método; 2) confidencialidade; 3) imparcialidade e neutralidade do condutor.

Já a profundidade do tratamento deve ser ditada pelo próprio conflito. Dessa forma, há impertinência em aplicar a conciliação em alguns casos, que melhor se adaptariam à mediação e vice-versa, mas sempre considerando as temperanças entre as técnicas a serem aplicadas na específica medida necessária ao deslinde dos conflitos. A necessidade de aprofundar a busca pelas origens do conflito ou a construção do consenso em bases construtivas podem exigir sessões continuadas e mais longas – imprescindível assim que exista a possibilidade de redesignação das sessões de conciliação e que se empregue o tempo necessário ao seu verdadeiro tratamento.

Note-se que, em alguns casos, o tempo das sessões está relacionado ao amadurecimento

⁵⁵⁰ Para. Morton Deutsch, “A resolução do conflito: processos e destrutivos”, ob. cit., 2004, p. 71, “Assim, parece evidente que, se um “único” conflito pode ser pulverizado em um número de questões separadas de maneira a que não seja mais um problema de tudo-ou-nada, o conflito tenderá a não seguir um caminho destrutivo. Isso, sem dúvida, não traria mudanças muito boas se todas as questões separadas estivessem tão interconectadas que a perda em uma implicasse inevitavelmente a perda em todas as outras”.

⁵⁵¹ Para Francisco José Cahali, in *Curso de arbitragem*, ob. cit., 2011, p. 41, “Pela sua dinâmica na mediação e na conciliação em juízo, a disponibilidade de tempo aos procedimentos acaba sendo extremamente restrita. Enquanto a prática extrajudicial sugere a realização de várias sessões, perante o Judiciário a perspectiva é de se tentar resolver o conflito em uma única sessão, ou em poucas oportunidades”.

das pessoas com relação ao próprio conflito. É o que se vê com frequência nas relações continuadas ou nos conflitos mais complexos, cuja gama de relações está projetada por ramificações. Dessa forma, vale mencionar o que foi verificado no Projeto Íntegra – projeto piloto para a instalação de núcleos de mediação interdisciplinar em crimes processados pela Lei nº 9.099/1995, em conflitos de gênero e família, capacitação e supervisão técnica, atendimento ao público e pesquisa da metodologia aplicada, tendo como coordenadora técnica Célia Regina Zapparolli e coordenação de pesquisa de Antônio Rodrigues de Freitas Jr.

Nesse projeto, nas relações de família, sem violência, há uma média de 5 (cinco) sessões, cada qual de aproximadamente uma hora. Nas hipóteses mais críticas de violência e crimes, há em média 10 (dez) sessões, cada qual de duas horas, por aproximadamente 7 (sete) meses⁵⁵². Os conflitos familiares que envolvem violência denotam maior complexidade e por isso requerem tratamento prolongado⁵⁵³.

Logo, vê-se que há um instrumento próprio para cada contexto, mas todas as técnicas estão intrinsecamente ligadas ao seu desenvolvimento no tempo, não podendo ser tratadas como técnicas de gestão de fluxo do Poder Judiciário. Qualquer mecanismo consensual, seja judicial ou extrajudicial, deve ter duração razoável para cumprir suas finalidades, sob pena de transformar-se em políticas de Justiça ineficazes, que levarão ao agravamento do descrédito do Poder Judiciário e ainda ao alastramento dos conflitos pela possibilidade de retroalimentação, não raro ensejando desdobramentos diversos.

Cumprindo assim mencionar as palavras de Petrônio Calmon, para quem “esses mecanismos são diversos e criativos, valendo-se de métodos apropriados (técnicas), experimentados e às vezes elaborados como grandes doutrinas acadêmicas. São considerados como portas que se abrem à solução dos conflitos, jamais podendo se fixar

⁵⁵² Cf. “Formulário para encaminhamento de projeto”, in *Revista do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 1, nº 2, jul.-dez. 2006, p. 255-298.

⁵⁵³ Eliana Riberti Nazareth, “A prevenção da violência através da discussão da multidisciplinar”, ob. cit., 1998, p. 71, ressalta a dificuldade de abordar esses conflitos familiares “como algo que pode ocorrer dentro da família, algo que percorre a natureza mesma das relações familiares, imprimindo-lhe qualidade específica, e por outro, às ressonâncias da ocorrência de fenômenos violentos no macrosistema em que a família está inserida e seus desdobramentos. Tratar da violência e encontrarmos formas efetivas de compreendê-la não é tarefa simples. Há vários graus de violência na família, mas abordar qualquer um deles é sempre difícil”.

limites ou regras à sua realização, pois os mecanismos para a obtenção da autocomposição são fruto do estudo sobre a natureza humana, seus desejos e interesses, sua conduta e suas reações ao posicionamento oposto. Os mecanismos para a obtenção da autocomposição não se constituem em um negócio jurídico, mas em um simples ato (ainda que complexo) que pode ter consequências jurídicas”⁵⁵⁴.

As Políticas de Justiça que visam à implementação de meios consensuais devem considerar a sua correta utilização, sobretudo pelo desenvolvimento do método em tempo hábil, refutando uma aplicação abreviada, geral e indistinta, a pretexto de reduzir o tempo da prestação jurisdicional. Nesse sentido, a grande dificuldade da institucionalização da conciliação está no estabelecimento austero do seu limite temporal, já que é preciso determinar tempo razoável para o adequado tratamento do conflito, com sessões de período razoável e ainda com a possibilidade de serem redesignadas, conforme a complexidade do conflito.

Apesar dos parâmetros legais impostos nesse sentido, indica-se a flexibilidade do sistema como melhor medida. Acresça-se ainda que qualquer redução temporal deve ser compreendida apenas com relação ao tempo que se vê na prestação jurisdicional tradicional e não por ceifar o próprio meio do seu objetivo e métodos.

⁵⁵⁴ Cf. Petrônio Calmon, *in Fundamentos da mediação e da conciliação*, ob. cit., 2007, p. 06-07. E continua: “Daí seu estudo ser multidisciplinar, envolvendo áreas não jurídicas (que tratam dos métodos de persuasão, por exemplo). Mas naquilo que se apresentam como jurídicos, esses mecanismos fazem parte do sistema de solução de conflitos, objeto do direito processual”, ob. cit., p. 07.

5. A CONCILIAÇÃO APLICADA: VERIFICAÇÃO DO MÉTODO COMO RESPOSTA AO CONFLITO

Mesmo reconhecendo a preponderância do escopo social ligado ao processo, só será possível verificar a efetividade da prestação jurisdicional pela conciliação com a análise da sua dinâmica, considerando as técnicas aplicadas e o envolvimento necessário dos sujeitos que integram essa atividade. Nisso consiste o cerne do presente capítulo.

5.1. TÉCNICAS E SUJEITOS: JUSTIFICATIVA DA ESCOLHA

A escolha dessa investigação remonta à própria estrutura do processo, como reflexo da dinâmica da relação jurídica estabelecida entre os sujeitos processuais⁵⁵⁵, a partir de uma técnica de atos concatenados no tempo. Ambos são de grande relevo.

A técnica é investigada a partir da sua conceituação formal, na busca pelo enfoque ideal de como a conciliação deve ser conduzida no Judiciário, e, apesar desse caráter abstrato, foram consideradas experiências práticas para aprofundar tal investigação. Assim, é preciso reconhecer que algumas práticas se afastam totalmente das técnicas próprias do instituto e devem ser extirpadas do Judiciário, sob pena de subversão do sistema de Justiça que se pretende implementar com a Resolução nº 125 do CNJ. Aliás, cumpre advertir que certas práticas não devem ser identificadas como conciliação, mas pseudoconciliação, pois nada carregam do verdadeiro instituto que deve ser disseminado com a resolução supracitada. São hipóteses de interferência propensas a fomentar o conflito ou precariamente construir o consenso.

A retomada do acesso à Justiça, com um enfoque mais amplo, acarreta considerável mudança para as possibilidades de realização de Justiça⁵⁵⁶. Entretanto, essa tônica deve

⁵⁵⁵ Com enfoque tradicional, Vicente Greco Filho, *in Direito processual civil brasileiro*, 14ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000, p. 56, menciona que o “processo é a relação jurídica de direito público que une autor, juiz e réu, que se exterioriza e se desenvolve pela sequência ordenada de atos tendente ao ato-fim que é a sentença. Trata-se de uma relação dinâmica, em constante desenvolvimento, apresentando constantes mudanças e seu aspecto externo”.

⁵⁵⁶ Para Mauro Cappelletti e Bryant Garth, *in Acesso à justiça*, ob. cit., 1988, p. 12, “Os juristas precisam, agora, reconhecer que as técnicas processuais servem a funções sociais; que as cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada e que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação e o encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal tem um efeito importante sobre a

estar acompanhada do estudo das técnicas pertinentes que se deseja implementar, ratificando o posicionamento qualitativo aqui adotado. Não basta a mudança do sistema de Justiça, se as técnicas adequadas não forem aplicadas.

Os sujeitos, por sua vez, são investigados a partir das suas peculiaridades, mas relacionando a respectiva atuação de cada um a ponto de verificar a influência que exercem na realização das sessões de conciliação.

Esta análise tem por finalidade determinar as balizas objetivas – da técnica utilizada – em consonância com as balizas subjetivas – dos sujeitos envolvidos – , verificando assim as interferências possíveis, benéficas e maléficas, na conciliação realizada no Judiciário, considerando a sua função como meio de tratamento dos conflitos, com vistas à efetiva pacificação das partes com Justiça⁵⁵⁷.

5.2. TÉCNICAS

5.2.1. CONCILIAR É LEGAL? – PRÁTICAS ILEGÍTIMAS QUE ENFRAQUECEM O INSTITUTO

A conciliação é um procedimento de interferência e é justamente assim que deve ser reconhecida, sobretudo pelos perigos decorrentes da sua má realização, que pode provocar a retroalimentação do conflito e piorar a divergência existente, culminando na formalização de um acordo sem consenso legítimo ou desdobrando-se em diversas outras ações judiciais.

É preciso frisar que, até meados da década de 70 do século passado, a conciliação como um conjunto de técnicas e princípios era praticamente desconhecida; não dispunha da

forma como opera a lei substantiva – com que frequência ela é executada, em benefício de quem e com que impacto social”.

⁵⁵⁷ Nesse intento, deverá ser privilegiada a realidade regional, razão pela qual serão permitidas flexibilizações e complementações estaduais. Ratifica esse posicionamento, José Roberto dos Santos Bedaque, *in Direito e Processo*, ob. cit., 2003, p. 52, ao mencionar as peculiaridades dos Juizados: “Essa flexibilização começa pela necessidade de concessão, aos Estados-membros, de maior poder para criar normas procedimentais adequadas à realidade local. O legislador constituinte teve a correta visão do problema ao atribuir competência concorrente aos Estados para legislar sobre Juizado de Pequenas Causas e procedimentos em matéria processual”.

estruturação que se vê hoje. Justamente por isso atualmente é possível classificar as práticas ilegítimas, fortalecendo a conciliação pelos seus métodos, distinguindo o que realmente deverá prevalecer em um sistema de resolução de conflitos pautado na consensualidade.

Ademais, o instituto não pode, mais uma vez, encontrar resistências pela sua aplicação indevida⁵⁵⁸. Se outrora os meios consensuais foram tidos como ineficientes para a composição dos conflitos, sendo extirpados dos ordenamentos jurídicos, agora melhor sorte hão de encontrar.

5.2.1.1. PARCIALIDADE DO CONCILIADOR

A posição do conciliador deve ser a mais imparcial e neutra possível⁵⁵⁹, a fim de garantir a lisura e a legitimidade da sua atuação na condução do método. Muitas vezes, a sessão de conciliação evidencia o momento de fragilidade em que as partes se encontram e, sendo assim, segurança e tranquilidade ajudam a construir um consenso legítimo.

É claro que o caráter absoluto da imparcialidade encontra limitações intrínsecas, porque o conciliador carrega toda a carga emocional da sua vivência, suas histórias e experiências, mas o autoconhecimento favorece os processos reflexivos, ajudando a manter a idoneidade do método⁵⁶⁰. Assim, o reconhecimento das vulnerabilidades por

⁵⁵⁸ Nesse sentido, André Gomma de Azevedo, “Perspectivas metodológicas do processo de mediação”, ob. cit., 2003, p. 160, “Nota-se, portanto, que a tênue distinção entre a imposição de meios autocompositivos e o estímulo desses meios não ocorreu devidamente, produzindo como resultado a inversão dos procedimentos de resolução de disputas, transformando a jurisdição em meio principal e a autocomposição como meio secundário, na medida em que os processualistas orientadores dos principais sistemas processuais praticamente desistiram da autocomposição. Lamentavelmente, foi isso que ocorreu em meados do século XX, quando afastaram-se a maior parte dessas tentativas de estimular a autocomposição em virtude da falta de resultados comprobatórios de sua efetividade no ordenamento jurídico processual”.

⁵⁵⁹ Segundo a Resolução nº 125 do CNJ, art. 1º do Anexo III, parágrafos 3º e 4º, imparcialidade é o dever de agir com ausência de favoritismo, preferência ou preconceito, assegurando que valores e conceitos pessoais não interfiram no resultado do trabalho, compreendendo a realidade dos envolvidos no conflito e jamais aceitando qualquer espécie de favor ou presente. Já neutralidade é o dever de manter equidistância das partes, respeitando seus pontos de vista, com atribuição de igual valor a cada um deles.

⁵⁶⁰ Para Reginandrea Gomes Vicente e Lilian Godau dos Anjos Pereira Biasoto, “O conhecimento psicológico e a mediação familiar”, in *Mediação de Conflitos: pacificando e prevenindo a violência*, São Paulo, Lexus, 2003, p. 165, “Não existe objetividade em nenhuma atividade humana. Se assim o fosse significaria a dissociação da pessoa em três níveis totalmente diferenciados, como sentir, pensar e fazer, com grau tal que um não influi no outro. Ao contrário, uma boa integração das três áreas permite detectar

parte do próprio conciliador permite-lhe estar atento às suas emoções e inflexões na condução da conciliação, num exercício autorreflexivo, estabelecendo um foco nos conflitos que lhe são apresentados e evitando interferências indevidas.

De outro lado, as partes buscam validar sua posição a partir da postura do conciliador, isto é, procuram o convencimento do conciliador para que fique do seu lado e corrobore sua posição. Por isso, qualquer posicionamento do conciliador no sentido de favorecer uma das partes pode comprometer o método, prejudicando a confiança de todos e comprometendo a idoneidade do método. São casos em que o conciliador, sensibilizado com uma das partes ou indignado com uma situação de injustiça, volta-se contra a parte adversa.

Ao identificar um culpado pelo conflito, o conciliador deixa de buscar uma construção equânime dos fatos ocorridos e consolida uma postura negativa na sessão de conciliação. É o caso, por exemplo, de uma briga de vizinhos pelo barulho que um faz, gerando grande incômodo ao outro. Se o conciliador identifica como culpado aquele que faz o barulho, deixa de investigar as causas da desavença. Num caso concreto, visto no Setor de Conciliação do Foro Central da Comarca da Capital de São Paulo, o barulho decorria da frágil estrutura de isolamento entre as unidades, fruto das novas construções civis. Iniciada a sessão com todos os envolvidos, inclusive o síndico do prédio, que intervinha como interessado, afirmou ele, para a surpresa de todos, que se tratava de um problema recorrente, já apresentado em assembléia. As partes, ao compreenderem que o problema não era somente delas, individualmente, ingressaram na busca de uma solução coletiva, com regras, porém, de convivência até uma resposta definitiva ao conflito.

Outro exemplo instrutivo colheu-se numa conciliação realizada em uma ação indenizatória em que a parte questiona a falta de transferência de um veículo vendido a uma concessionária, que o vende a terceiro, mas continua responsável por regularizar a documentação. Sem tal regularização, o antigo proprietário passa a receber multas e somar pontos na carteira de habilitação por infrações de trânsito, com os transtornos daí decorrentes, levando a questão ao Judiciário acompanhada do pedido por danos morais.

em um plano consciente suas próprias tendências, inclinações temporárias sob uma das partes, projeções individuais que promovem minialianças etc. Essa condição, se estiver no plano da consciência, permite uma elaboração, uma discussão com a equipe de trabalho com a possibilidade de se chegar a uma atitude que seja o mais imparcial possível”.

A conciliação restou frutífera pela intervenção imparcial do conciliador. Curioso destacar que, mesmo tendo a concessionária admitido a falta de transferência do veículo, o conciliador se manteve imparcial na busca dos interesses das partes e voltado para a completa solução do conflito, logrando êxito na construção do consenso. Isso porque a empresa concessionária, ao admitir culpa na falta de regularização da documentação, levou o requerente a crer que receberia alta indenização por danos morais, o que passou a defender com veemência. O conciliador, contudo, manteve-se imparcial e, com equilíbrio, fez as ponderações necessárias, sem pender a qualquer dos lados.

É claro que existem casos excepcionais, em que a imparcialidade do conciliador é de fato posta à prova. Nesse sentido, transcreva-se a experiência de Célia Zapparolli, comentando seu trabalho na mediação institucional: “Essas comunidades são extremamente carentes de recursos, com muitas dificuldades de obterem os basilares direitos de cidadania, tendo por prática a manipulação para alcançarem o mínimo imprescindível à sua sobrevivência. E, com isso, muitas vezes me flagrei subestimando situações por compadecimento, o que, pela ausência de distanciamento, gerou-me uma sobrecarga moral e psicológica, além da falha na constatação dos efetivos interesses, levando-me ao cuidado de redobrar a atenção e escuta, justamente para resguardar a neutralidade, a segurança e a confiança das partes”⁵⁶¹.

Há casos em que uma das partes é notadamente vulnerável e, por isso, detecta-se a tendência do conciliador a adotar certa parcialidade, sobretudo por imaginar que assim equilibraria a relação. Essa postura compromete a investigação sobre o conflito e sobre o verdadeiro interesse das partes. Claro exemplo desse fato são os conflitos familiares, nos quais se desconsideram o contexto e a complementaridade dos companheiros nas relações. Nessas situações, parte-se do entendimento de que as mulheres são o polo hipossuficiente e subjugado do casal. As mulheres são consideradas vítimas numa percepção apriorística, que nem sempre se verifica. De certa maneira, constata-se nesses casos um preconceito às avessas⁵⁶².

⁵⁶¹ Cf. Célia Regina Zapparolli, “A experiência pacificadora da mediação”, ob. cit., 2003, p. 62.

⁵⁶² Em sentido contrário, manifesta-se Trina Grillo, “The mediation alternative: process dangers for women”, in *Yale Law Journal*, vol. 100, april, 1991, p. 1547 e ss.

Assim, o conciliador deve estar sempre atento às suas emoções, bem como às emoções das partes, às suas tentativas de aliança e manipulação, atitudes que podem pôr em risco o método e até a segurança das partes. O conciliador deve intervir o suficiente, conduzindo o método sem induzir as partes – irregularidade que fatalmente comprometerá o resultado. A medida do consenso deve ser ditada pelo interesse e pela necessidade das partes, não pela medida do conciliador.

Acresça-se ainda que cumpre distinguir com cuidado a parcialidade da técnica denominada empoderamento, afeta às mediações transformativas. Com essa técnica, apesar da disparidade entre as partes, o mediador busca o equilíbrio da relação, mas sem perder o cerne da resolução do conflito ou impor os seus valores como parâmetros. Vale reiterar que essa técnica é bastante válida nos conflitos que demandam específico aprofundamento pela verificação da tipologia do conflito, sobretudo pelas interferências sentimentais⁵⁶³.

Fato é que o conciliador não pode contaminar o método com seus valores, cumprindo que busque apenas os valores das partes. O dever do conciliador é compreender a realidade das partes. Assim, deve abster-se de qualquer ação ou conduta, verbal ou não verbal, que demonstre predileção por uma das partes⁵⁶⁴.

A confiança é estabelecida por vínculos tênues que devem ser construídos de forma íntegra e paulatina. A parcialidade do conciliador fere de morte o método, assertiva que a Resolução nº 125 do CNJ ratifica ao apresentar a imparcialidade como princípio fundamental da atuação do conciliador⁵⁶⁵.

A imparcialidade significa que o conciliador não privilegiará nenhuma parte, nem, principalmente, emitirá juízo de valor relacionado ao conflito, no sentido de afirmar quem está certo ou errado. Faz parte do dever ético do conciliador infundir nas partes a confiança no método, sobretudo pelas suas atitudes, reforçando sempre o caráter

⁵⁶³ Cf. Item 4.3., do Capítulo 4, Parte II.

⁵⁶⁴ Cf. Lia Regina Castaldi Sampaio e Adolfo Braga Neto, in *O que é mediação de conflitos?*, ob. cit., 2007, p. 35.

⁵⁶⁵ Consta no parágrafo 3º do artigo 1º do Anexo III da referida resolução que a imparcialidade é, entre outros, princípio fundamental que rege a atuação dos conciliadores e mediadores.

autônomo e independente da sua função⁵⁶⁶. Vale frisar que um acordo sensato é o que atende aos interesses legítimos de cada uma das partes, na medida do possível, e é justamente pela imparcialidade do conciliador que tal acordo pode assim ser construído⁵⁶⁷.

5.2.1.2. INTIMIDAÇÃO E PRESSÃO

Por ser uma técnica interventiva, cumpre utilizar a conciliação ponderada e cuidadosamente. Não raras vezes, empregam-se argumentos inapropriados de maneira inadvertida, notadamente como forma de intimidar ou pressionar alguma das partes a chegar ao consenso. Enquanto a intimidação está ligada aos argumentos que incitam o medo das partes, a pressão é forma de constrangimento. A intimidação inspira o temor da parte sobre algo e a pressão força-a a praticar determinado ato. Ambas são formas de tolher a liberdade das partes, prejudicando a construção do consenso.

Em inúmeras intervenções realizadas nas sessões de conciliação, destacam-se argumentos relacionados às mazelas do Judiciário como forma de conduzir as partes ao consenso. Assim, é comum que se frise a demora do Judiciário na entrega da tutela jurisdicional. Outro ponto comumente enfocado é a inefetividade dos provimentos judiciais.

Ora, os argumentos relacionados às mazelas do Judiciário devem ser afastados das sessões de conciliação – esse é o ponto: nenhuma das partes deve ser atemorizada pelo argumento de que, se não conseguir resolver o conflito, ficará presa ao litígio, com enorme perda de tempo e dinheiro. É claro que as partes devem considerar custos e tempo como fatores relevantes, a fim de ponderarem a melhor forma de resolução do seu conflito, mas insistir no conciliar nos entraves do Judiciário como forma de intimidação é totalmente inadequado como técnica. Bem o contrário, os conciliadores

⁵⁶⁶ Lília Maia de Moraes Sales, in *Justiça e mediação de conflitos*, ob. cit., 2004, p. 102, destacando a atuação do terceiro, menciona que “O mediador é o protetor do processo de mediação, cabendo-lhe a garantia da integridade deste e ainda o estabelecimento da sua credibilidade. Através de seu trabalho sério, diligente, cuidadoso, prudente, o processo de mediação passa a ter a credibilidade necessária para se tornar um meio bastante eficaz de resolução de conflitos”.

⁵⁶⁷ Cf. Roger Fisher, William Ury e Bruce Patton, in *Como chegar ao sim*, ob. cit., 2005, p. 22.

que concentram sua abordagem nesses argumentos demonstram fragilidade na técnica adotada porque agredem a livre escolha das partes.

Semelhantes argumentos tiram a legitimidade do método, já que limitam a verdadeira opção posta à disposição da parte, que sente não poder contar com o Judiciário para fazer valer o direito. Haverá total afastamento da legitimidade do método compositivo na medida em que as partes não se compuserem espontaneamente, mas forem constrangidas pela situação. É justamente o contrário que as partes devem considerar: “eu posso escolher o Judiciário, mas existe uma opção mais vantajosa a perseguir na conciliação”. Enquanto a melhor técnica indica a maximização das opções, o destaque para as mazelas do Judiciário por parte do conciliador provoca temor na parte e gera insegurança – o que é indesejável para o sistema de Justiça. O consenso não pode estar apenas no nome, mas deve realmente ser fruto da manifestação de vontade das partes⁵⁶⁸.

As partes só terão liberdade para contratar quando devidamente informadas e conscientes de seus direitos – o que precisa ser assegurado pelo sistema de Justiça⁵⁶⁹.

Contaminam igualmente o método argumentos de pressão. Nesse sentido, vale destacar a insistência muitas vezes vista nas sessões de conciliação. O conciliador inicia a sessão, busca a construção do conflito pela indagação dos fatos e motiva as partes a procurarem soluções mutuamente vantajosas. O conciliador estimula a comunicação entre as partes e faz diversas considerações – para ele, o consenso está próximo. Entretanto, depois de algum tempo, percebe que não há completa adesão das partes. Talvez fosse esse o momento de parar e redesignar a sessão ou simplesmente encorajar as partes a continuar as tratativas de forma direta⁵⁷⁰. De certa maneira um pouco frustrado, o conciliador parte para a insistência.

⁵⁶⁸ Maria Inês Corrêa de Cerqueira César Targa, in *Mediação em juízo*, ob. cit., 2004, p. 169, sobre a composição obtida com coação, “Esse acordo, assim conseguido, em vez de resultar em conciliação decorrente de efetiva mediação, leva ao mero acirramento dos ânimos e coloca em descrédito a atuação do Poder Judiciário”.

⁵⁶⁹ Cf. Juliana Demarchi, “Técnicas de conciliação e mediação”, ob. cit., p. 57, “É importante que as partes sintam que o Poder Judiciário é uma garantia da resolução do conflito, e não uma ameaça para o caso de não se celebrar o acordo. A persuasão para a conciliação deve advir de suas vantagens intrínsecas (possibilidade de as próprias partes resolverem seus problemas, liberdade para a discussão das questões deduzidas no processo e também de outras que porventura não sejam objeto do pedido, busca dos reais interesses dos envolvidos), e não do asoberbamento do Poder Judiciário, que representa a garantia do Estado de que os conflitos serão resolvidos”.

⁵⁷⁰ Nesse sentido, Juliana Demarchi, “Técnicas de conciliação e mediação”, ob. cit., p. 61.

O que era perseverança – qualidade bastante estimada – passa à forma inoportuna: a insistência como instrumento de pressão. Qualquer consenso firmado nesse momento não representará uma verdadeira adesão das partes. O entrave dessa questão é que a parte, ao firmar a composição sem legítimo consenso, provavelmente descumprirá o acordo. Outrossim, se a conciliação se tornou muito longa, porque as partes, exaustas, vão simplesmente procurar sair daquela situação. Assumindo o conciliador uma postura opressora, as partes podem até celebrar o acordo, mas essa conciliação não deve ser vista como exitosa, dado que há chances consideráveis de as partes voltarem ao Judiciário depois de recuperar as forças.

Sobram motivos para considerar tais situações indesejáveis e cumpre afastá-las diligentemente das sessões de conciliação.

Ademais, o conciliador deve mostrar-se equilibrado e tranquilo, uma vez que é essa a postura pela qual transmite segurança às partes e estabelece a devida confiança, indispensáveis para solucionar o conflito. Deve ainda estar atento ao momento de insistir na resolução do conflito, redesignar a sessão de conciliação ou simplesmente declarar que – naquele momento – a conciliação é infrutífera, podendo restabelecer-se a qualquer momento por pedido das partes. Mesmo não havendo a celebração do acordo, permanece a possibilidade de as partes retomarem as tratativas e voltarem à conciliação.

Não deve, portanto, sentir-se frustrado o conciliador ao abandonar uma postura perseverante. Tampouco deve mencionar frases negativas que desestimulem as partes a vislumbrar algo de positivo nesse momento. Deve, pelo contrário, enfatizar que as negociações podem recomeçar a qualquer momento e que as portas continuam abertas para os meios consensuais.

5.2.1.3. ACORDO IMPOSTO

Algumas conciliações terminam em acordo, que deva, entretanto, ser o reflexo da mais autêntica vontade das partes. Por isso, qualquer acordo imposto deve ser afastado

definitivamente. Acordos firmados sem legitimidade são desastrosos para o sistema de Justiça.

O conciliador é a figura do Estado diante das partes nas sessões de conciliação e, cada vez mais, é reconhecido como agente pacificador. Certamente, não lhe é vedado usar argumentos fáticos ou jurídicos na tentativa de convencer as partes de que fechar o acordo é o melhor caminho, mas isso é desejável? É tênue a linha que há entre as partes construírem o acordo e o conciliador propor o acordo. Pior ainda é querer o conciliador impô-lo às partes, sobretudo quando não atendem aos seus interesses ou necessidades.

Importa aqui ressaltar que aproximar o acordo da resposta normativa dada pelo ordenamento jurídico não deve ser visto exatamente como uma boa resolução do conflito, pois essa abordagem insiste na resposta binária como desfecho – ou o direito está de um lado ou de outro, com a consequente perda do foco no interesse das partes. Essa abordagem favorece a discussão em cima do direito, dando início a uma barganha posicional baseada nele e não nas necessidades subjacentes das partes⁵⁷¹.

Igualmente, quando o acordo tem por base uma solução distributiva, em que se propõe uma divisão mecânica das posições adotadas pelas partes, pois não há uma verdadeira mudança de estratégia. Note-se que, mesmo havendo o acordo, ele decerto não representará uma solução cuidadosamente elaborada para atender à necessidade das partes, pautada em uma solução integrativa. Nesse caso, a tentativa é de ampliar os interesses comuns e expandir as perspectivas das partes, fatiando o conflito numa gama ampliada de pequenas soluções, a partir de uma lista estendida de opções que aborda a questão por diversos enfoques e as considera sob pesos diferentes⁵⁷². O acordo com

⁵⁷¹ É por isso que discutir com base apenas no direito é insuficiente, cf. análise do Item 4.4., do Capítulo 4, Parte II.

⁵⁷² Esse aspecto da conciliação pode ser denominado “invenção”, conforme Lawrence Susskind, Jeffrey Cruikshank e Yann Duzert, in *Quando a maioria não basta*, ob. cit., 2008, p. 40. Segundo esses autores, “Os participantes pegam o que ouviram dos interesses de cada um e tentam elaborar propostas que abarquem as necessidades de todo mundo. (...) O objetivo desse *brainstorming* é manter várias opções, para que uma série de combinações possa ser experimentada “para ver se cabem”. Sobre a tempestade de ideias, John W. Cooley, in *A advocacia na mediação*, ob. cit., 2001, p. 118, menciona que “é mais um conjunto de circunstâncias arranjadas do que uma técnica especial de pensamento lateral. O procedimento estimula a aplicação de técnicas de pensamento lateral ao mesmo tempo em que proporciona um desvio da rigidez do pensamento vertical. A tempestade mental tem três aspectos principais: um ambiente formal (ou especial), um julgamento suspenso e estímulos cruzados”. Já Carlos Eduardo de Vasconcelos, in *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*, ob. cit., 2007, p. 76, destaca que “A tempestade de ideias é uma técnica para a negociação das questões substantivas, para a identificação de interesses e opções.

base na barganha posicional talvez seja mais benéfico que uma decisão judicial, mas ainda assim será uma resolução menos vantajosa do que se poderia alcançar.

O conciliador não pode pressupor ter firmado o melhor acordo caso este não tenha partido da vontade das partes. Não deve sequer comprometer-se a firmar um acordo, mas tão-somente a realizar o tratamento de acordo com o conflito. É nesse sentido que a Resolução nº 125 do CNJ se manifesta, ao ponderar que o conciliador não tem obrigação alguma com o resultado da conciliação, devendo manter a autonomia da vontade das partes⁵⁷³.

5.2.2. A CONDUÇÃO ADEQUADA DA CONCILIAÇÃO

Na busca pelas causas do conflito e sua respectiva transformação, cumpre inserir um elemento sensitivo mesmo na conciliação, porque se dirige à compreensão do conflito e das mensagens que as partes estão passando, não apenas com a comunicação verbal, mas também com a não verbal⁵⁷⁴. Além desse, merece destaque o elemento criativo, pela mudança da estratégia voltada à resolução construtiva do conflito por uma abordagem suficientemente estimulante para motivar a comunicação e ainda a respectiva adesão das partes, no sentido de empreender esforços para superar os entraves, construindo soluções mutuamente satisfatórias.

Assim, três elementos-chave podem ser destacados: o estímulo da comunicação para reconstruir o conflito a partir dos fatos revelados pelas partes⁵⁷⁵; o desenvolvimento de

Trata-se de momento criativo, sem compromisso, vem vinculação. Daí por que se deve deixar claro que as ideias que fluem não passam de imaginação criativa, sem qualquer sentido de proposta objetiva. A lógica é separar o ato criativo do ato crítico: inventar primeiro, decidir, caso haja consenso, depois”.

⁵⁷³ Cf. Resolução n. 125 do CNJ, Anexo III, Art. 2º, parágrafo 3º. Ausência de obrigação de resultado – Dever de não forçar um acordo e de não tomar decisões pelos envolvidos, podendo, quando muito, no caso da conciliação, criar opções, que podem ou não ser acolhidas por eles. Aliás, o parágrafo 2º também é nesse sentido, “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”.

⁵⁷⁴ Para Carlos Eduardo de Vasconcelos, *in Mediação de conflitos e práticas restaurativas*, ob. cit., 2007, p. 64, “Toda comunicação é interacional, é troca de mensagens. Por mais que um indivíduo se esforce é-lhe impossível não comunicar. Atividade e inatividade são comunicações. Portanto, palavra ou silêncio são comunicação. Possuem valor de mensagem e, dessa forma, influenciam outros e estes não podem não responder a essas comunicações e, portanto, também estão comunicando”.

⁵⁷⁵ Nesse sentido, Roberto Portugal Bacellar, *in Juizados Especiais*, ob. cit., 2003, p. 186, esclarece a utilização da técnica, afirmando que “Sócrates, considerado o fundador da filosofia moral, utilizava-se daquilo que conhecemos por *maiêutica*, tida como método que consiste em responder perguntas com

condições para reformular a situação existente e a proposição de ideias que podem ser flexivelmente combinadas em modelos novos e variados⁵⁷⁶. Enquanto o primeiro elemento versa sobre a identificação do conflito, os dois elementos seguintes referem-se à adesão e voluntariedade das partes, imprescindíveis à construção do consenso. Note-se que esses elementos-chave estão sujeitos à influência de condições sociais, à personalidade dos sujeitos envolvidos e, principalmente, à legitimidade daqueles que vierem sentar-se à mesa para negociar a superação dos entraves, sobretudo quando a parte é uma pessoa jurídica⁵⁷⁷.

A verificação do conflito pressupõe informações suficientes e necessárias não apenas para o seu adequado tratamento, mas também manter a pacificação – vale dizer que, se um acordo for fechado, compete-lhe ter a base necessária para o cumprimento espontâneo⁵⁷⁸. A investigação, que versa sobre o conflito e as resistências desenvolvidas pelas partes, é primordial para que o deslinde seja especificamente apropriado ao caso concreto⁵⁷⁹.

Estabelecendo a comunicação, o conciliador está autorizado a utilizar diversos preceitos, tais como conotação positiva; escuta ativa; reciprocidade discursiva;

outras perguntas e indagações, para obrigar a reflexão. Das reflexões que forem sugeridas pelo mediador forma-se a circularidade da comunicação que facilita o resultado autocompositivo. A maiêutica alcança novos conceitos e definições”.

⁵⁷⁶ Cf. Morton Deutsch, “A resolução do conflito: processos e destrutivos”, ob. cit., 2004, p. 60-61.

⁵⁷⁷ Para Lawrence Susskind, Jeffrey Cruikshank e Yann Duzert, in *Quando a maioria não basta*, ob. cit., 2008, p. 63, trazer as pessoas certas à mesa de negociação é fundamental para a construção do consenso e, sobre o tema, mencionam que “De um jeito ou de outro, contudo, são pessoas que obviamente fazem a diferença, quando se trata desse assunto. A ausência delas prejudicará o processo ou, mais positivamente, sua participação pode contribuir para o progresso do debate”. **Sobre a diferença das pessoas físicas e jurídicas como sujeitos da conciliação**, v Item 5.3.2., do Capítulo 5, Parte II.

⁵⁷⁸ Cf. Lawrence Susskind, Jeffrey Cruikshank e Yann Duzert, in *Quando a maioria não basta*, ob. cit., 2008, p. 32, “O objetivo não é somente o consenso; mas um consenso informado. Isso quer dizer que as partes envolvidas (a maioria esmagadora) concordam que entendem exatamente o que está na proposta ou no pacote e que podem conviver com a solução proposta”.

⁵⁷⁹ Cf. Lawrence Susskind, Jeffrey Cruikshank e Yann Duzert, in *Quando a maioria não basta*, ob. cit., 2008, p. 42, “Um bom pacote contém dois ingredientes contraditórios. O primeiro é um compromisso sério dos participantes no sentido de cumprir o que prometeram, frequentemente para um longo período. O segundo é um determinado mecanismo para antecipar e lidar com o imprevisto. Nos casos em que as “cartas-curinga” podem ser antecipadas, é possível incluir contingências no pacote: se X ocorrer, concordamos em fazer isso e aquilo. Mas se Y acontecer, concordamos em fazer assim e assado. Quando X e Y de fato ocorre, o grupo não precisa voltar a se reunir”.

mensagem como opinião pessoal; reconhecimento da diferença; assertividade; priorização do elemento relacional; não reação e não ameaça⁵⁸⁰.

Pela conotação positiva, o conciliador deve instigar as partes a estabelecer uma ação comunicativa, ampliando as possibilidades de interação e salientando que todos terão oportunidade de expressar suas versões, seguindo, porém, uma forma organizada. Isso contém os ânimos, porque evidencia regras claras de comunicação, além de favorecer a verdadeira adesão das partes ao método.

Já a escuta ativa refere-se à compreensão das entrelinhas do diálogo, por uma escuta atenta. As partes não revelam inicialmente suas necessidades e interesses, mas podem dar sinais do núcleo do conflito, isto é, as reais razões do entrave entre as partes⁵⁸¹. Dessa forma, o conciliador deve fazer as perguntas certas para chegar ao deslinde.

A reciprocidade discursiva é a regra principal de comunicação a desenvolver na sessão de conciliação, segundo a qual todos devem respeitar a fala de quem está com a palavra, isto é, não são permitidas interrupções de nenhum tipo. Contudo, a reciprocidade embasa a técnica, porque, logo em seguida, pode tomar a palavra alguém que queira comentar o que foi dito⁵⁸².

A mensagem como opinião pessoal é um preceito que pode contribuir muito com o diálogo, pois orienta as partes a manifestarem toda opinião de forma pessoal, impedindo que uma parte fale pela outra. Isso fortalece a comunicação, pois ajuda a conter os

⁵⁸⁰ Nesse sentido, Carlos Eduardo de Vasconcelos, *in Mediação de conflitos e práticas restaurativas*, ob. cit., 2007, p. 64. O autor acrescenta ainda o preceito relacionado às perguntas sem julgamento, que entendemos fazer parte do preceito da escuta ativa.

⁵⁸¹ Cf. Juliana Demarchi, “Técnicas de conciliação e mediação”, ob. cit., 2007, p. 58. A autora acrescenta ainda que “incumbe ao conciliador procurar fazer com que as partes abandonem suas visões parciais do problema e passem a adotar uma postura mais cooperativa, voltada para a solução do conflito, por meio de perguntas que levem à reflexão e da valorização de pontos convergentes”, ob. cit., p. 58. Já para Adolfo Braga Neto, “Alguns aspectos relevantes sobre a mediação de conflitos”, ob. cit., 2007, p. 65, “O conciliador por seu turno, deverá identificar os pontos convergentes e divergentes da controvérsia, através do desencadeamento de perguntas sobre o fato e a relação causal entre eles, bem como se fazer valer de uma escuta ativa sobre a comunicação verbal e não verbal”.

⁵⁸² Destacando tal preceito, Carlos Eduardo de Vasconcelos, *in Mediação de conflitos e práticas restaurativas*, ob. cit., 2007, p. 67, afirma que “Comunicação construtiva é equitativa, circular, no sentido de algo construído. Sem isto, a comunicação será manipulatória e, portanto, reduzida ao nível do jogo de poder. (...) Devemos ter a sensibilidade de estimular o tímido por meio de perguntas e sensibilizar o loquaz a valorizar o diálogo. De qualquer sorte é inviável uma comunicação construtiva enquanto as pessoas não estiverem atentas à circularidade do diálogo”.

ânimos e ainda favorece a compreensão de que em toda opinião há realmente um caráter subjetivo.

Outrossim, com o preceito do reconhecimento da diferença, o conciliador deve encorajar a legitimidade das opiniões apresentadas, por mais diversas que sejam, ressaltando a importância de buscar uma solução que responda às necessidades de ambos os lados. Isso tende a limitar em vez de expandir o conflito, por minimizar um anseio defensivo unilateral. A finalidade dessa abordagem é apresentar o conflito mutuamente admitido, de forma que as partes mencionem as vantagens que pretendem, mas numa perspectiva colaborativa e partindo de propostas sensatas⁵⁸³.

A assertividade está na clareza com que o conciliador se comunica e estabelece o diálogo. O conciliador disciplina a maneira como as partes expressam seus desacordos, sem forçá-las a se justificarem, mas motivando-as a esclarecer suas razões. Pelo restabelecimento da comunicação e pelo desenvolvimento de uma relação positiva entre as partes, o conciliador pode mais facilmente entender por que estão elas em conflito. Com isso, o conciliador deve mostrar às partes que ambas podem sair daquele conflito numa situação mais vantajosa, porque o seu compromisso é justamente ajudá-las a encontrar soluções substancialmente melhores, ou seja, que agreguem alguma vantagem para todos os envolvidos⁵⁸⁴.

Acresça-se ainda que, mesmo na conciliação, importa priorizar o elemento relacional, visto que – sendo simultaneamente pessoal e material o conflito – cabe focar primeiro o aspecto relacional.

É claro que existem conflitos em que não há desdobramento relacional a considerar. Outros ainda existem que, apesar de decorrentes de uma relação continuada, a questão

⁵⁸³ Para Roger Fisher, William Ury e Bruce Patton, in *Como chegar ao sim*, ob. cit., 2005, p. 171, “é mais fácil concordar em seguir um princípio ou um padrão independente do que ceder à demanda posicional da outra parte. E, finalmente, ao contrário das posições arbitrais, alguns padrões são mais persuasivos que outros”. Segundo Carlos Eduardo de Vasconcelos, in *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*, ob. cit., 2007, p. 77, “Eis alguns padrões: preço de mercado, custo de reposição, valor contábil depreciado, preços competitivos, projeção de tendências, precedente, opinião científica, padrões profissionais, padrões morais, tratamento igualitário, tradição, reciprocidade, etc. A negociação baseada em princípios contempla os padrões objetivos para um acordo sensato e duradouro”.

⁵⁸⁴ Cf. Lawrence Susskind, Jeffrey Cruikshank e Yann Duzert, in *Quando a maioria não basta*, ob. cit., 2008, p. 40.

emocional não caracteriza nenhum entrave, restando apenas a controvérsia sobre questões materiais. Em ambos os casos, não será necessário priorizar o elemento relacional.

Todavia, esta tese parte do entendimento que o conflito, como experiência humana, pode encontrar diversas configurações, inclusive eivadas de caráter híbrido, exigindo técnicas próprias de tratamento. Dessa forma, sendo o conflito objetivo, mas com algum desdobramento relacional ou emocional relevante, recomenda-se começar o tratamento por esse aspecto.

Os preceitos voltados para a não reação e não ameaça são fundamentais para garantir a confiabilidade do método, permitindo que as partes livremente se manifestem. Igualmente, vale salientar que os argumentos relacionando sensações de impotência, terror e raiva não são razoáveis para a superação do conflito⁵⁸⁵ e não devem ser utilizados pelo conciliador. É preciso que haja motivação em um nível suficiente para sustentar os esforços que levem à resolução do conflito, mas ela deve surgir espontânea, sem coações ou induzimentos, porque a liberdade das partes é um dos principais elementos da resolução consensual do conflito. Além disso, para que as partes vejam o conflito por novas perspectivas, devem estar seguras e confiantes, já que é necessário o distanciamento dos pontos de vista originais para considerar diversas outras perspectivas⁵⁸⁶.

Apesar de um ambiente sem intimidações ou pressões facilitar a reestruturação de um conflito de maneira legítima, tornando-o mais propenso a uma solução construtiva, a habilidade de reformular uma situação e desenvolver soluções fica, entretanto,

⁵⁸⁵ Segundo Morton Deutsch, “A resolução do conflito: processos e destrutivos”, ob. cit., 2004, p. 61, “Comodidade excessiva, satisfação com as coisas como estão, uma sensação de impotência, terror e raiva: nada disso está propenso a levar a uma motivação ideal para reconhecer e encarar um problema ou um conflito. Nem uma presteza passiva para aquiescer às demandas do ambiente, nem mesmo a pretensão de se encaixar no ambiente, não importando o quão pobremente esse encaixe se dá. Motivação ideal pressupõe uma prontidão alerta para estar insatisfeito com as coisas como estão e uma liberdade para enfrentar o ambiente sem medo excessivo combinado com uma confiança na própria capacidade de persistir enfrentando obstáculos”.

⁵⁸⁶ Para Morton Deutsch, “A resolução do conflito: processos e destrutivos”, ob. cit., 2004, p. 62, “Para entreter novas idéias que podem, à primeira vista, parecer selvagens e implausíveis, para questionar suposições iniciais sobre a estrutura na qual o problema ou o conflito ocorre, o indivíduo precisa de liberdade ou coragem para se expressar sem medo ou censura. Além disso, ele precisa se tornar suficientemente afastado dos seus pontos de vista originais para poder enxergar o conflito de novas perspectivas”.

dependente da disponibilidade de recursos cognitivos. A criatividade é importante para a resolução do conflito na conciliação, pois os fatores que alargam a amplitude de ideias e apresentam diversas alternativas disponíveis podem fazer a diferença⁵⁸⁷⁻⁵⁸⁸.

No tratamento colaborativo, o conflito é enfocado como um problema comum no qual as partes conflitantes partilham o interesse unido de alcançar uma solução mutuamente satisfatória. Dessa forma, a conciliação muda a estratégia de tratamento do conflito, favorecendo resoluções criativas e integrativas. Entretanto, em si, a cooperação não assegura que os esforços para resolver o conflito serão bem-sucedidos: há circunstâncias que ajudam ou atrapalham a quebra dos impasses existentes.

São fatores externos que, como questões econômicas e sociais, não devem ser tidos como limitadores apriorísticos do método, mas precisam ser considerados. Nesse sentido, o conciliador pode conduzir a atitudes confiáveis, que aumentam a sensibilidade e as similaridades, bem como minimizam o entendimento das diferenças, estimulando a convergência de crenças e valores. Fatores como a criatividade e flexibilidade das partes envolvidas podem ser determinantes para driblar tais circunstâncias externas que dificultam a resolução consensual do conflito.

Por isso, o conciliador tanto pode dirigir-se aos advogados como às partes diretamente, não havendo nenhuma formalidade quanto à sequência das falas pelas partes – mas tão-somente o respeito da fala como regra de comunicação, estabelecida logo no início da sessão, como forma de estimular as partes a falar sobre o conflito e seus interesses, bem como estabelecer a escuta recíproca⁵⁸⁹.

A função criativa do conciliador para o tratamento consensual do conflito reside na sua capacidade de gerar motivação para resolver um impasse que pode, de outra forma, ser

⁵⁸⁷ Francisco José Cahali, in *Curso de arbitragem*, ob. cit., 2011, p. 38, “A criatividade deve ser um dos principais atributos do conciliador”.

⁵⁸⁸ Sobre a importância de mudar as estratégias do jogo, Roberto Portugal Bacellar, in *Juizados Especiais*, ob. cit., 2003, p. 201, ressalta a importância do condutor “ao verificar que os interessados encontraram um obstáculo aparentemente intransponível, abra o leque e faça ver que existem outros caminhos para se chegar ao destino e outros pontos também importantes que podem ser superados antes daquele. Por meio de indagações criativas e abordagens circulares, as pessoas percebem que não existe apenas uma forma de resolver o caso”.

⁵⁸⁹ Cf. Juliana Demarchi, “Técnicas de conciliação e mediação”, ob. cit, 2007, p. 56-57.

agravado⁵⁹⁰. Pessoas físicas ou jurídicas insatisfeitas com a situação podem ser estimuladas a superá-la, na medida em que são instigadas a perceber as possibilidades de relações e arranjos mais satisfatórios. Nesse sentido, qualquer mudança de postura será mais sólida se exercida com adesão e voluntariamente pelo estímulo acertado⁵⁹¹.

A adesão das partes em consonância com a confidencialidade do método favorece o compartilhamento de informações entre as partes, além daquelas comuns ou manifestadas, relacionadas às questões subjacentes envolvidas no conflito e, com isso, estimula uma significativa definição da controvérsia. Também permite que cada parte se beneficie do conhecimento da parte adversa e, assim, possam encarar os entraves com maiores recursos cognitivos. Ademais, a comunicação aberta favorece imensamente a resolução de conflitos contingentes, deslocados, mal atribuídos ou falsos, que comumente decorrem de interpretações ou percepções equivocadas⁵⁹².

Por outro lado, a conciliação judicial pode levar à antecipação das provas ainda não produzidas pelas partes, sendo empregada como forma de tomar contato com o que de fato a parte adversa possui de base para um julgamento favorável. Esse fato pode ser considerado negativo, se utilizado com má-fé, mas é preciso ressaltar que a parte não tem a obrigação de antecipar sua prova – podendo adotar uma abordagem apenas hipotética nas considerações relacionadas às provas. De fato, a conciliação utilizada antes da fase probatória pode vir cercada de blefes e ameaças pelas partes, cumprindo ao conciliador buscar a minimização dessas distorções e a crescente confiança das partes no método, a fim de que passem a trabalhar numa resolução colaborativa do conflito pela maximização de ganhos mútuos.

⁵⁹⁰ Segundo Morton Deutsch, “A resolução do conflito: processos e destrutivos”, ob. cit., 2004, p. 62, “Idéias são importantes para a resolução criativa de um conflito, e quaisquer fatores que alargam a amplitude de idéias e alternativas cognitivamente disponíveis aos participantes em um conflito serão úteis”.

⁵⁹¹ Para Roberto Portugal Bacellar, in *Juizados Especiais*, ob. cit., 2003, p. 201, “Uma indagação interessante e que algumas vezes pode conduzir as partes a tal percepção é a seguinte: Qual seria outra forma de resolver esse impasse? Qual a sugestão que vocês dariam para acabar definitivamente com esse conflito? O que os senhores aceitariam diverso disso que está sendo oferecido para pôr fim ao problema? Algumas vezes a solução está próxima, mas os interessados não conseguem identificá-la sozinhos. A abordagem fará brotar novas idéias, sugestões e propostas bem interessantes para resolver o impasse”.

⁵⁹² Segundo Haim Gruspin, *Mediação familiar: o mediador e a separação de casais com filhos*, ob. cit., 2000, p. 21, “Os conflitos de informação resultam de dificuldades na comunicação, com desacordos sobre o que é relevante e com interpretação diferente entre as partes sobre as informações ou por avaliação competitiva nessas informações”.

As partes podem ainda depositar grande expectativa na produção de provas, sejam testemunhais ou periciais. É o caso, por exemplo, de um conflito decorrente da imploração de um prédio por parte de uma construtora, que quer aproveitar o terreno para realizar uma grande obra, fato que resultou no abalo da estrutura do imóvel vizinho. Enquanto a construtora alega que o abalo foi mínimo, o vizinho alega que o imóvel está inteiramente comprometido e que, além disso, trata-se de uma casa construída pelos seus bisavôs, havendo relevante fator emocional envolvido. Ora, a expectativa de ambos é que a perícia seja favorável aos seus argumentos, com relação direta aos valores envolvidos nas negociações. Mais uma vez, deve aqui o conciliador motivar as partes a trabalhar numa resolução colaborativa do conflito visando a maximização dos ganhos mútuos, ressaltando as vantagens e desvantagens dos argumentos apresentados, com criatividade nas proposições. Se não houver adesão das partes para a construção do consenso, porém, o melhor caminho será a produção probatória e, em seguida, nova tentativa de conciliação.

Também nesse sentido são realizadas as conciliações nos conflitos decorrentes do seguro de danos pessoais causados por veículos automotores de via terrestre – DPVAT, pois somente após a perícia fica a seguradora autorizada a efetuar o pagamento das indenizações⁵⁹³. É claro que, se a tomada de uma decisão depender de conhecimento específico, é mais prudente que o conciliador interrompa a sessão para que as partes busquem esse conhecimento⁵⁹⁴, dando-se continuidade à conciliação em seguida.

É certo que, mais bem compreendidos os fatos relacionados ao conflito, a partir de informações úteis e específicas, a resolução será mais seguramente entabulada, propiciando um desfecho confiável e com maior assunção de responsabilidade pelas partes. Note-se que a prova não é endereçada somente ao juiz, mas também às partes.

⁵⁹³ Sobre o mutirão realizado de 21 a 25 de agosto de 2011, no Setor de Conciliação do Foro Central da Comarca da Capital de São Paulo, v. informação disponível em <<http://www.tj.sp.gov.br/Noticias/Noticia.aspx?Id=9779>>, acessado em 13.10.2011. Segundo noticiado, o projeto-piloto surgiu após representantes da Seguradora Líder, administradora dos Seguros de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Via Terrestre – DPVAT, manifestarem à juíza Mariella Ferraz de Arruda Pollice Nogueira, coordenadora do setor, interesse em realizar o mutirão, sobretudo agilizando as perícias, realizadas no dia da conciliação, com a possibilidade de acompanhamento dos advogados e assistentes técnicos, bem como esclarecimentos periciais. Os requerentes foram intimados a comparecer à perícia, realizada antes da audiência designada. Em seguida, o laudo era elaborado, anexado ao processo e levado à audiência. Não havendo acordo, a perícia é aproveitada no processo, que segue para julgamento.

⁵⁹⁴ Cf. Lia Regina Castaldi Sampaio e Adolfo Braga Neto, *O que é mediação de conflitos?*, ob. cit., 2007, p. 84.

Por isso, é recomendável que, em alguns casos, as partes sejam incentivadas a buscar os especialistas aptos a realizar as considerações necessárias, promovendo consultorias, estudos técnicos ou perícias.

Por fim, é preciso mencionar que, mesmo considerando o caráter híbrido dos conflitos e a necessidade de diversas técnicas específicas ao tratamento de acordo com o caso concreto, algumas técnicas ficam além da conciliação. São aquelas que se encontram no outro extremo dessa classificação e se direcionam a uma mudança de segunda ordem⁵⁹⁵, próprias para tratar conflitos que encontram na sua base um grave entrave relacional ou emocional. São técnicas afetas à mediação transformativa ou à mediação circular narrativa.

Nesse sentido, Carlos Eduardo de Vasconcelos menciona que “o modelo transformativo, diferentemente do circular-narrativo – que se baseia na ideia da desestabilização ou desconstrução das narrativas iniciais – tem como meta a superação das posições iniciais dos mediandos e o respectivo padrão relacional, mediante a capacitação e autoafirmação dos mediandos. Assim, as escutas e perguntas de esclarecimento ou de contextualização estão voltadas para o “empoderamento” e não, diretamente, para a desestabilização. Nessa perspectiva, o protagonismo dos mediandos vai-se ampliando à medida que vai sendo reconstruída a sua autoestima. (...) O problema relacional e o problema material são considerados em seu conjunto, mas sujeitos a abordagens distintas, com prioridade para a superação dos bloqueios emocionais que estejam a comprometer a comunicação”.

Como já dito, mesmo havendo a necessidade de enfocar algum aspecto relacional ou emocional, em uma conciliação, não é possível utilizar técnicas voltadas à mediação transformativa, notadamente empoderamento e reconhecimento, bem como à mediação circular-narrativa, notadamente desconstrução e desestabilização.

Isso se explica por serem técnicas que demandam profissionais gabaritados para o desenvolvimento da atividade⁵⁹⁶ e suas aplicações devem ser feitas em conflitos cuja

⁵⁹⁵ Cf. Item 2.1.3., do Capítulo 2, Parte I.

⁵⁹⁶ De forma pioneira, é possível mencionar a aplicação dessas técnicas no Judiciário pelas mediações realizadas no Projeto Íntegra – projeto piloto para a instalação de núcleos de mediação interdisciplinar em

extensão do relacionamento entre as partes ou o desdobramento emocional sejam maiores⁵⁹⁷.

5.2.3. TÉCNICAS E ETAPAS DA CONCILIAÇÃO

Com toda a certeza, a conciliação reflete a condução do conflito pela aplicação de um conjunto de técnicas capaz de fornecer nova perspectiva da situação conflitiva, afastando a controvérsia jurídica para chegar ao conflito verídico, permitindo, pela comunicação entre as partes, desenvolver novos paradigmas para resolução do conflito.

Considerar que a conciliação é o meio mais adequado à resolução dos conflitos objetivos não significa limitar o método apenas às relações eventuais de caráter meramente circunstancial⁵⁹⁸, mas também excluir as relações cujo envolvimento emocional não seja relevante ao enquadramento da tipologia do conflito. Ainda que exista uma relação anterior entre as partes, não há justificativa para aprofundá-la ou tratar as emoções dela decorrentes. Nesses casos, as tratativas devem ater-se mais às razões do entrave do que ao relacionamento interpessoal ou as emoções dele decorrentes, pois, mesmo que tais desdobramentos existam, são irrelevantes para o deslinde da questão.

crimes processados pela Lei nº 9.099/1995, em conflitos de gênero e família, capacitação e supervisão técnica, atendimento ao público e pesquisa da metodologia aplicada no Foro Regional de Santana na Comarca de São Paulo - SP, tendo como coordenadora técnica Célia Regina Zapparolli e coordenação de pesquisa Antônio Rodrigues de Freitas Jr. Nesse sentido, v. “Formulário para encaminhamento de projeto”, in *Revista do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 1, nº 2, jul.-dez. 2006, p. 255-298

⁵⁹⁷ Destacando esse reflexo emocional dos conflitos, Alexandre Araújo Costa, “Cartografia dos métodos de composição de conflitos”, ob. cit., 2004, p. 168, menciona que “Não existe apenas o que poderíamos chamar de um comprometimento positivo (voltado à satisfação da parte), mas também há um comprometimento que poderíamos qualificar como negativo, pois ele é voltado para dificultar a satisfação, ou mesmo causar sofrimento, ao outro. Por exemplo, talvez as dificuldades de convivência entre Capitu e Bentinho poderiam ter degenerado para um rancor tão grande que um estivesse comprometido com causar sofrimento ao outro. Assim, o comprometimento emocional pode fazer tanto que uma pessoa atue de forma colaborativa ou cooperativa, quanto de forma que não é apenas adversarial, mas destrutiva, na medida em que uma das partes busca impedir que o outro alcance seus interesses. De um modo ou de outro, o comprometimento insere no conflito uma dimensão afetiva que é deixada de lado por um modelo descritivo meramente estratégico, pois a felicidade ou o sofrimento do outro não é indiferente para as partes em conflito”.

⁵⁹⁸ Neste sentido, Juliana Demarchi, “Técnicas de conciliação e mediação”, ob. cit., 2007, p. 54, “A conciliação é a técnica não adversarial mais adequada à resolução de conflitos, como os que surgem em decorrência de acidentes de trânsito, por exemplo. As partes não se conheciam anteriormente e o único vínculo existente entre elas é a necessidade de reparação dos danos causados. Trata-se de relacionamento meramente circunstancial”.

Por isso, a institucionalização dos meios consensuais deve priorizar a realização das atividades voltadas (i) à correta entabulação do conflito, verificando quais são seus desdobramentos e suas relações relevantes para o deslinde, e (ii) ao respectivo tratamento adequado, com aplicação das técnicas pertinentes. É imprescindível a verificação do conflito, em um momento inicial, para posteriormente aplicar as técnicas em consonância com a tipologia do conflito.

Especificamente com relação à conciliação, o tratamento será mais breve⁵⁹⁹ – o que não significa que será menos efetivo, porque as ramificações do conflito são mais estreitas, permitindo uma abordagem mais concisa. Todavia, os conflitos são decorrentes de interações complexas, nem sempre solucionados pela exclusiva aplicação de técnicas negociais. Nesse sentido, a conciliação deve-se valer das técnicas utilizadas para a investigação do conflito e reflexão das partes – muito estruturadas nos cursos de mediação –, bem como das técnicas efetivamente voltadas à construção do consenso. As técnicas podem ser destacadas conforme as fases da conciliação: a abertura, a investigação do conflito, a invenção de soluções construtivas e integrativas (momento criativo), a escolha das opções concretamente (momento crítico); avaliação das escolhas e reflexão sobre os imprevistos, redação do termo, se concretizado o acordo, e, por fim, encerramento⁶⁰⁰.

Na abertura, o conciliador e as partes se apresentam. É o momento informativo do método⁶⁰¹. O conciliador deve apresentar-se e explicar às pessoas o procedimento, seus

⁵⁹⁹ Em regra, as técnicas utilizadas em um conflito familiar, por exemplo, precisam de uma abordagem mais profunda, por isso o profissional deve ter maior preparado e o método requer mais dedicação e tempo para a pacificação do conflito. É preciso esclarecer a relação intersubjetiva, para após estruturar o conflito.

⁶⁰⁰ Adolfo Braga Neto, “Reflexões sobre a conciliação e a mediação de conflitos”, ob. cit., 2009, p. 492, destaca de forma mais sucinta as fases da conciliação, afirmando que “A conciliação, como um método, mesmo consistindo em uma única audiência em um processo judicial, recomenda-se que seja desenvolvida por momentos lógicos, a seguir elencados, que promovam a reflexão entre as partes e seus respectivos advogados, caso estejam presentes da seguinte maneira: (1) Apresentação; (2) Esclarecimentos; (3) Criação de Opções; (4) Acordo”. O autor enfoca ainda oito etapas da mediação, ob. cit., p. 497, “a serem percorridas de maneira conjunta entre todos na seguinte sequência lógica: (1) Pré-mediação; (2) Abertura; (3) Investigação; (4) Agenda; (5) Criação de Opções; (6) Avaliação das Opções; (7) Escolha das Opções; e a (8) Solução”. No entanto, vale frisar que tais etapas se coadunam com uma mediação facilitativa, mas não com uma mediação transformativa ou ainda circular-narrativa, pois estas requerem mais etapas, principalmente pela aplicação de técnicas específicas que focam o tratamento da relação existente.

⁶⁰¹ Nesse sentido, Juliana Demarchi, “Técnicas de conciliação e mediação”, ob. cit., 2007, p. 55, “O primeiro ato do conciliador para com as partes deve ser a explicação sobre o procedimento que será observado, esclarecendo-as sobre os objetivos da conciliação, suas regras e as implicações da celebração, ou não, do acordo. Para isso, deve o conciliador, no início da sessão, apresentar-se, cumprimentar as

objetivos e suas limitações, além de estabelecer as regras de comunicação, de forma a propiciar o diálogo, ficando disponível para esclarecer eventuais dúvidas. É esse o momento ideal para o conciliador aclarar os limites da atividade exercida. Logo, deve esclarecer que não realiza assessoramento legal nem perícias, nem tampouco dá sua opinião sobre o conflito. Deve ainda salientar o sigilo das tratativas e que as declarações feitas pelas partes e seus advogados não produzirão efeitos probatórios em eventual processo judicial. Esse é um momento crucial, em que se estabelece a empatia responsável pelo desdobramento da comunicação adequada⁶⁰².

A partir daí, o conciliador convida os participantes a falar sobre a relação existente e passa a empreender técnicas para investigar o conflito. O conciliador deve mapear a situação conflitiva. As primeiras perguntas podem ser denominadas perguntas de contato, pois devem deixar o interlocutor à vontade, criando um ambiente harmonioso e de confiança, estabelecendo um diálogo claro, em que as partes possam falar e ouvir, reciprocamente. Em seguida, incumbe ao conciliador fazer com que as partes deixem de lado sua visão particular e busquem uma formatação mais completa do conflito, mediante postura mais cooperativa. Isso deve ser feito por meio de perguntas que levem à reflexão e à valorização de pontos convergentes⁶⁰³.

O conciliador deve observar atentamente os discursos apresentados durante a fase dos esclarecimentos, buscando conhecer os fundamentos de fato e de direito apresentados pelas partes, bem como as interferências externas e relações subjacentes, alinhavando a

partes e seus advogados e explicar a todos os presentes que se trata de uma sessão de conciliação e que sua função é auxiliar as partes na busca de uma solução para o conflito. Desde o início, deve ainda o conciliador ressaltar que na sessão de conciliação as partes e seus advogados devem comunicar-se de forma organizada, evitando-se que todos falem ao mesmo tempo e evitando-se ainda alterações de ânimo e elevados tons de voz. Deve o conciliador deixar claro que as partes podem se manifestar diretamente e não apenas por meio de seus advogados”.

⁶⁰² Para André Gomma de Azevedo (organizador), *Manual de Mediação Judicial*, ob. cit., 2010, p. 129, *Rapport* é o estabelecimento de uma relação de confiança, mas foi inicialmente traduzido no Brasil como empatia. Para Christopher Moore, in *O processo de mediação*, ob. cit., 1998, p. 114, os minutos de uma sessão são os mais críticos para se estabelecer esse relacionamento de credibilidade pessoal e o mediador deve se apresentar como uma pessoa aberta, calorosa, inteligente e interessada.

⁶⁰³ Cf. Material de apoio aos conciliadores dos juizados especiais cíveis do Estado de São Paulo, disponível em <http://www.tj.sp.gov.br/Download/Conciliacao/Apostila_Juizados_Especiais_Civeis.pdf>, acessado em 10.11.2010, p. 14, “No processo de conciliação, o conciliador deve buscar apenas as informações que precisa para compreender quais são os pontos controvertidos, quais são os interesses das pessoas envolvidas e quais sentimentos precisam ser endereçados para que as questões possam ser resolvidas a contento. De igual forma, o conciliador deve ter cautela na formulação de perguntas. Em determinadas situações, ser direto ou indireto demais pode dar causa a uma desconfiança quanto à sua parcialidade ou mesmo competência na compreensão do problema”.

complexidade que circunda o caso, de modo a compreender os diversos aspectos que levaram as partes àquela conciliação⁶⁰⁴. Pela realização de perguntas abertas, o conciliador pode promover a reflexão das partes, estimulando-as a falar mais do que por monossílabos. Fornece, assim, mais informações sobre o conflito, expõe seus valores e seus entendimentos sobre a controvérsia.

O questionamento pode ser ativo ou passivo. No ativo, as perguntas podem ser investigadoras, comparativas, hipotéticas (ou fantasiosas), extensivas (ou de reforço), espelhadas (ou invertidas) e de controle. As perguntas investigadoras são próprias para aprofundar as informações obtidas, abandonando a abordagem superficial. Já as perguntas comparativas servem principalmente para a ordenação das ideias, considerando alterações temporais. As perguntas hipotéticas são bastante úteis para verificar a compreensão das partes sobre o conflito, bem como os valores e ideologias em que creem. As perguntas extensivas podem ser utilizadas para explicitar um objeto ou se algo não foi bem compreendido. As perguntas espelhadas reforçam e esclarecem pontos da conversação e, por fim, as perguntas de controle servem para interromper uma discussão ou uma conversa paralela impróprias, constituindo uma forma sutil de exercer a condução do método sem demonstrar autoritarismo ou arrogância.

As perguntas abertas se contrapõem às perguntas fechadas, que admitem respostas monossilábicas. Estas devem ser evitadas, pois a parte não fornece as informações necessárias para que o conciliador desenvolva o método de forma adequada. Contudo, não se confundem com as perguntas objetivas, que podem ser utilizadas de forma benéfica, principalmente para reforçar esclarecimentos pontuais.

Por outro lado, o questionamento passivo envolve as perguntas de associação, os comentários de apoio, a repetição de palavras-chave, as perguntas espelhadas e a pausa. A finalidade do questionamento passivo é estimular a compreensão, mostrando interesse, fortalecendo o entendimento do próprio conciliador e das partes mutuamente, dando espaço e tempo para a construção do consenso. Destaque merece a técnica

⁶⁰⁴ Segundo Roberto Portugal Bacellar, “O Poder Judiciário e o paradigma da guerra na solução dos conflitos”, ob. cit., 2011, p. 34, “Para a resolução global e integral de um conflito, mesmo que já apresentando em juízo, algumas vezes é indispensável trazer à tona todos os aspectos que o envolvem, independente da observância restrita das informações e dos dados deduzidos em uma petição inicial”.

da pergunta espelhada, que permite ampliar a resposta curta pela reformulação da própria resposta como pergunta.

No desenvolvimento dessas técnicas, o conciliador deve estar atento ao indagar, pois jamais pode ofender, constranger ou expor seus valores pessoais, o que impediria as partes de se expressarem claramente ou daria ensejo a um acordo sem o verdadeiro consenso. Nesse sentido, devem ser afastadas perguntas contraproducentes, indutivas, ambíguas, retóricas e discriminatórias. São perguntas extremamente prejudiciais à realização da comunicação que seja canal de entendimento entre as partes, bem como podem distorcer os fatos e inflamar os ânimos, rompendo o espírito cooperativo que é próprio do método.

O conciliador não deve esperar as respostas certas para construir o consenso; deve, sim, fazer as perguntas certas, a fim de alcançar o deslinde adequado. Vale reiterar a importância de o conciliador manter-se neutro e imparcial. Também podem ser utilizados estímulos não verbais, como expressões gestuais.

Especificamente sobre a invenção de soluções construtivas e integrativas é no momento criativo da sessão de conciliação que propostas devem ser feitas sem compromisso com qualquer fechamento, na tentativa de ampliar as opções existentes e abrir a resolução do conflito para outros enfoques. Só em momento posterior é que as partes devem se concentrar em valorar as opções sugeridas, já em um momento mais crítico da sessão. Mesmo nesse segundo momento, voltado à construção e à escolha de opções mais concretas e plausíveis, a criatividade será almejada e deve continuar orientando a discussão⁶⁰⁵.

⁶⁰⁵ Cf. Material de apoio aos conciliadores dos juizados especiais cíveis do Estado de São Paulo, ob. cit., p. 13, “O conciliador tentará fazer com que tais interesses saiam de um patamar divergente e se voltem para um convergente, para todas as partes envolvidas, e, desse modo, seja alcançada a melhor compreensão recíproca das partes, o aprendizado quanto a formas de melhor se dirimirem disputas e, como consequência, o acordo. O papel do conciliador é de facilitador e de filtro de informações. Por isso, deverá ele auxiliar as partes, esclarecendo, fazendo troca de papéis, resumindo o conflito, permitindo, desse modo, que as partes tenham uma visão mais ampla de todo o conflito e, por decorrência, dos interesses e das questões”.

Quanto maiores as sugestões e possibilidades, maiores as chances de as partes alcançarem ganhos mútuos. Nesse momento, o assessoramento legal pode ser importante⁶⁰⁶.

Vale mencionar ainda a possibilidade de sessões privadas ou individuais, apesar de não serem muito utilizadas nas sessões de conciliação. Trata-se de um recurso de que o conciliador pode valer-se, principalmente para incrementar a comunicação, que não encontrará outra forma de desenvolver-se eficientemente. São indicadas, por exemplo, quando é alto o grau de animosidade entre as partes ou uma delas tem extrema dificuldade em se comunicar⁶⁰⁷.

De outro lado, alcançado o consenso, cumpre realizar a avaliação das opções escolhidas. Bem assim, é pertinente um teste de realidade e alguma reflexão sobre razoáveis imprevistos, os quais constarão não só a sustentabilidade do acordo a ser entabulado, pela possibilidade de sua implementação, mas darão ao ajuste firmado a maior resistência possível⁶⁰⁸. Restará, em seguida, estabelecer os termos do acordo.

Vale esclarecer que a redação do termo, além de objetiva, precisa contemplar todos os compromissos assumidos naquele momento, evitando divergências na interpretação de suas cláusulas⁶⁰⁹. Frise-se que as partes não podem contrariar a legislação cogente⁶¹⁰. O

⁶⁰⁶ Cf. Juliana Demarchi, “Técnicas de conciliação e mediação”, ob. cit., 2007, p. 56, “É importante ressaltar que os advogados têm papel fundamental no desenvolvimento de uma tentativa de conciliação. Os advogados têm a missão de orientar juridicamente as partes e auxiliá-las na adequada compreensão dos interesses em debate e nas consequências de eventual acordo. (...) Além disso, cabe aos advogados informar às partes sobre as chances de êxito de eventual demanda judicial e os riscos envolvidos, avaliando também a tese sustentada pela parte adversa”.

⁶⁰⁷ Segundo André Gomma de Azevedo (organizador), *Manual de Mediação Judicial*, ob. cit., 2010, p. 113-114, “As sessões privadas ou individuais são um recurso que o mediador deve empregar, sobretudo, no caso de as partes não estarem se comunicando de modo eficiente. As sessões individuais são utilizadas em diversas hipóteses, tais como um elevado grau de animosidade entre as partes, uma dificuldade de uma ou outra parte de se comunicar ou expressar adequadamente seus interesses e as questões presentes no conflito, a percepção de que existem particularidades importantes do conflito que somente serão obtidas por meio de uma comunicação reservada, a necessidade de uma conversa com as partes acerca das suas expectativas quanto ao resultado de uma sentença judicial. Enfim, há diversas causas nas quais as sessões individuais se fazem recomendáveis”.

⁶⁰⁸ Cf. Francisco José Cahali, in *Curso de arbitragem*, ob. cit., 2011, p. 50, “Quando alcançado o acordo, deve ser feito o chamado “teste de realidade”, certificando-se o pacificador que os envolvidos tenham perfeita compreensão do resultado, objetivando o comprometimento com o seu cumprimento”.

⁶⁰⁹ Para Roberto Portugal Bacellar, in *Juizados Especiais*, ob. cit., 2003, p. 205, “Todo acordo deve atentar para a necessidade de conter requisitos legais mínimos como a capacidade das pessoas interessadas, objeto lícito e forma prevista ou não proibida em lei. Não é demais relembrar a necessidade de clareza e precisão a redação jurídica do acordo. Os de natureza patrimonial devem conter os valores, as formas e os locais de pagamento afim de que, descumpridos, possam ter força executiva como títulos líquidos, certos e exigíveis”.

acordo deve prestar-se a solucionar os problemas presentes e futuros, sendo retrospectivo e prospectivo, podendo versar sobre questões ausentes na demanda judicializada e evitar assim novas ações. Nesse ponto, fica evidente o caráter preventivo da utilização da conciliação. O conciliador deve promover o acordo com base nos questionamentos formulados, mas deve enaltecer que se trata de um ato legítimo da vontade das partes, para que os efeitos e compromissos assumidos sejam efetivamente cumpridos⁶¹¹.

Por fim, caso o acordo não seja realizado, sendo a conciliação judicial, as partes devem ser informadas de que o processo terá o seu curso, conforme a fase em que se encontra. De outro lado, se a conciliação for extrajudicial, o conciliador deve ressaltar que as partes podem ingressar com as medidas judiciais que entenderem cabíveis. Nesse ponto, vale reiterar a importância de as partes sentirem que o Poder Judiciário é uma garantia da resolução do conflito e não uma ameaça, na hipótese de não celebrar-se o acordo.

O conciliador deve ainda frisar que as partes podem retomar as negociações a qualquer momento, buscando soluções consensuadas para o conflito⁶¹².

5.3. OS SUJEITOS DA CONCILIAÇÃO

Na conciliação enfocada neste trabalho, são quatro os principais sujeitos: requerente, requerido, conciliador e juiz. Requerente e requerido porque, em regra, estão nos polos contrastantes da relação jurídica que será objeto da conciliação⁶¹³. São os sujeitos parciais. Já conciliador e juiz atuam como representantes do Estado e ambos têm a

⁶¹⁰ Cf. Item 4.4., do Capítulo 4, Parte II.

⁶¹¹ O conciliador é um novo profissional e o exercício de suas atividades agrega elementos de outras profissões sem com elas se confundir. Nesse sentido, Fernanda Tartuce *in Mediação nos conflitos civis*, ob. cit., 2008, p. 233, apresenta o mediador que “deve representar um novo profissional. Não pode agir estritamente como advogado, porque a hipótese não é de mera subsunção dos fatos às normas e também porque não pode ser parcial em sua atuação. Não pode agir como psicólogo porque a escuta não tem finalidade propriamente terapêutica, e, sim, didática. Não pode agir simplesmente como um médico que ouve e delimita um diagnóstico porque são as partes que definirão os contornos da controvérsia e as saídas para o impasse. Assim, o mediador fica em uma posição incômoda por não se encaixar no modelo de nenhuma das profissões existentes”.

⁶¹² Cf. Roberto Portugal Bacellar, *in Juizados Especiais*, ob. cit., 2003, p. 203, “Na percepção de que ainda há dúvidas a serem esclarecidas e mediadas, é preferível suspender a sessão a fechar um acordo prematuro”.

⁶¹³ A utilização dos termos “requerente” e “requerido” deve-se ao fato de que o método poderá ser aplicado em diversas ações e/ou fases processuais.

missão de pacificar o conflito com Justiça. São os sujeitos imparciais, representando o interesse coletivo orientado para a justa resolução do conflito⁶¹⁴.

Há uma antiga controvérsia sobre as teorias angular ou triangular, referente à relação dos sujeitos processuais. Sobre a teoria triangular, afirma a doutrina que há posições jurídicas processuais que interligam requerente e Estado-juiz, requerido e Estado-juiz, bem como requerente e requerido⁶¹⁵. Outra parcela da doutrina, porém, optou por uma configuração angular da relação processual, afirmando que as posições jurídicas processuais ligam requerente e Estado-juiz e, de outro lado, Estado-juiz e requerido, negando que haja contato direto entre requerente e requerido⁶¹⁶. Apesar da predominância na doutrina brasileira da ideia da figura triangular, essa antiga controvérsia não se aplica à conciliação, pois as partes não guardam subserviência nem ao Estado-juiz nem ao conciliador. Ao contrário, elas são as próprias protagonistas da resolução do conflito e não se verifica hierarquia alguma na relação estabelecida, pois todos devem atuar em colaboração para resolução do conflito.

É preciso ressaltar, porém, a necessidade de alguns pressupostos processuais ligados aos principais sujeitos da conciliação⁶¹⁷, a fim de que o consenso, se vier a ser atingido, possa ser homologado judicialmente – o que atinge também o setor pré-processual. Segundo Roque Komatsu, “as formas processuais estão ligadas à necessidade de ordem, certeza e eficiência do procedimento, representando uma garantia do processo e de

⁶¹⁴ Em regra, essa distinção dos sujeitos processuais não apresenta o conciliador, cf. Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, *in Teoria geral do processo*, ob. cit., 2010, p. 310. Entretanto, com o novo sistema de Justiça sedimentado pela Resolução n. 125, o terceiro neutro, cada vez mais, deverá ser visto como um dos sujeitos imparciais da relação.

⁶¹⁵ Corrobora essa assertiva, Vicente Greco Filho, *in Direito processual civil brasileiro*, ob. cit., 2000, p. 56-57, ao afirmar que “No direito processual brasileiro da atualidade, domina entre os principais doutrinadores o entendimento de que a relação jurídica processual é triangular, em virtude de contatos diretos entre as partes, como, por exemplo, o acordo para a suspensão do processo ou a própria conciliação”.

⁶¹⁶ Para Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, *in Teoria geral do processo*, ob. cit., 2010, p. 311, não há grande interesse, nem prático nem teórico, em tal discussão. Todavia, os autores se posicionam no seguinte sentido: “O importante, e isso é pacífico, é que a relação jurídica processual tem uma *configuração triplíce* (Estado, autor e réu). A propósito, já se disse também que ela é uma figura meramente linear, caracterizando apenas relações entre autor e réu (sem menção ao Estado-juiz). Essa teoria, sim, e inaceitável, pois despreza a autoridade do juiz, que exerce no processo o poder jurisdicional, e, afinal de contas, ela está a trair uma concepção privatista da ação, como direito voltado contra o adversário”.

⁶¹⁷ Para Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, *in Código de Processo Civil Comentado*, ob. cit., 2006, p. 435, “Ausente algum ou alguns deles, o processo não se encontra regular, de sorte que se impõe a sanção da irregularidade”.

respeito aos direitos das partes”⁶¹⁸. São filtros para reter conciliações inviáveis do ponto de vista formal e material, com a finalidade de evitar espécimes defeituosas pelo desenvolvimento da atividade consensual, a partir de garantias mínimas.

Primeiro, deve ser enfatizada a legitimidade do conciliador e do juiz, a partir da qual cumpre verificar a investidura, a competência e a imparcialidade, aplicando os mesmos casos de impedimento e suspeição para ambos⁶¹⁹. Segundo, sobre as partes, cumpre verificar a capacidade de ser parte, a capacidade de estar na conciliação e a capacidade postulatória, essa última especificamente quando a conciliação for processual. São requisitos imprescindíveis para a homologação regular do acordo entabulado na sessão de conciliação, que resultará em título executivo judicial. É preciso mencionar que o reconhecimento de pressupostos subjetivos ligados à conciliação, mesmo com a possibilidade de flexibilização⁶²⁰, apresenta um mínimo de garantias tanto para as partes quanto para a sociedade.

Além dos principais sujeitos, existem outros cuja participação tem grande impacto na conciliação judicial e cuja interlocução potencializará os benefícios dos meios consensuais no Judiciário⁶²¹. São os advogados, os promotores e os auxiliares da justiça.

Importa analisar cada sujeito para melhor compreender as balizas subjetivas da conciliação no Judiciário e a dinâmica estabelecida entre eles, com vistas à aferição da efetividade jurisdicional⁶²².

⁶¹⁸ Segundo Roque Komatsu, in *Da invalidade do processo civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991, p. 129.

⁶¹⁹ Cf. art. 5º do Anexo III da Resolução nº 125 do CNJ.

⁶²⁰ José Carlos Barbosa Moreira, “Sobre pressupostos processuais”, in *Temas de Direito Processual*, Quarta Série, São Paulo, Saraiva, 1989, p. 87, corrobora tal assertiva, ao afirmar que “A verdade é que não se afigura fácil construir, nesta matéria (pressupostos processuais), esquema logicamente rígido, de perfeita coerência. No compreensível afã de “salvar” atos processuais, para evitar, tanto quanto possível, o desperdício da atividade jurisdicional, atenua a lei a gravidade de sanções, recusando-se a extrair de teorias arquitetonicamente sedutoras corolários menos convenientes do ponto de vista prático. Os sistemas doutrinários têm de levar em conta esse dado e renunciar, por mais que lhes custe, a uma pureza de linhas que não encontra apoio na realidade normativa”.

⁶²¹ Nesse sentido, foi a palestra do Desembargador José Carlos Ferreira Alves, sobre a Política Pública de Tratamento Adequado de Conflitos, proferida em 1.07.2011, na Escola Paulista da Magistratura – EPM, em São Paulo, informação disponível em <<http://www.tj.sp.gov.br/Noticias/Noticia.aspx?Id=10942>>, acessado em 25.08.2011.

⁶²² Não resta dúvida, porém, das mudanças necessárias aos operadores do Direito. Nesse sentido, André Gomma de Azevedo, “Desafios de acesso à Justiça ante o fortalecimento da autocomposição como política pública nacional”, ob. cit., 2011, p. 17, afirma que “As perspectivas metodológicas da administração da justiça refletem uma crescente tendência de se observar o operador do Direito como um pacificador – mesmo em processos heterocompositivos, pois começa a existir a preocupação com o meio

5.3.1. O CONCILIADOR

O conciliador é a pessoa nomeada para exercer a função pública de auxiliar as partes na resolução do conflito⁶²³. No exercício dessa importante atividade, deve comportar-se de modo imparcial e neutro, ressaltando para as partes que suas atribuições não envolvem o julgamento de nenhuma das questões apresentadas, mas apenas ajudam a compreendê-las e às perspectivas apresentadas, na busca de interesses e necessidades subjacentes⁶²⁴.

Compete ao conciliador propiciar um ambiente de confiança e empatia, capaz de reduzir as adversidades e possibilitar uma postura colaborativa entre as partes, estimulando a comunicação e favorecendo o avanço das discussões para a resolução do conflito. O estímulo à comunicação pela criação de canais eficientes de diálogo é uma das principais tarefas do conciliador, garantindo a fala de todos os envolvidos, com o equilíbrio da participação dos envolvidos e reforço constante na credibilidade do método⁶²⁵.

É possível que dois ou mais conciliadores conduzam o método. Entre os motivos para o exercício conjunto de conciliadores, observe-se que habilidades e experiências diversas, bem canalizadas, podem ser benéficas ao cumprimento do propósito da conciliação. Ademais, é salutar o desenvolvimento de conciliadores com perfis culturais ou gêneros distintos, de modo que as partes sintam menor probabilidade de parcialidade e interpretações tendenciosas, como também favorece o treinamento de conciliadores aprendizes, supervisionados por outros mais experientes⁶²⁶.

O conciliador deve enfatizar a confidencialidade do método, já que o que lhe for dito não poderá ser compartilhado com terceiros, exceto com o supervisor do programa de

mais eficiente de compor certa disputa na medida em que esta escolha passa a refletir a própria efetividade do sistema de resolução de conflitos”.

⁶²³ Para Petrônio Calmon, in *Fundamentos da mediação e da conciliação*, ob. cit., 2007, p. 150, “O conciliador não é órgão jurisdicional nem exerce jurisdição. É auxiliar da Justiça e vale como multiplicador da capacidade de trabalho do juiz, como agente catalisador na busca de reações proveitosas entre pessoas e conflitos”.

⁶²⁴ Cf. André Gomma Azevedo (organizador), in *Manual de Mediação Judicial*, ob. cit., 2010, p. 45.

⁶²⁵ Nesse sentido, Juliana Demarchi, in *Mediação – Proposta de implementação no processo civil brasileiro*, ob. cit., 2007, p. 142

⁶²⁶ Cf. André Gomma Azevedo (organizador), in *Manual de Mediação Judicial*, ob. cit. 2010, p. 47.

conciliação para eventualmente elucidar questões de procedimento, nos termos da Resolução nº 125 do CNJ⁶²⁷. Observa-se que, uma vez adotada a confidencialidade, o conciliador não poderá mencionar o conteúdo das discussões, pelo sigilo decorrente do exercício da sua função. Desse modo, as partes poderão falar abertamente sobre os fatos e suas expectativas, livres de toda preocupação com eventuais prejuízos decorrentes da utilização maliciosa do método pela parte adversa.

O conciliador deve indicar a confidencialidade às partes⁶²⁸ e, uma vez aceita, essa orientação deverá ser rigorosamente seguida, sob pena de responsabilização civil e criminal⁶²⁹. Desse modo, os programas de conciliação judicial devem garantir aos usuários um ambiente seguro para livre discussão, garantindo que não haverá prejuízos futuros em eventuais demandas a serem desenvolvidas caso não haja composição.

O conciliador é um terceiro que auxilia as partes na resolução do conflito, a partir de uma abordagem construtiva e buscando soluções integrativas. Deve atuar com imparcialidade, compreendendo a realidade das partes sem que nenhum dos seus valores pessoais interfira. Não deve mostrar-se favorável a qualquer das partes. Ao conciliador não incumbe julgar os interesses e as propostas das partes, nem privilegiar uma delas em detrimento da outra. O papel do conciliador é ajudar a comunicação das partes, evitando a emissão de opiniões pessoais sobre os assuntos por elas tratados⁶³⁰.

⁶²⁷ Dispõe o §1º, do art. 1º, do Anexo III, da Resolução 125 do CNJ que: “Confidencialidade – Dever de manter sigilo sobre todas as informações obtidas na sessão, salvo autorização expressa das partes, violação à ordem pública ou às leis vigentes, não podendo ser testemunha do caso, nem atuar como advogado dos envolvidos, em qualquer hipótese”.

⁶²⁸ Para Lia Regina Castaldi Sampaio e Adolfo Braga Neto, *O que é mediação de conflitos?*, ob. cit., 2007, p. 29., p. 86, “Confidencialidade significa que fatos, situações, documentos, informações e propostas, expostos durante a mediação, sejam mantidos sob o necessário sigilo; atitude semelhante devem manter, obrigatoriamente, aqueles que participaram do processo, em relação a todo o conteúdo a ele referente, não podendo ser, eventualmente, chamados para testemunhar em situações ou em processos futuros, respeitando o princípio da autonomia da vontade das partes, nos termos por elas convencionados, desde que a ordem pública não esteja sendo contrariada”.

⁶²⁹ Ressalte-se que o art. 154 do Código Penal dispõe expressamente sobre tal conduta. Igualmente, o art. 229 do Código Civil, o art. 207 do Código de Processo Penal e o art. 406 do Código de Processo Civil proporcionam proteção legislativa para que o conciliador não tenha que prestar testemunho em juízo sobre os debates ocorridos na sessão de conciliação.

⁶³⁰ É inevitável que o conciliador não seja tocado pelas conciliações, mas deve se esforçar ao máximo para impedir a influência das partes por seus valores. Nesse sentido, vale mencionar as palavras de Bernard Mayer, *The dynamics of conflict resolution*, ob. cit., 2000, p. 248, “My experience as a conflict resolver has helped me grow as an individual, and it has helped me reconcile my values about human relations and social change. I have felt fortunate to be working in an area that is interesting, challenging, satisfying and innovative. More important, I have cherished the opportunity to work in a field that contributes to making the world a better place at the same time as it helps individuals with their immediate struggles”.

Já a neutralidade refere-se à equidistância das partes, mas sem impedir que o conciliador mantenha o equilíbrio entre elas⁶³¹. Assim, caso uma parte esteja falando em demasia, cabe a ele fazer as intervenções necessárias para que a outra também exponha seus pontos de vista.

Como já dito, o conciliador também está submetido às regras de impedimento e suspeição aplicáveis aos serventuários da justiça, nos termos dos arts. 134, 135 e 138, II, do Código de Processo Civil, como reflexo da imparcialidade e neutralidade do conciliador. Deve o conciliador abster-se de atuar em processos nos quais alguma das partes com ele mantiver vínculo de amizade, inimizade, parentesco ou tiver interesse de alguma espécie no deslinde da causa, se houver aconselhado uma das partes sobre o caso, se for credor ou devedor de alguma das partes e nas demais hipóteses legais. Acresça-se ainda que o código de ética apresentado pela Resolução nº 125 do CNJ estabelece regramento mínimo a ser observado pelos conciliadores e mediadores, condicionando-os a uma intervenção com qualidade minimamente assegurada.

Não incumbe ao conciliador orientar as partes, pois esta é a função do advogado. O conciliador não deve sugerir ou tentar convencer a parte a aceitar determinada proposta de acordo com a lei. Deve, ao invés, indagar à parte se determinada proposta seria adequada, para atender a seus interesses, e justa, de acordo com seus valores⁶³². Mais

⁶³¹ Cf. Lia Regina Castaldi Sampaio e Adolfo Braga Neto, *O que é mediação de conflitos?*, ob. cit., 2007, p. 87, “Dada a razão humana, não existe neutralidade, uma vez que o questionamento do mediador é feito com base em sua perspectiva pessoal a respeito de sua realidade. Em outras palavras, com base em sua visão de mundo, baseado em seus paradigmas, ilusórios, preconceitos, interesses e necessidades. Esse questionamento não deve, no entanto, expressar ou leituras que possam direcionar as partes para determinadas soluções. É preciso que se cuide ativa e continuamente da manutenção de um estado de imparcialidade, bem como da equidistância objetiva e subjetiva e não tomando partido com relação aos temas e às partes que estão sendo mediadas”.

⁶³² Para Lawrence Susskind, Jeffrey Cruikshank e Yann Duzert, *in Quando a maioria não basta*, ob. cit., 2008, p. 41, “A meta de um processo de construção de consenso é fazer com que as pessoas sejam muito claras sobre os motivos pelos quais gostam ou não de uma proposta. Aqui, mais uma vez, um facilitador profissional justifica seu salário. Ele pergunta aos que fizeram objeções que mudanças específicas eles exigem para que a proposta fique aceitável para eles (isto é, para eles do que nenhum acordo). Mas ele pode fazer perguntas além disso para esclarecer melhor ainda qual é a situação. Por exemplo:”como é possível que entre todas as pessoas que estão em volta da mesa você seja a única que não goste dessa proposta? O que é que o grupo não entendeu em relação aos seus interesses?”. O objetivo não é forçar as pessoas a se justificarem. Aliás, é exatamente o oposto. Diferentemente da regra da maioria, a ideia de todo processo de construção de consenso – e com certeza de sua fase decisiva – é estabelecer uma comunicação e uma relação positiva entre as partes. No entanto, as pessoas precisam estar dispostas a dizer o que têm em mente, mesmo que não seja bem aceito pelo resto do grupo. E o grupo maior tem que

uma vez, cumpre frisar que uma abordagem avaliativa não deve atrelar-se à conciliação realizada no Judiciário, a ser definitivamente afastada das sessões⁶³³.

Ao realizar sua função, o conciliador se destaca da sua profissão originária e atua numa área exclusiva, especificamente relacionada ao tratamento dos conflitos. Ele não aponta as melhores saídas jurídicas, como faria um advogado. Também não decide, como o juiz ou explora os conflitos intrapsíquicos, como o psicólogo. Move-se, sem dúvida, numa nova área de atuação, inclusive que requer formação específica, cujas disciplinas versam sobre a tipologia dos conflitos e as diversas formas de resolução, além da abordagem sobre temas como interdisciplinaridade, teoria geral de sistemas e pensamento complexo⁶³⁴. O conciliador deve exercer a função de facilitador da comunicação, favorecendo a resolução do conflito pela investigação de suas razões, ampliando os recursos possíveis e servindo de agente de realidade.

Para melhor desenvolver suas atividades, ao conciliador é garantida uma atuação independente e autônoma. A função deve ser desempenhada com liberdade, sem pressões internas ou externas, sendo permitida inclusive a recusa, a suspensão ou a interrupção da sessão se ausentes as condições necessárias ao seu bom desenvolvimento. Tampouco, há obrigação de chegar ao acordo⁶³⁵.

estar mesmo disposto a ouvir e a atender aos interesses da parte insatisfeita – geralmente propondo alguma modificação que a trará à mesa”.

⁶³³ Cf. Item 3.2., do Capítulo 3, Parte II.

⁶³⁴ No prefácio de Jean-François Six, in *Dinâmica de mediação*, ob. cit., 2001, p. x-xi, Antonio Cezar Peluso faz considerações a função do mediador, mas que certamente se aplicam ao conciliador: “Ainda quando o conflito tenha evidentes reflexos jurídicos, ou deva conduzir a soluções que se traduzam em termos jurídicos, a mediação não pode ser tarefa reservada a profissionais do direito, qualquer que seja o papel que exerçam como se a dinâmica de sua estratégia obedecesse, em todos os casos, à prevalência ou à consideração dos possíveis aspectos jurídicos que permeiam as situações conflitivas. (...) Os mediadores não são juízes, advogados, auxiliares da Justiça nem psicólogos, mas pessoas competentes na arte da política (convidam à cidadania) de superar a lógica da não-contradição e de inspirar a descoberta de alternativas entre o certo e o errado, entre o justo e o injusto, entre esta e aquela solução predefinida”.

⁶³⁵ Para Juliana Demarchi, in *Mediação – Proposta de implementação no processo civil brasileiro*, ob. cit., 2007, p. 143, “Embora o mediador não deva apresentar uma solução pronta e advogar a sua aceitação pelas partes, pode lembrar às partes os interesses e desejos que foram manifestados ao longo dos trabalhos, estimulando as partes a refletirem e trabalharem a partir dessas opções. A atuação facilitativa do mediador muitas vezes é vista como uma conduta passiva, em contraposição à atuação avaliativa, considerada mais ativa. O que deve ser esclarecido, fundamentalmente, é a diferença entre ajudar a formular opções de forma didática e não impositiva, como ocorre na mediação facilitativa, e a apresentação de uma avaliação ou resultado provável que se pretenda estabelecer como conteúdo do acordo das partes”.

Diversas características do conciliador são desejáveis por propiciar melhor desenvoltura da função. A inteligência, a exposição de diversas possibilidades, interesse por ideias, preferência pelo novo e complexo, receptividade a metáforas e analogias, capacidade de fazer associações remotas, independência de julgamento e habilidade de jogar com ideias são algumas das qualidades pessoais que caracterizam solucionadores criativos de problemas⁶³⁶. O aproveitamento das ideias depende de uma atmosfera social que valoriza a inovação e a originalidade, ambiente que pode ser encorajado pelo conciliador, sujeito capaz de viabilizar interação de opiniões.

Deve ser otimista a abordagem do conciliador, procurando convencer as partes de que, com disposição, soluções construtivas podem ser descobertas ou inventadas para conflitos que inicialmente parecem de impossível abordagem consensual⁶³⁷.

Com frequência, advogados podem ter dúvidas quanto ao êxito da conciliação por já terem envidado esforços para compor a demanda sem resultado⁶³⁸. Convém, então, ao conciliador ressaltar que a experiência tem mostrado que, mesmo nesses casos, a conciliação é útil na medida em que a intervenção é feita por um profissional adequadamente treinado para identificar os interesses subjacentes – aqueles que, apesar de muitas vezes não serem juridicamente tutelados, são relevantes para as partes.

Quando um conflito é endereçado à conciliação, os efeitos negativos do confronto pessoal são afastados. A personalidade das partes e dos advogados não prejudica a dinâmica da conciliação justamente porque o conciliador exerce certa autoridade na condução do método. O conciliador pode transformar uma afirmação negativa da parte por meio de uma intervenção técnica razoável, integrando-a ao processo como uma manifestação legítima e que pode ser superada, sempre orientando a forma pela qual a comunicação está sendo realizada. Essa postura permitirá o crescimento da confiança das partes e dos advogados no método. Quando as partes estabelecem esse compromisso, o conciliador pode aprofundar os interesses e partir para soluções plausíveis.

⁶³⁶ Nesse sentido, v. Morton Deutsch, “A resolução do conflito: processos e destrutivos”, ob. cit., p. 62.

⁶³⁷ Cf. Lawrence Susskind, Jeffrey Cruikshank e Yann Duzert, in *Quando a maioria não basta*, ob. cit., 2008, p. 39-40.

⁶³⁸ O exemplo é mencionado por André Gomma de Azevedo (Organizador), in *Manual de Mediação Judicial*, ob. cit., 2010, p. 47.

Em outras situações, os advogados podem mencionar que a discussão refere-se exclusivamente a questões de direito, razão pela qual os meios consensuais deveriam ser afastados. Entretanto, compete ao conciliador ressaltar que as partes não devem pautar a resolução do conflito somente pela aplicação do direito ou pela produção probatória, mas principalmente pelo atendimento de seus interesses e necessidades, porque a sentença, ainda que favorável, pode não atendê-las como gostariam⁶³⁹.

É preciso frisar, mais uma vez, que mesmo não logrando acordo, as partes podem sair satisfeitas da conciliação. Isso porque o método dá voz às partes e não apenas aos seus advogados e ainda pode propiciar uma comunicação eficaz, auxiliando-as a compreender o conflito. Ademais, deixa aberto um caminho para futuras composições.

Atualmente, a função de conciliador é exercida de forma voluntária⁶⁴⁰ em quase toda Federação. Trata-se de um honorífico e relevante serviço público, mas que não gera vínculo com o Estado. A Resolução nº 125 do CNJ prevê a possibilidade de remuneração dos conciliadores e mediadores, mas não apresenta uma regulamentação detalhada sobre a matéria, que deverá aguardar legislação específica. Antes, porém, o incentivo para o exercício da função veio com o Enunciado Administrativo nº 3 do CNJ, explicitando o alcance da Resolução nº 11 também do CNJ, que definiu o exercício da conciliação judicial como atividade jurídica para fins de concursos públicos de ingresso à magistratura⁶⁴¹.

Por ser atividade voluntária, há grande rotatividade no quadro dos conciliadores, dificultando a profissionalização da função, o que deve ser visto como um desafio para

⁶³⁹ Esse caso é mencionado por Fernanda Tartuce, in *Mediação nos conflitos civis*, ob. cit., 2008, p. 286-287, “no qual dois filhos herdaram bens com grande valor afetivo e ambos pretendiam permanecer com a totalidade do acervo. Diante de tal impasse, certamente, o Poder Judiciário, em sua decisão “salomônica”, determinaria a venda dos bens para a distribuição do valor obtido aos herdeiros. Em circunstâncias como essa, muitas vezes a abordagem do juiz na demanda judicial pode acabar por tornar crônico o conflito e gerar ainda mais impasses, “engessando” o processo evolutivo da família enlutada”.

⁶⁴⁰ Cf. Petrônio Calmon, in *Fundamentos da mediação e da conciliação*, ob. cit., 2007, p. 149, “O conciliador pode ser honorário ou servidor público. Aquele que exerce a função sem remuneração normalmente o faz temporariamente, às vezes sem exclusividade. São funcionários aposentados, advogados, servidores da Justiça (em horário alternativo), ou estudantes de direito”.

⁶⁴¹ CNJ, Enunciado Administrativo nº 3, de 05 de setembro de 2006. “Para os efeitos do art. 2º da Resolução nº 11, de 31/01/2006, considera-se atividade jurídica a atuação do bacharel em Direito como juiz leigo ou conciliador do Sistema dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, desde que não inferior a 16 (dezesseis) horas mensais”.

o Judiciário. Conciliadores e mediadores são definitivamente os novos sujeitos do sistema de Justiça preconizado pela resolução supracitada, o que torna muito importante o reconhecimento dos serviços por eles prestados e influirá – de forma decisiva – na qualidade dos meios consensuais empregados no Judiciário. É preciso desenvolver uma identidade profissional, sobretudo com o estabelecimento de uma remuneração mínima, bem como incentivos constantes voltados à qualificação permanente de seus quadros⁶⁴².

5.3.1.1. FORMAÇÃO DO CONCILIADOR

A formação do conciliador é tema de suma importância, pois o sucesso da aplicação desse meio como forma de resolução de conflito, dentro ou fora do Judiciário, depende necessariamente da maneira como esses profissionais atuam. No que tange à realização da conciliação judicial, pré-processual ou processual, porém, a matéria ganha inquietações maiores. Por ser desenvolvida de forma regional, no âmbito estadual, a política de utilização dos meios consensuais tem uma série de disparidades, a mais visível é certamente a capacitação dos profissionais. Em regra, os programas de conciliação judiciais investem nos recursos humanos, fornecendo os respectivos cursos. Entretanto, não havia conteúdo programático mínimo a ser seguido, nem carga horária estritamente exigida.

Ao contrário do que vinha ocorrendo, não parece recomendável limitar a capacitação a um rápido curso teórico, que apenas apresente técnicas intervencionistas a utilizar com o objetivo estrito de chegar ao acordo. O exercício da conciliação requer formação mais sólida e intervenção bastante responsável, para que não aconteça uma escalada do conflito.

Nesse sentido, o primeiro ponto de destaque é a Resolução nº 125 do CNJ, por estabelecer as bases mínimas de formação para conciliadores e mediadores. O segundo ponto é que a formação do conciliador se divida em duas fases: uma teórica e outra

⁶⁴² Cf. Caetano Lagrasta Neto, “A conciliação judicial – avanços, retrocessos e esperança”, in *Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional*, Coordenadores Morgana de Almeida Richa e Antonio Cezar Peluso, Rio de Janeiro, Forense, 2011, p. 104, “É de meridiana clareza que conciliadores e mediadores profissionalmente capacitados não poderão permanecer sem retribuição ou ao alvedrio dos tribunais, no exercício de função voluntária e honorífica”.

prática. Sobre a fase teórica⁶⁴³, curso adequado é aquele que agrega uma parte comportamental e outra jurídica. A parte comportamental deve apresentar ensinamentos sobre conhecimentos básicos de comunicação, percepção, criatividade, ética, gestão de conflitos, além de estratégias de negociação.

Compete enfatizar nesse ponto a importância da formação interdisciplinar, pois várias ciências compõem a base das atividades desenvolvidas pelo conciliador. Já a parte jurídica deve englobar aspectos gerais, permitindo, ainda que brevemente, uma noção dos institutos relacionados ao desenvolvimento do mister.

Especificamente sobre a necessidade de o conciliador ser advogado ou profissional do direito, a matéria é controvertida e as opiniões são divergentes⁶⁴⁴. Apesar de certa preferência, a regra não foi prevista na legislação específica, admitindo que a atividade seja desenvolvida por qualquer pessoa maior e capaz⁶⁴⁵.

Uma possível causa para tais críticas seria a aptidão do conciliador para conduzir o procedimento e a verificação das condições para estabelecer de um acordo exequível. Segundo esse entendimento, a formação jurídica pode permitir ao profissional que conduz o método uma abordagem mais eficaz, porque sua atividade pode ajudar na compreensão de questões legais necessárias ao deslinde. Assim, ao apresentar uma

⁶⁴³ Ao mencionar a formação do mediador, Lília Maia de Moraes Sales, in *Justiça e mediação de conflitos*, ob. cit., 2004, p. 90-91, apresenta uma proposta de que a teoria deve ser dividida em três prismas: “a referência a si mesmo e ao outro, a referência à sociedade, a referência ao sentido”. O primeiro foca o estudo das ações e reações de si mesmo e dos outros, através da escuta. O segundo refere-se à sociedade: leis, costumes e a Justiça. O terceiro refere-se ao sentido do método, isto é, os problemas de mediação, como ética, valores essenciais ao mediador, questões sobre conflito, mudanças, crença, bom senso.

⁶⁴⁴ Fazendo menção ao art. 7º da Lei 9.099/1995, Leslie Shérída Ferraz, in *Juizados Especiais Cíveis e acesso à Justiça qualificado*, ob. cit., 2008, p. 95, informa que “para alguns doutrinadores, esta regra não foi acerta, já que a formação em Direito seria indispensável para a função. Nesse sentido, a falta de preparo jurídico dos conciliadores foi bastante criticada pelos juízes entrevistados durante os trabalhos de campo já que os acordos seriam inexecutáveis”. Já para Fernanda Tartuce, in *Mediação nos conflitos civis*, ob. cit., 2008, p. 234, “não se afigura essencial que o mediador tenha formação jurídica ou de qualquer outra área do conhecimento. De fato, o correto é que o mediador seja capacitado para seu mister por meio de um treinamento interdisciplinar, que proporcione noções de comunicação, psicologia, sociologia, filosofia e direito”.

⁶⁴⁵ Art. 7º da Lei nº 9.099/1995. Os conciliadores e Juízes leigos são auxiliares da Justiça, recrutados, os primeiros, preferentemente, entre os bacharéis em Direito, e os segundos, entre advogados com mais de cinco anos de experiência. Em São Paulo, o Provimento nº 953/2005, assim disciplina a matéria: Art. 3º - Poderão atuar como conciliadores, voluntários e não remunerados, magistrados, membros do Ministério Público e procuradores do Estado, todos aposentados, advogados, estagiários, psicólogos, assistentes sociais, outros profissionais selecionados, todos com experiência, reputação ilibada e vocação para a conciliação, previamente aferida pela Comissão de Juízes ou Juiz coordenador, quando não constituída a Comissão.

solução mais próxima da solução legal, pautada nos ordenamentos jurídicos, o conciliador permitiria às partes chegarem a uma composição de forma mais efetiva⁶⁴⁶. Com todo acatamento, essa não parece a orientação mais adequada, já que existe uma profissão específica relacionada ao tratamento dos conflitos, que, aliás, requer formação peculiar, com conhecimentos próprios, capaz de proporcionar o desenvolvimento daqueles que exercerão a função. Essa formação deve ainda priorizar a sensibilização desses profissionais para que saibam abordar os interesses, as necessidades e as emoções dos envolvidos, em quaisquer conflitos⁶⁴⁷.

Acresça-se que a percepção do conflito não deve ser restrita a um entendimento meramente binário, como conflitos objetivos ou subjetivos, uma vez que, embora esses modelos bem se encaixem nos embates acadêmicos, a prática revela uma infinidade de configurações. É justamente por essa razão que o conciliador deve ter formação ampla, relacionada aos mais diversos conflitos e aos seus respectivos tratamentos⁶⁴⁸.

É preciso mencionar que nem sempre os conflitos são enquadrados nas perspectivas duais, o que torna imprescindível a formação completa do profissional que atua com

⁶⁴⁶ Manifesta-se sobre tal questão Leslie Shéri da Ferraz, in *Juizados Especiais Cíveis e acesso à Justiça qualificado*, ob. cit., 2008, p. 96, invocando as distinções entre a mediação facilitativa e a valorativa (avaliativa), concluindo que “as duas hipóteses apresentam benefícios e limitações; de um lado o conciliador técnico é apto a aproximar as partes, mas não é capaz de avaliar a questão jurídica envolvida e suas eventuais consequências. De outra sorte, o conciliador com formação jurídica é hábil para produzir acordos – avaliando os riscos de cada uma das partes e fazendo uso dessas informações para tentar compô-las -, mas não é capaz de realizar uma abordagem profunda sobre as reais motivações do litígio. Diante desse quadro, qual é o perfil ideal do conciliador das Pequenas Causas? Essa resposta exige a avaliação do tipo de conflito que é decidido nesta arena. Considerando que os principais litígios dos Juizados são relativos a direito do consumidor, acidentes de trânsito, cobrança e execução de título extrajudicial (resolvidos pela técnica valorativa), acredito que é, de fato, mais recomendável que o conciliador seja atribuído a um advogado. Por outro lado, não se pode ignorar que também são apresentados nos Juizados, ainda que em menor escala, conflitos como contratos civis, locação e relação de vizinhança – que reclamam pela mediação facilitativa. Nesse aspecto, a disposição legislativa – em menção ao art. 7º da Lei nº 9.099/1995 – estaria correta, por privilegiar a atuação do advogado e permitir, ainda, que outros profissionais também exerçam a atividade, nos casos em que a atuação é mais vantajosa”.

⁶⁴⁷ Segundo André Gomma de Azevedo e Roberto Portugal Bacellar, “A formação em processos autocompositivos”, ob. cit., 2011, p. 287, “Um treinamento deve proporcionar um ambiente para explorar potenciais, motivações, forças e fraquezas dos iniciantes como administradores do conflito”.

⁶⁴⁸ Para Roger Fisher, William Ury e Bruce Patton, *Como chegar ao sim*, ob. cit., 2005, p. 40, o conciliador deve estar preparado para enfrentar as adversidades que aparecerem, fundamentando “a relação em percepções exatas, comunicação clara, emoções apropriadas e numa visão deliberada e voltada para o futuro. Lide diretamente com os problemas das pessoas; não tente solucioná-los através de concessões substantivas. Para lidar com problemas psicológicos, use técnicas psicológicas. Se as percepções forem inexatas, procure meios de esclarecê-las. Se as emoções se intensificarem, encontre meios para que cada pessoa envolvida possa extravasá-la. Se houver mal-entendidos, trabalhe no sentido de aprimorar a comunicação”.

meios consensuais. Nem sempre um conflito civil será objetivo, assim como nem sempre um conflito familiar apresentará problemas relacionais, que requeiram modificações de segunda ordem. Nesse sentido, quem conduz o método deve compreender o conflito, até para adequar as diversas técnicas possíveis à melhor resolução da contenda, gerando verdadeira pacificação.

Sobre o tema, a Resolução nº 125 do CNJ ressalta a qualidade dos meios consensuais e por isso considera imprescindível a capacitação e o aperfeiçoamento dos conciliadores, buscando compatibilizar a formação mínima exigida com a adoção de um modelo factível em âmbito nacional. Para tanto, são previstos três módulos.

O primeiro tem 12 (doze) horas-aula e é denominado “introdução aos meios alternativos de solução de conflitos”, versando sobre os diferentes meios não adversariais de solução de conflitos, com noções sobre as teorias do conflito, teorias de comunicação, disciplina normativa sobre o tema, experiências nacionais e internacionais, assegurando a compreensão dos objetivos da política pública de tratamento adequado de conflitos. Já o segundo módulo tem 16 (dezesesseis) horas-aula e é denominado “conciliação e suas técnicas”, versando sobre as técnicas autocompositivas de solução de conflitos com claro enfoque na negociação, apresentando padrões de comportamento ético e posturas exigidas no relacionamento com as partes e demais sujeitos envolvidos na resolução do conflito. O terceiro módulo tem 16 (dezesesseis) horas-aula e é denominado “mediação e suas técnicas”, versando sobre as técnicas autocompositivas com foco na relação, apresentando as várias escolas de mediação, suas aplicações e uma abordagem multidisciplinar.

Sobre a parte prática, é necessário que os profissionais exercitem os conhecimentos teóricos adquiridos e os aprimorem antes de exercer a função no âmbito judicial. É por essa razão que a Resolução nº 125 do CNJ ressalta ainda que os módulos dois e três serão seguidos, respectivamente, por estágios supervisionados de 12 (doze) e 24 (vinte e quatro) horas, sendo os certificados de capacitação emitidos somente depois da conclusão do estágio supervisionado.

Com relação à carga horária, evidente que deve ser pautada pela adequação das informações necessárias à capacitação⁶⁴⁹. Nesse sentido, o Ministério da Justiça, em pesquisa realizada em 2004, concluiu que os cursos fornecidos por órgãos governamentais para preparar profissionais que atuem na administração de conflitos têm a média de 40 (quarenta) horas⁶⁵⁰. Sendo assim, a Resolução nº 125 do CNJ pretende cumprir o mínimo necessário para implantar a capacitação em todo o território nacional, destacando a importância da parte prática, considerando principalmente as diferentes realidades regionais, assegurando qualidade na condução dos meios consensuais.

Ademais, tal resolução prevê a reciclagem constante desses profissionais, que devem atualizar-se mediante aperfeiçoamento e treinamento permanentes.

O conciliador deve realizar um estudo sistemático e contínuo, aliado à prática da resolução de conflitos, pois a atuação adequada requer conhecimentos gerais e específicos sobre os mais diversos temas, mas também agrega valor à reflexão sobre as experiências próprias da prática, que ajudam a dar sensibilidade às teorias, formando um

⁶⁴⁹ Vale esclarecer ainda que a formação do mediador por ser mais abrangente deve ter maior carga horária. Nesse sentido, para Adolfo Braga Neto, “Reflexões sobre a conciliação e a mediação de conflitos”, ob. cit., 2009, p. 494, são necessárias a formação do conciliador “uma carga mínima de 50 horas, que incluam simulações de casos vivenciados, esta capacitação mínima deverá oferecer a prática supervisionada, com a presença de supervisores com mais experiência, partindo de um primeiro momento de observação do mais experiente e posterior acompanhamento deste com aquele de menor experiência. Quanto ao tempo desta prática supervisionada em casos reais, o ideal é ser observado o mesmo tempo do curso teórico, isto é, 50 horas também”. Sugere o autor que a formação do mediador deve ser mais ampla, abrangendo “estudos aprofundados sobre o conflito, o envolvimento deste com a individualidade humana tanto resultante de aspectos psicofísicos quanto de aspectos sociológicos. Deve privilegiar a conscientização da individualidade face à coletividade e vice-versa, pois caberá a este mediador apontar as limitações naturais em que o conflito impõe as pessoas. (...) Uma vez concluída uma carga mínima teórica de 130 horas, que incluam simulações de casos vivenciados por mediadores mais experientes, deverá oferecer a prática supervisionada, sem a conceituação da crítica negativa do acerto e do erro. Deve ser embasada na observação de características pontuais individuais que resgatem a auto-observação permanente do trabalho desenvolvido, com vistas ao aprimoramento das habilidades pessoais, que posteriormente, ao longo de no mínimo 100 horas, possa iniciar a construção conjunta supervisor e aprendiz o aprimoramento de ambos que, sem dúvida, resultará a legitimação da sociedade deste profissional na qualidade de mediador”, p. 505. O Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem – CONIMA estabelece 60 horas mínimas para o aprendizado teórico do curso de capacitação básica em mediação, seguidas de 50 horas de estágio supervisionado, conforme informações no sítio da entidade, acessado em 25.11.2010, disponível em <http://www.conima.org.br/capacitacao_2/mediacao/modulo_teorico.html>.

⁶⁵⁰ Para mais informações, v. *Acesso à Justiça por meios alternativos de solução de conflitos*, disponível em <<http://www.mj.gov.br/reforma>>, acessado em 25.11.2010. O relatório descreve 67 programas de Justiça alternativa no país — ligados a organizações não-governamentais, ao governo ou ao Poder Judiciário —, e pretende ser o gatilho para a formação de um banco de dados sobre soluções alternativas de conflitos no Brasil.

conciliador que possa realmente auxiliar as partes na resolução de seus conflitos⁶⁵¹. O cuidado com a formação do conciliador certamente é o caminho para o aperfeiçoamento da atividade, que cada vez mais se aproxima da profissionalização.

5.3.1.2. CONTROLE E CÓDIGO DE ÉTICA

O conciliador é sujeito fundamental na conciliação, mas não é o principal. Enquanto a ele cabe a condução do método, às partes cabe o verdadeiro deslinde do conflito, pela resolução da desavença com pacificação⁶⁵². Cabe-lhe fazer as interferências necessárias, de acordo com as técnicas próprias ao conflito que se apresenta, sem extrapolar, contudo, os limites inerentes à sua atuação. Assim, a Resolução nº 125 do CNJ trouxe toda a estruturação do controle da atividade, a partir do código de ética que deve ser respeitado por todos os facilitadores que atuarem no Judiciário, pelo qual devem pautar suas ações.

A mencionada resolução apresenta como princípios fundamentais da conciliação e mediação judiciais a confidencialidade, competência, imparcialidade, neutralidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes⁶⁵³. São características que devem nortear a atuação judicial dos conciliadores e mediadores.

A referida resolução apresenta ainda regras de conduta, que devem ser observadas para o desenvolvimento apropriado das sessões, favorecendo o engajamento das partes e o comprometimento com o resultado, estando relacionadas aos esclarecimentos quanto ao procedimento da conciliação, devendo o conciliador informar às partes sobre os princípios deontológicos, as regras de conduta e as etapas da conciliação. Estão relacionadas ainda com o dever de preservar a autonomia das partes, que devem chegar a uma decisão voluntariamente, visto que não há obrigação quanto ao resultado. O

⁶⁵¹ Cf. André Gomma de Azevedo e Roberto Portugal Bacellar, “A formação em processos autocompositivos”, ob. cit., 2011, p. 289.

⁶⁵² Para Fernanda Tartuce, *in Mediação nos conflitos civis*, ob. cit., 2008, p. 231, “Pelo contrário, tal atuação há de proporcionar um momento de diálogo, em que a cooperação e o respeito serão essenciais para que os próprios envolvidos procurem a solução. Às partes é oferecida oportunidade para refletir e questionar, tendo por base paradigmas diferenciados fundamentados no pressuposto de que todos sairão ganhando com a resolução do conflito”.

⁶⁵³ Art. 1º, Anexo III, da Resolução n. 125 do CNJ.

conciliador não deve forçar as partes ao acordo, impor decisões ou realizar pré-julgamentos.

Esses dispositivos ratificam que a conciliação deve ser entendida como um procedimento facultativo para as partes e que qualquer acordo imposto deve ser afastado, já que são as partes as verdadeiras protagonistas da resolução do conflito. A autonomia da vontade das partes é um fundamento da conciliação, a ser resguardado pelo conciliador. Além disso, o conciliador deve conservar um comportamento independente de maneira a salvaguardar não só a autonomia das partes na sessão, mas a sua própria na condução do método⁶⁵⁴.

Ainda com relação às regras de conduta, o conciliador deve garantir a exequibilidade do acordo, se este foi alcançado na sessão, pelo esclarecimento das partes, que devem compreender perfeitamente suas disposições, conferindo comprometimento e responsabilidade na continuidade da relação e cumprimento voluntário do que foi estabelecido.

A relação das partes com o conciliador decorre, em larga medida, da postura e atuação deste profissional, que deve inspirar confiança às partes para a correta condução do método⁶⁵⁵. Além disso, é direta a interferência desse profissional no conflito, podendo agravá-lo ou dissolvê-lo, pela transformação eficaz. Não é por outra razão que existem

⁶⁵⁴ Sobre a atuação dos advogados nos setores de conciliação, o Tribunal de Ética da OAB/SP manifestou-se sobre as limitações éticas no seguinte sentido: “Captação de Clientela - Advogado Conciliador em Comissão de Conciliação Prévia - Impedimento/Incompatibilidade - Advogado de Sindicato - Patrocínio de Associados - I - Não há impedimento ou incompatibilidade com o exercício da advocacia e o da função de conciliador em comissão de Conciliação Prévia. Não deverá, porém, o conciliador participar de ações na sua Comissão ou patrocinar, na Justiça do Trabalho ou em outra, a causa de qualquer das partes, conciliadas ou não, sob pena de infringir a regra que proíbe a captação de clientela. II - A atividade do advogado de Sindicato está restrita aos interesses coletivos ou individuais da categoria, devendo abster-se de estender suas atividades advocatícias a todos os interesses dos respectivos associados. Deve ainda o advogado do Sindicato abster-se de atender empresas pertencentes ao setor, associadas ou não, em seu escritório particular, por constituir evidente captação de clientela. Aplicação do artigo 48 do CED”. Proc. E-2.514/02 - v.u. em 21/03/02 do parecer e ementa do Rel. Dr. Guilherme Florindo Figueiredo - Rev. Dr. João Teixeira Grande - Presidente Dr. Robison Baroni.

⁶⁵⁵ Fazendo considerações sobre a mediação, mas que também se aplicam a conciliação, Lília Maia de Moraes Sales, *Justiça e mediação de conflitos*, ob. cit., 2004, p. 101, menciona que “É vital para a existência da mediação a confiança das partes no processo de mediação e no mediador. A confiança, no entanto, advém do trabalho de qualidade do mediador. Entende-se que, na medida em que a mediação de conflitos é exercida com base na confiança, esta se reflete no que toca à responsabilidade perante os atos do processo. O mediador é o protetor do processo da mediação, cabendo-lhe a garantia da integridade deste e ainda o estabelecimento da sua credibilidade. Através de seu trabalho sério, diligente, cuidadoso, prudente, o processo de mediação passa a ter a credibilidade necessária para se tornar um meio bastante eficaz de resolução de conflitos”.

tantas responsabilidades no desenvolvimento dessa atividade – que antes da Resolução nº 125 do CNJ não encontrava uma disciplina específica sobre o controle⁶⁵⁶. Atualmente, está claro que o descumprimento dos princípios e regras estabelecidos na Resolução resultará na exclusão do conciliador do respectivo cadastro e no impedimento de atuar na função em qualquer órgão do Poder Judiciário. Outrossim, qualquer pessoa que venha a ter conhecimento de conduta inadequada por parte do conciliador poderá representá-lo ao Juiz Coordenador do Setor de Conciliação, a fim de que sejam adotadas as providências cabíveis.

O desenvolvimento da conciliação judicial requer do conciliador o cumprimento das regras de conduta e o alinhamento de sua atuação pela ética e pelos princípios estabelecidos na Resolução nº 125 do CNJ. Ressalte-se que o incremento da conciliação no Poder Judiciário depende não apenas da observância do conciliador a esses princípios, mas do controle que o próprio Judiciário exerce diretamente – e os cidadãos, indiretamente, à guisa do que acontece com os juízes⁶⁵⁷. Tudo para conter abusos e despautérios, suspeições e impedimentos, conferindo maior seriedade à utilização dos meios consensuais.

5.3.2. AS PARTES

Requerente e requerido são os principais sujeitos do processo, sem os quais não se estabelece uma completa relação jurídica. Para que o conflito possa legitimamente ingressar nas vias judiciais, são necessárias pelo menos duas pessoas, atuando em vetores contrapostos de interesses. O resultado deve ser perseguido na presença e mediante a participação desses sujeitos⁶⁵⁸. Enquanto o requerente é aquele sujeito que

⁶⁵⁶ Atualmente, versa sobre a matéria os arts. 8º e 9º, do Anexo III, da Resolução n. 125 do CNJ.

⁶⁵⁷ Sobre o cadastro de conciliadores e mediadores, Mariella Ferraz de Arruda Pollice Nogueira, “Dos núcleos permanentes de métodos consensuais de solução de conflitos”, ob. cit., 2011, p. 259, menciona que “assegurar a publicidade e a transparência necessárias ao desenvolvimento de função pública, e também permitirá que, em havendo descumprimento dos princípios e regras estabelecidos no Código de Ética dos Conciliadores e Mediadores (Anexo da Resolução), bem como condenação definitiva em processo criminal, a exclusão dos quadros se constitua impedimento para atuação em qualquer outro órgão do Poder Judiciário nacional”.

⁶⁵⁸ Cf. Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, *in Teoria geral do processo*, ob. cit., 2010, p. 320.

apresenta a pretensão, o requerido é aquele contra quem a pretensão se apresenta⁶⁵⁹, sendo a dualidade fator imprescindível.

As limitações comumente relacionadas às pessoas incapazes não guardam motivação suficiente para afastar esses conflitos dos meios consensuais institucionalizados⁶⁶⁰. É certo que a conciliação judicial apresenta técnica apta a abranger essas relações conflitantes, bastando que as partes tenham capacidade de direito e estejam devidamente representadas⁶⁶¹. Como a conciliação é realizada sob o crivo do Judiciário, inclusive com a possibilidade de manifestação do Ministério Público, é admissível que incapazes figurem nos polos da relação conflitante, sobretudo porque a utilização desse método para solucionar o conflito não significa disposição de direitos indisponíveis, mas pode sim ser uma forma bastante útil de convencionar o cumprimento de direitos e ainda regular questões tangenciais de grande relevância para os envolvidos. O risco de abusos é minimizado pela segurança do local onde se realizam essas conciliações.

Nesse sentido, vale mencionar, por exemplo, o conflito envolvendo idosos, principalmente em estado senil. Por certo que a solução deve guardar pertinência com a regularização da representação, com a propositura de ação de interdição e ainda com a propositura de outras tantas ações adequadas à situação concreta. Porém, a relação familiar não será objeto de tratamento, apesar de constituir rica fonte de conflitos distorcidos que se manifestam de diversas maneiras. Uma relação assim exige intervenção mais aprofundada e pode sim ser endereçada aos meios consensuais⁶⁶².

⁶⁵⁹ É preciso esclarecer que a utilização dos vocábulos “requerente” e “requerido” deve-se ao fato de que a conciliação pode ocorrer em diversas ações e fases processuais, por isso tal utilização indica uma ampla abrangência, buscando a maior completude possível.

⁶⁶⁰ A Resolução nº 125 do CNJ é nesse sentido. Ao contrário do que entende Juliana Demarchi, *in* *Mediação – Proposta de implementação no processo civil brasileiro*, ob. cit., 2007, p. 151, “os mediados hão de ser pessoas maiores e capazes nos termos da lei civil, admitindo-se também a participação de menores desde que devidamente assistidos ou representados, mas também conscientes dos interesses que pretendem satisfazer e responsáveis pelas obrigações assumidas. Os mediados, então devem ser capazes de se autodeterminar no sentido de que devem compreender adequadamente o conflito e suas repercussões e ter condição de negociar uma solução para o caso”.

⁶⁶¹ Para Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, *in* *Código de Processo Civil Comentado*, ob. cit., 2006, p. 160, “Todos os que têm personalidade jurídica (pessoas físicas e jurídicas) têm capacidade de estar em juízo. A personalidade jurídica da pessoa física se inicia a partir do nascimento com vida. A da pessoa jurídica a partir do registro de seus atos constitutivos na repartição competente, na forma da lei”. E, sobre a capacidade de direito, mencionam que “Todo aquele que tiver aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações tem capacidade de direito. O menor, o interdito, o louco têm capacidade de direito”.

⁶⁶² Nesse sentido, Vânia Maria Ruffini Penteado Balera, “Proposta de mediação e Ministério Público”, *in* *Mediação e gerenciamento de processos*, Coordenação de Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Caetano Lagrasta Neto, São Paulo, Atlas, 2007, p. 46, afirma que “Nos dias atuais é comum nos

Observe-se que existe reserva da jurisdição para a estipulação do estado da pessoa, mas há questões tangenciais, cuja composição pode ser de fundamental importância para garantir a pacificação do conflito.

Outrossim, os conflitos decorrentes da sucessão⁶⁶³, mesmo quando há herdeiros menores ou incapazes, possivelmente alcançam a pacificação de modo mais consistente com a resolução consensual do conflito. Ainda que seja necessário o processamento judicial do conflito, o seu desfecho por soluções integrativas indicará saídas mais condizentes com a realidade das partes, além de permitir tratamento mais completo. Os meios consensuais darão resposta não só à partilha dos bens, mas também aos diversos conflitos tangenciais. Nesse sentido, por exemplo, a guarda de menores ou incapazes também deverá ser foco da resolução consensuada. Ainda que seja considerada imprescindível a produção probatória sobre algumas questões controvertidas, para consubstanciar um melhor deslinde – como avaliação de bens, necessária à partilha; perícias médicas, necessárias à verificação de quem deverá ficar com a guarda de menores ou incapazes – , a finalização consensual do conflito pode ser bastante proveitosa.

No que tange à complexidade das relações⁶⁶⁴, deve ser destacada a pluralidade de partes, em um ou ambos os polos conflitantes da relação jurídica, bem como pela qualidade das pessoas envolvidas no conflito, com aspectos extremamente relevantes para buscar uma resolução consensual.

depararmos com família composta por várias gerações vivendo sob o mesmo espaço físico. Problemas de convivência e suas conseqüências geradas neste núcleo composto por indivíduos com interesses diversos são cada vez mais freqüentes. O idoso, proprietário de imóvel, acolhe o filho casado com sua família composta por esposa e filhos. No decorrer do tempo, os netos crescem, constituem família, e sem ter para onde ir – situação comum nas grandes cidades – retornam ao seio da família com seus próprios filhos e constroem moradias em um mesmo terreno. Não é difícil imaginar a quantidade de conflitos gerados neste núcleo familiar composto por pessoas com interesses diferentes obrigadas a conviver em espaços por vezes exíguos. (...) São problemas cujo deslinde dificilmente será encontrado na prestação jurisdicional”.

⁶⁶³ Segundo Francisco José Cahali e Hinoraka, Giselda Maria Fernandes Novaes Hinoraka, *Direito das sucessões*, ob. cit., 2007, p. 21 "A análise do direito sucessório deve ser feita de acordo com a política legislativa de uma nação, considerada a posição socioeconômica estabelecida pelo Estado. Prestigiando-se a propriedade privada, inclusive em harmonia com o interesse social, como atualmente ocorre na grande maioria dos países, o direito sucessório encontra fundamento no próprio direito de propriedade. É o corolário do direito de propriedade".

⁶⁶⁴ Sobre complexidade e pensamento sistêmico, v. Item 2.1.1., do Capítulo 2, Parte I.

O primeiro aspecto refere-se ao litisconsórcio, ou seja, à pluralidade de partes nos polos da relação, bem como sua constituição, admissibilidade e até eventual necessidade, nos termos dos arts. 46 e 47 do CPC⁶⁶⁵. Normalmente, o direito material prevê a comunhão de direitos ou obrigações, autorizando a pluralidade subjetiva do processo⁶⁶⁶. Uma vez verificada a existência de litisconsórcio, as especificidades das relações jurídicas determinarão o desenvolvimento dos procedimentos. Será necessário o litisconsórcio quando a lei ou a natureza da relação jurídica discutida em juízo determinar sua formação, independentemente da vontade das partes, sob pena de nulidade do processo e da sentença ou mesmo de total ineficácia desta. Já nos casos de litisconsórcio unitário, o juiz deverá decidir a controvérsia de modo uniforme para todas as partes⁶⁶⁷. O litisconsórcio necessário pode ser unitário e o unitário pode ser necessário, mas essa relação não é invariável, nem constante.

Todavia, independentemente da necessidade de formação ou da unitariedade do litisconsórcio, parece mais prudente que, na conciliação, todos os envolvidos no conflito estejam presentes. É imprescindível que a construção do consenso seja pautada no atendimento dos interesses de todos os envolvidos, razão por que uma ampliação subjetiva revela-se importantíssima, embora possa trazer algumas complicações adicionais ao encaminhamento do método. A resolução por meio da conciliação deve buscar uma resposta completa para o conflito – o que pode indicar que, em casos com múltiplas partes, todas estejam presentes a fim de tornar mais proveitosas as tratativas. Assim, indica-se a ampliação dos polos, até mesmo quando o litisconsórcio for facultativo.

⁶⁶⁵ Cf. Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, in *Teoria geral do processo*, ob. cit., 2010, p. 321.

⁶⁶⁶ Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, in *Código de Processo Civil Comentado*, ob. cit., 2006, p. 223, mencionam que “a norma teve inspiração no direito processual civil alemão, mas tem redação não técnica, confundindo os litisconsórcios necessários e unitários, que são distintos porque pertencem a classificações diferentes do litisconsórcio (I – quanto à formação; e II – quanto ao resultado). Daí, não poderem ser tratados com o mesmo regime jurídico”.

⁶⁶⁷ Especificamente sobre o art. 47 do CPC, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, in *Código de Processo Civil Comentado*, ob. cit., 2006, p. 225, “Se o juiz puder decidir de forma diversa para eles, o litisconsórcio será simples. (...) O fato de o juiz, eventualmente e no caso concreto, decidir de maneira uniforme para os litisconsortes não basta para caracterizá-lo como unitário. Ao contrário do litisconsórcio necessário, cuja obrigatoriedade da formação pode decorrer da lei ou da relação jurídica, a unitariedade litisconsorcial somente existe em função da natureza da relação jurídica discutida em juízo”.

Igualmente, pode ser ampliada a discussão se um terceiro interessado solicitar a participação, desde que haja concordância das partes. Sem ela, contudo, restará afastada a participação do terceiro, mesmo com os benefícios da ampliação subjetiva.

Já o segundo aspecto relacionado à complexidade diz respeito à qualidade das partes na relação, que podem ser pessoas físicas ou jurídicas, motivo que tem grande interferência na resolução do conflito, principalmente pela necessidade da legitimidade e autonomia das pessoas na construção do consenso.

Sobre o tema, a investigação das características das partes conflitantes, suas aspirações e objetivos, seus recursos físicos, intelectuais e sociais, suas crenças e expectativas sobre a resolução do conflito, é de suma importância para a resolução consensual do conflito⁶⁶⁸. Isso porque cada parte responde à outra conforme suas percepções e expectativas, que podem ou não corresponder à realidade. A relação estabelecida entre elas é iniciada por motivos, mas também pode ser alterada ou gerar novas motivações⁶⁶⁹. Assim, a dinâmica do conflito é justificada não somente pelas ações já praticadas, mas também por novas ações, produzindo percepções, valores e motivos diferentes dos originais.

A maior influência na resolução consensual refere-se ao conflito intersubjetivo, quando há diferenças constitutivas. Isso porque características similares podem criar identificações razoáveis, favoráveis ao deslinde construtivo, enquanto o contrário pode gerar processos subjacentes negativos ao deslinde⁶⁷⁰. Tanto organizações como indivíduos acreditam que suas próprias ações para com o outro são mais legítimas e bem-intencionadas do que as do outro perante si⁶⁷¹.

⁶⁶⁸ Cf. Morton Deutsch, “A resolução do conflito: processos e destrutivos”, ob. cit., 2004, p. 31, “Tanto para grupos de pessoas quanto para garotos em conflito, é interessante saber o que as respectivas partes irão considerar uma recompensa ou ganho e o que irão interpretar como punição ou perda. Tanto para indivíduos quanto para nações, o conhecimento das armas e dos instrumentos disponíveis e das suas habilidades em empregar esses recursos para travar ou resolver conflitos é claramente relevante para prever e entender o andamento do conflito”.

⁶⁶⁹ Segundo Carlos Eduardo de Vasconcelos, in *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*, ob. cit., 2007, p. 63.

⁶⁷⁰ Segundo Lília Maia de Moraes Sales, in *Justiça e mediação de conflitos*, ob. cit., 2004, p. 180, a principal influência da desigualdade está na alteração da comunicação entre as partes.

⁶⁷¹ Morton Deutsch, “A resolução do conflito: processos e destrutivos”, ob. cit., 2004, p. 32, “Por exemplo, parece bem provável que, tanto para grupos quanto para indivíduos, a profecia da auto-execução opera no sentido de produzir hostilidade na parte de um disputante quando uma ação hostil é iniciada contra ele, baseada na expectativa da hostilidade do outro”

Esse delineamento, contudo, deve considerar diferentes tipos, como pessoas físicas, entes despersonalizados e organizações (pessoas jurídicas públicas e privadas, de estruturas pequenas, médias e grandes). Não é possível ignorar que organizações e indivíduos têm capacidade de agir, mas atuam de formas bem distintas, porque a liberdade e a autonomia lhes são peculiares.

É claro que o conflito desenvolve-se em um ambiente social – uma família, um grupo, uma comunidade, uma nação, uma civilização – que também pode influenciar um desfecho colaborativo ou competitivo⁶⁷², mas prepondera a influência das características das partes. Nesse sentido, vale frisar que uma decisão tomada no plano individual é bem diversa daquela tomada no plano organizacional, que pode desencadear uma luta entre diferentes interesses e valores, inclusive de controle e autoridade. Isso porque a estrutura e os processos internos são características de todas as unidades sociais, mas apresentam menos ramificações em indivíduos do que em organizações. Como se vê, para entender os conflitos, é preciso buscar as características dos seus sujeitos.

No que tange à construção legítima do consentimento em organizações, cumpre mencionar as críticas tecidas por Owen Fiss. Para esse autor, “algumas organizações, como empresas e sindicatos, têm procedimentos formais para a identificação das pessoas autorizadas a representá-los. Mas estes procedimentos são imperfeitos: são planejados mais para garantir que seus membros de fato concordam com determinada decisão. Também não eliminam interesses conflitantes”⁶⁷³. Todavia, esse autor parte da premissa de que o julgamento feito pelo juiz surge do direito e não das alegações ou iniciativas dos supostos representantes dessas organizações, sendo por isso investido de

⁶⁷² Para Morton Deutsch, “A resolução do conflito: processos e destrutivos”, ob. cit., 2004, p. 31, o ambiente social em que o conflito ocorre é uma questão fundamental para determinar se a solução se dará de forma construtiva ou destrutiva, porque o meio gera facilidades ou restrições, encorajamentos ou retrações, implicando em diferentes estratégias e táticas de travar ou resolver conflitos, incluindo a natureza das normas sociais e das formas institucionais que o regulamentam. Segundo o autor, “tanto indivíduos quanto coletividades e nações podem se achar em ambientes sociais em que existe pouca tradição de resolução cooperativa de conflitos e em que poucas instituições, normas, facilidades ou recursos tenham sido desenvolvidos para contribuir com a resolução pacífica de disputas”.

⁶⁷³ In *Um novo processo civil*, ob. cit., 2004, p.128. O autor menciona ainda que “O presidente de uma sociedade anônima pode celebrar um acordo no âmbito de uma ação judicial para evitar descobertas inconvenientes com relação a sua política gerencial, embora tais revelações possam ser do interesse dos acionistas. O presidente de um sindicato pode aceitar um acordo como uma maneira de preservar seu poder; por essa razão, pode não se sujeitar os riscos inerentes à consulta aos membros da categoria ou à ratificação do acordo pelos associados”.

plena autoridade para vincular pessoas, ainda que não estejam diretamente envolvidas no litígio. Além disso, esse autor apresenta uma série de falhas possíveis nos procedimentos necessários à criação de consentimento legítimo, quando relacionados a organizações, mas nada menciona sobre as possibilidades de incrementar uma representatividade adequada.

Aliás, é justamente isso que atende à legitimidade das organizações: a representatividade adequada. A partir da previsão pelo ordenamento jurídico do *modus operandi* para legitimar uma representação, essa deve ser vista como razoável a cumprir os interesses próprios da instituição representada.

A representatividade de qualquer pessoa jurídica, nos termos de seus estatutos constitutivos, traz a aptidão à produção dos resultados desejados e, neste ponto, a verificação da legitimidade da parte será feita tanto na solução adjudicada do conflito quanto em um desfecho consensual. Desse modo, os argumentos apresentados não são suficientemente razoáveis para desestimular a participação de quaisquer organizações nas conciliações judiciais.

Outro empecilho, porém, se apresenta. A disposição de algumas pessoas, inclusive jurídicas, na participação das conciliações. Ora, é preciso questionar a utilidade de enviar algumas pessoas para participarem da conciliação, pois sem adesão e voluntariedade nada pode ser feito⁶⁷⁴. Em muitos casos, a conciliação resta frustrada pela ausência das partes à sessão de conciliação ou porque uma orientação da própria organização recomenda que não se entabulem tratativas que possam levar à composição entre as partes⁶⁷⁵. Sendo assim, inexistente a possibilidade de o conciliador intervir.

⁶⁷⁴ Juliana Demarchi, in *Mediação – Proposta de implementação no processo civil brasileiro*, ob. cit., 2007, p. 149, “É preciso que, antes de tudo, as pessoas em conflito estejam dispostas a participar de um processo de solução de conflitos que privilegie a autocomposição. Assim, os participantes devem ostentar pré-disposição para a composição do litígio ou, ao menos, aceitar uma tentativa de solução consensual do conflito”.

⁶⁷⁵ Cf. Mariella Ferraz de Arruda Pollice Nogueira, “Dos núcleos permanentes de métodos consensuais de solução de conflitos”, ob. cit., 2011, p. 255, “De nada adianta dispor de um conciliador/mediador capacitado, se na sessão de conciliação ou mediação não se faz presente a parte ou quem a represente com efetiva possibilidade e interesse de negociação, o que repetidamente ocorre com as grandes empresas. Assoberbados pelo volume de processos e sua pulverização em vários Juízos, acabam se valendo de profissionais terceirizados para comparecimento às audiências, com o exclusivo objetivo de impedir efeitos processuais decorrentes de sua ausência, conduzindo as conciliações a descrédito por sua ineficácia”.

Essa consideração não está atrelada à eventual limitação quanto a construir o consentimento legítimo, que pressupõe a indicação das pessoas certas – conforme visto acima – para atuarem como representantes das organizações junto à conciliação⁶⁷⁶. Significa reconhecer que as empresas, principalmente as de grande porte, encaram o Judiciário e também os pequenos conflitos como parte integrante da política organizacional que adotam⁶⁷⁷.

Os grandes litigantes contam ainda com uma capacitação completamente diferente dos particulares nas cortes de Justiça, porque são, em regra, litigantes habituais. Não se trata da legitimação ou das possibilidades jurídicas relacionadas aos atos processuais, mas das vantagens decorrentes da frequência com que atuam. Sobre o tema, Marc Galanter publicou um estudo comparando a participação nas cortes dos litigantes habituais, denominados *repeat players*, com a dos litigantes eventuais, denominados *one-shotters*, como tipos de características básicas de litigantes do Judiciário⁶⁷⁸. Os litigantes habituais são pessoas que utilizam o sistema de Justiça repetidamente, defendendo seus interesses em grande número de casos judiciais: são litigantes como empresas e órgãos estatais. Já os litigantes eventuais veem sua presença no Judiciário como uma situação excepcional, uma vez que raramente a ele recorrem.

Para Marc Galanter, há uma série de vantagens decorrentes da litigância habitual⁶⁷⁹. Por ter estado muitas vezes no Judiciário, principalmente em casos semelhantes, os

⁶⁷⁶ Para Lawrence Susskind, Jeffrey Cruikshank e Yann Duzert, *Quando a maioria não basta*, ob. cit., 2008, p. 36, todo campo da negociação com ganhos mútuos, parte do princípio que se as pessoas se esforçarem, quase sempre podem realizar trocas em condições melhores para todos. O objetivo da resolução de problemas em um contexto de construção de consenso é produzir pacotes, propostas e ideias que possam ajudar as partes a estarem numa situação mais vantajosa do que sem o consenso. Assim, os autores destacam que “O primeiro passo em qualquer processo de construção de consenso consiste em fazer com que as pessoas certas sentem-se à mesa de negociação com as expectativas certas”.

⁶⁷⁷ Os conflitos decorrentes das relações de consumo provam tal assertiva, segundo a pesquisa realizada por Leslie Shérída Ferraz, in *Juizados Especiais Cíveis e acesso à Justiça qualificado*, ob. cit., 2008, p. 108-121. Para a autora, “na média nacional, a hipótese se confirma: as empresas (24,7%) celebram menos acordos na audiência de conciliação do que as pessoas físicas (45,6%), e a diferença entre o percentual de acordos firmados atinge a marca de 20,9%. (...) No que tange aos Estados, a despeito das grandes variações, a diferença também se confirma: invariavelmente, a sessão de conciliação é menos exitosa quando o réu se trata de uma empresa”, ob.cit., p. 109. E segue considerando as causas que envolvem as relações de consumo, afirmando que “importa observar que é justamente nesse tipo de conflito – demandas de consumo – que os conciliadores apontam existir uma menor probabilidade de solução amigável, conforme entrevistas abertas realizadas com juizes e conciliadores”.

⁶⁷⁸ V. Marc Galanter, “Why the ‘Haves’ come out ahead: speculations on the limits of legal change”, in *Law and society review*, v. 9, n. 2, 1975, p. 93-160.

⁶⁷⁹ Cf. Marc Galanter, “Why the ‘Haves’ come out ahead: speculations on the limits of legal change”, ob. cit., p. 98-99.

litigantes habituais desfrutam de maior conhecimento, pela experiência acumulada, que lhes dá condições de estruturar diferentes abordagens e, igualmente, testar diversas estratégias, ponderando as que maximizam os ganhos em juízo. Além disso, têm a possibilidade de construir uma retaguarda probatória sobre as teses que mais lhes interessam.

Outra questão interessante levantada pelo autor refere-se à economia decorrente da atuação em larga escala. Há um barateamento do custo pela litigância habitual, pois conseguem especialistas altamente capacitados por valores decrescentes. Acresça-se ainda que a presença frequente auxilia no desenvolvimento de relações informais com os agentes públicos responsáveis pela prestação do serviço, como juízes, oficiais de justiça, auxiliares da Justiça, do que nasce uma reputação no foro, facilitando o desenvolvimento de estratégias de longo prazo na litigância judicial. Com isso, as características estruturais das cortes e das práticas judiciais são tendentes a favorecer organizações que atuam habitualmente no Judiciário, em prejuízo dos litigantes eventuais⁶⁸⁰.

O autor faz ainda uma análise considerando diversos conflitos: litigantes eventuais *versus* litigantes eventuais; litigantes eventuais *versus* litigantes repetitivos; litigantes repetitivos *versus* litigantes eventuais e litigantes repetitivos *versus* litigantes repetitivos⁶⁸¹, discutindo as peculiaridades e as diferenças das relações processuais que se estabelecem sobre as características dos litigantes. O autor adverte que, em regra, a atuação dos litigantes repetitivos nos dois polos da demanda tende a anular mutuamente suas vantagens, bem como a presença nos dois polos de litigantes eventuais neutraliza suas desvantagens. Já a relação judicial constituída pelo litigante repetitivo em um dos polos, enquanto no outro polo está o litigante eventual, é afetada pelas diferenças entre as partes⁶⁸².

⁶⁸⁰ Para Marc Galanter, “Why the ‘Haves’ come out ahead: speculations on the limits of legal change”, ob. cit., p. 103-104, “What this analysis does is to define a position of advantage in the configuration of contending parties and indicate how those with other advantages tend to occupy this position of advantage and to have their other advantages reinforced and augmented thereby. This position of advantage is one of the ways in which a legal system formally neutral as between “haves” and “haves-nots” may perpetuate and augment the advantages of the former”.

⁶⁸¹ Cf. Marc Galanter, “Why the ‘Haves’ come out ahead: speculations on the limits of legal change”, ob. cit., p. 107.

⁶⁸² Cf. Marc Galanter, “Why the ‘Haves’ come out ahead: speculations on the limits of legal change”, ob. cit., p. 113-114.

O autor arremata a questão mencionando uma série de medidas, que, devidamente implementadas, podem reduzir essas diferenças, salientando que não se trata de mudanças apenas relacionadas ao sistema legal de regras, mas de estratégias tangenciais fundamentais para o equilíbrio dessa relação nas cortes⁶⁸³.

No que se refere à conciliação, é preciso frisar que esse meio apresenta grandes possibilidades para resolução de conflitos, quando em ambos os polos estão presentes pessoas físicas. Contudo, enfrenta sérias limitações nos conflitos em que uma das partes é uma grande organização, em regra, litigante habitual, como as empresas de grande porte ou pessoas jurídicas de direito público.

Mesmo as pequenas e médias organizações apresentam maior disposição para a resolução consensual do conflito, ainda que sejam necessárias algumas sessões de conciliação para a construção legítima de consenso, porque a aplicação do método consensual pode atingir os órgãos diretivos das organizações, sensibilizando-as para a efetiva participação na conciliação. Uma vez dispostas a utilizar os meios consensuais, essas organizações tendem a mudar o paradigma de enfrentamento dos conflitos, criando um círculo virtuoso. Todavia, nas grandes organizações, há uma estrutura interna que não permite a verdadeira adesão ao novo sistema de Justiça, incrementada pela Resolução nº 125 do CNJ. Dessa forma, tende a frustra-se a conciliação, porque os prepostos se apresentam por mera formalidade.

Além disso, é preciso enfatizar que as grandes organizações acumulam uma considerável parcela das ações em curso no Judiciário. Corrobora essa assertiva a pesquisa realizada pelo CNJ na investigação dos maiores litigantes da Justiça brasileira, aqueles que realmente sobrecarregam o Judiciário⁶⁸⁴⁻⁶⁸⁵. Acresça-se ainda que muitos conflitos são remetidos à conciliação sem triagem alguma⁶⁸⁶.

⁶⁸³ Segundo Marc Galanter, “Why the ‘Haves’ come out ahead: speculations on the limits of legal change”, ob. cit., p. 135, “We then come to four types of equalizing reform: (1) rule-change; (2) improvement in institutional facilities; (3) improvement of legal services in quantity and quality; (4) improvement to strategic position of have-not parties. I shall attempt to sketch some of the possible ramifications of change on each of these levels for other parts of the litigation system and then discuss the relationship between changes in the litigation system and the rest of our legal iceberg. Of course such reforms need not be enacted single, but may occur in various combinations”.

⁶⁸⁴ Essa pesquisa está disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>, acessado em 20.06.2011.

Certamente, a participação na conciliação dessas organizações, por mera formalidade, pode fazer naufragar o instituto e toda a política de Justiça voltada à abordagem construtiva de resolução de conflitos.

Referindo-se aos modelos processuais estrangeiros, Fábio Peixinho Gomes Correa ressalta diversas reformas da técnica processual, com a finalidade de estimular a solução consensual do conflito⁶⁸⁷. Afirma ele que “a forma mais comum de incentivar a opção pela conciliação tem sido a imposição de sanções à parte que resistir injustificadamente a tal meio de solução de conflitos. Esse desestímulo à resistência injustificada é um modelo de controle da atividade dos sujeitos processuais, o qual se desdobra em duas vertentes distintas: para o Juiz, há a imposição do dever de exercer a governança judicial para orientar a técnica processual no sentido de favorecer a conciliação; para as partes, há a imposição do ônus de apresentar justa causa para resistir à solução do conflito por meio da conciliação”⁶⁸⁸.

Segundo essa orientação, no momento processual designado pelo juiz para realizar a conciliação, cabe às partes estarem preparadas para ativamente participar⁶⁸⁹. Dessa

⁶⁸⁵ Vale reiterar que a melhor forma de tratamento para demandas repetitivas idênticas, com clara presença de direitos individuais homogêneos, é a forma coletivizada, cf. Item 4.3., do Capítulo 4, Parte II. Corroborar este entendimento Marc Galanter, “Why the ‘Haves’ come out ahead: speculations on the limits of legal change”, ob. cit., p.151, ao defender que a incrementação da legislação das ações de classe é uma estratégia para conferir equilíbrio entre os litigantes eventuais e os litigantes habituais.

⁶⁸⁶ Cf. André Gomma de Azevedo, “Autocomposição e processos construtivos”, ob. cit., 2004, p. 149, “De fato, os programas de mediação institucionalizada que apresentam maior grau de satisfação dos usuários são aqueles em que há um servidor encarregado de proceder com a triagem de quais casos seguirão para alguma forma de processo autocompositivo. Cabe destacar que, com alguma frequência, essa triagem também é feita pelo próprio magistrado, como registra a bem sucedida experiência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios”.

⁶⁸⁷ Cf. Fábio Peixinho Gomes Corrêa, in *Governança judicial – modelos de controle das atividades dos sujeitos processuais*, Tese de doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008, p. 244.

⁶⁸⁸ Cf. Fábio Peixinho Gomes Corrêa, in *Governança judicial – modelos de controle das atividades dos sujeitos processuais*, ob. cit., 2008, p. 244, e menciona ainda que: “No exercício da governança judicial, o Juiz deve combater os abusos da litigiosidade impedindo que o processo crie óbices à conciliação. Nesse diapasão, a governança judicial exerce sua função de orientação da técnica processual para o fim de impedir que a falta de informação e que os custos do processo sejam usados como arma para levar à capitulação da parte com menos informação e menos condições financeiras. Assim, a identificação do momento processual mais apropriado para a conciliação está intrinsecamente relacionada com as fases em que será nivelada a informação entre as partes, mediante a produção de provas necessárias para delimitação da controvérsia e eventual organização da fase instrutória. Da mesma forma, não se deve deixar para buscar a conciliação somente ao final do processo, permitindo que os custos deste se avolumem, em prejuízo da parte que tenha menos condições financeiras”.

⁶⁸⁹ Ressaltando essa abordagem no sistema inglês e a ampla discricionariedade para ajustar sua decisão a respeito das custas, Neil Andrews, *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução*

forma, caso uma das partes apresente uma proposta plausível, a parte adversa não pode simplesmente recusar sua aceitação, pois essa recusa deverá ser considerada futuramente. Acresça-se que, na hipótese de a resistência comprovar-se injustificada, o juiz tem o dever de aplicar as sanções cabíveis, tanto com fundamento na litigância de má-fé quanto embasado nas regras que orientam as despesas processuais. A conscientização da parte de que poderá estar sujeita a tais sanções funciona como incentivo à conciliação, na medida em que a colaboração entre as partes em prol da conciliação, em caráter prévio à propositura da demanda judicial, será conduzido em linha com as diretrizes do plano de gerenciamento que visam ao escopo de pacificação social e redução dos custos⁶⁹⁰.

Já Leslie Shéri da Ferraz apresenta a triagem como o ponto central na aferição dos percentuais de acordos firmados⁶⁹¹. Observa a autora que, mesmo com sistemas estruturados, sendo facultativa, a tentativa de conciliação se apresenta como mais efetiva. Nesse sentido, devem submeter-se à conciliação apenas as partes que optarem por esse meio de tratamento do conflito.

de conflitos na Inglaterra, Orientação e revisão de tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, p. 250, menciona que “Se aquele a quem foi proposto o acordo não o aceita, ele assumirá um “risco de custas”. Considere o primeiro tipo de risco de custas. Ele será relacionado à situação em que o autor rejeita a oferta de acordo do réu. Se o autor, no tribunal, não obtém sentença mais vantajosa do que a oferta [da Parte 36] do réu, então, a menos que o tribunal a considere injusta, o autor deverá pagar as custas do réu, após a data em que o autor deveria ter aceito a proposta de acordo. O réu somente será responsável pelas custas do autor incorridas antes dessa data. O segundo risco de custas surge quando o réu rejeita a oferta do autor. Se a sentença contra o réu é, no mínimo, tão vantajosa para o autor quanto a proposta contida numa oferta [da Parte 36] do autor, então, a menos que o tribunal a considere injusta, o réu será responsável por pagar, ao autor, não só as medidas ordinárias de custas (custas “padrão”), mas também uma medida agravada (...), com a possibilidade futura de serem acrescentados altos juros.

⁶⁹⁰ Cf. Fábio Peixinho Gomes Corrêa, in *Governança judicial – modelos de controle das atividades dos sujeitos processuais*, ob. cit., 2008, p. 245.

⁶⁹¹ Para aferir tais resultados, a autora, além da pesquisa realizada nos Juizados Especiais Cíveis, menciona os dados acerca das Cortes de Conciliação Japonesas. Para ela, a pesquisa realizada demonstra que “os índices de acordo dos Juizados brasileiros talvez não sejam tão baixos como se imagina e que a obrigatoriedade da tentativa de conciliação pode não ser o arranjo procedimental mais adequado. Embora os percentuais não permitam fazer qualquer comparação rigorosa, servem como indicativo de que os países com maiores índices de conciliação não fazem dela uma prática obrigatória. Ao revés, apresentam algum tipo de triagem prévia, realizada por técnicos em conciliação, que aferem as reais chances de solução amigável naquele tipo de demanda, e/ou acatam a manifestação positiva das partes. (...) É preciso ter em mente que nem todos os casos são passíveis de acerto, quer em razão da natureza do conflito, quer em função dos sujeitos envolvidos”, in *Juizados Especiais Cíveis e acesso à Justiça qualificado*, ob. cit., 2008, p. 107.

Mais do que sanções processuais, a previsão de outras medidas para incentivar a participação de organizações deve ser implementada, além da necessária interlocução do Judiciário com esses litigantes⁶⁹².

É preciso reconhecer que alguns casos não devem ser encaminhados à conciliação sem o incentivo de medidas reflexas⁶⁹³. Contudo, a Resolução nº 125 do CNJ buscou transformar esse quadro ao prever gestões junto às empresas e às agências reguladoras de serviços públicos, a fim de propagar as práticas autocompositivas e desenvolver acompanhamento estatístico, com a instituição de banco de dados para visualizar os resultados, conferindo selo de qualidade⁶⁹⁴. Da mesma maneira, cumpre mencionar a participação dos órgãos públicos na conciliação, entidades que por tanto tempo foram excluídas das formas de resolução consensual de conflitos. Prevê ainda tal resolução que o CNJ atuará junto aos entes públicos de modo a estimular a conciliação nas demandas que envolvam matérias sedimentadas pela jurisprudência.

De certa forma, essas disposições atendem aos reclamos de parte da doutrina⁶⁹⁵ por se revelarem indicativos da permissão ampliativa das formas de solução de conflitos

⁶⁹² Nesse sentido, Mariella Ferraz de Arruda Pollice Nogueira, “Dos núcleos permanentes de métodos consensuais de solução de conflitos”, ob. cit., 2011, p. 256, mencionando a importância da interlocução entre o Judiciário e os grandes litigantes, afirma que “Os mutirões temáticos são a melhor expressão desse esforço, pois uma vez antecidos por preparação logística e fixação de parâmetros e diretrizes pelos participantes, permitem que haja concentração de recursos humanos das empresas, melhorando a qualidade das participações nas sessões de conciliação, com resultados muito superiores aos obtidos em tratamento individualizado”.

⁶⁹³ Tal questão inclusive foi ressaltada na reunião do Comitê Gestor do Movimento Nacional pela Conciliação, ocorrida em Brasília no dia 14.09.2011, conforme informação disponível em <http://www.ajuris.org.br/ajuris/index.php?option=com_content&view=article&id=1610:cnj-define-datas-da-semana-nacional-de-conciliacao&catid=77:geral&Itemid=71>, acessado em 13.10.2011. A Semana Nacional de Conciliação de 2011 terá como foco às demandas judiciais de massa, que envolvem grandes números de partes – em geral, ações coletivas movidas por consumidores contra bancos, empresas de telefonia, serviços de água e luz etc. Nesse sentido, o CNJ tem mantido contatos com as federações das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP) e Brasileira dos Bancos (FEBRABAN), entidades públicas e algumas das principais instituições financeiras, com vistas a formar parcerias que levem à adesão da conciliação.

⁶⁹⁴ Resolução n. 125 do CNJ, art. 6º, VII e VIII.

⁶⁹⁵ Nesse sentido, conferir brilhante tese desenvolvida por Carlos Alberto de Salles, in *A arbitragem na solução de controvérsias contratuais da administração pública*, ob. cit., 2010, defendendo a arbitragem como mecanismo apto a solucionar controvérsias contratuais da Administração Pública. Para o autor, ob. cit., p. 73, “Levando-se em conta a natureza dos contratos envolvidos e as políticas estatais a ela subjacentes, tendo em vista os resultados que se pretende produzir, a solução das disputas nesse âmbito podem não encontrar no Judiciário sua resposta mais adequada. Vislumbra-se, então, nesse caso, a possibilidade de exclusão da jurisdição estatal, com o estabelecimento convencional de outro mecanismo, cuja legitimidade e justificativa se buscam em função de sua maior adequação em relação aos mecanismos judiciais e outros possíveis instrumentos de solução de controvérsias. Da mesma maneira que é lícito e legítimo ao particular excluir a jurisdição estatal, também ao Estado pode ser validamente permitido essa possibilidade, desde que respeitados os limites e procedimentos próprios ao seu modo de

também aos entes públicos⁶⁹⁶ e ainda por concretizar as estratégias do Poder Judiciário no tratamento de conflitos⁶⁹⁷.

5.3.3. OS ADVOGADOS

A CF/88 declara que o advogado é indispensável à administração da Justiça⁶⁹⁸ e o caráter público de sua atividade está relacionado ao próprio conceito de Justiça. Por isso a capacidade postulatória é um pressuposto processual e apenas em alguns casos excepcionais é que as partes podem atuar em juízo com dispensa desse profissional, que exerce seu mister como reflexo do garantismo próprio do Estado Democrático de Direito⁶⁹⁹.

A noção de contraditório, própria do devido processo legal, conduz à indispensável participação das partes na ampla reconstituição do histórico do conflito, de modo que haja a maior contribuição dos litigantes para o acerto do desfecho a ser dado pela sentença, na prestação jurisdicional tradicional, o que somente ocorre quando os litigantes estiverem representados em juízo por seus advogados, isto é, pessoas que, em virtude dos conhecimentos específicos na área jurídica, estejam aptas a colaborar para que o processo atinja sua finalidade de eliminar conflitos por pacificação com justiça. Especificamente com relação à conciliação, os advogados podem atuar em dois níveis: analisar o conflito e propor essa forma consensual de resolução ou ao atuar nas sessões autocompositivas⁷⁰⁰.

atuação. Não existe, a esse, propósito, uma *reserva de jurisdição*, impondo que os litígios envolvendo a Administração sejam, necessariamente, objeto de processo judicial”.

⁶⁹⁶ Cf. Item 4.2., do Capítulo 4, Parte II.

⁶⁹⁷ Nesse sentido, Morgana de Almeida Richa, “Evolução da semana nacional de conciliação como consolidação de um movimento nacional permanente da Justiça brasileira”, ob. cit., p. 64, afirma que “Mais recentemente, a abordagem da Semana Nacional de 2011, agendada para o período de 28 de novembro a 02 de dezembro, prevê o enfrentamento dos litígios em massa a partir do levantamento de dados coletados pelo CNJ sobre os 100 maiores litigantes dos tribunais estaduais, regionais federais e do trabalho. Constatados gargalos no ranking, em especial relativamente aos setores públicos federal, estadual e municipal, bancos e telefonia, a diretriz do planejamento está assentada em negociações coletivas envolvendo agências reguladoras e empresas demandantes em larga escala, estabelecidas metas de conciliação mediante termos de cooperação específicos, que possam igualmente absorver seara da conciliação pré-processual”.

⁶⁹⁸ Cf. art. 133, da CF/88.

⁶⁹⁹ Cf. art. 36, do CPC.

⁷⁰⁰ Cf. John W. Cooley, in *A advocacia na mediação*, ob. cit., 2001, p. 74, “A advocacia eficaz na mediação tem quatro aspectos distintos: (1) a preparação do caso para a mediação; (2) a preparação do cliente para a mediação; (3) a advocacia durante a sessão de mediação; e (4) a advocacia ligada à mediação após a sessão de mediação”.

Ao receber o cliente, o advogado realiza o primeiro filtro do conflito, pois o enquadra no ordenamento jurídico material e processual⁷⁰¹. Entretanto, pode auxiliar a parte a avaliar, dentre os vários existentes, o meio mais adequado de resolver conflitos. Para melhor desempenhar tal função, o advogado deve identificar os interesses e necessidades do seu cliente.

Assim, após essa primeira verificação, o advogado poderá orientar a parte sobre as diversas formas de resolução de conflitos aceitas pelo sistema jurídico brasileiro, verificando se há condições favoráveis que recomendem entabular negociações diretas com a outra parte; a intervenção de um terceiro neutro para auxiliar a tentativa de composição, sugerindo a conciliação ou a mediação; ou, levando o conflito para uma resolução heterocompositiva, seja por arbitragem ou processo judicial⁷⁰². Ao advogado incumbe avaliar as concretas possibilidades inerentes à via consensual ou litigiosa, informando as partes sobre as alternativas previsíveis e as ferramentas disponíveis⁷⁰³. Uma compreensão moderna do papel do advogado deve considerar também seu papel pacificador.

É certo ainda que constitui dever do advogado, nos termos do art. 2º, parágrafo único, VI, do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, “estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios”. Assim, no contexto de um completo assessoramento da parte, o seu respectivo

⁷⁰¹ Para Maria Inês Corrêa de Cerqueira César Targa, *in Mediação em juízo*, ob. cit., 2004, p. 32-33, o advogado realiza o segundo filtro, pois a própria parte realiza o primeiro, contando apenas a sua versão dos fatos. Para a autora, “O fato de as partes não relatarem, de per si, ao Estado Juiz as circunstâncias do conflito, também faz com que ele seja levado integralmente do Poder Judiciário. Passou ele pelo “filtro” da parte e, posteriormente, pelo “filtro” do advogado, que também não o relata em sua inteireza, expungindo do relato que lhe foi feito pelo cliente as circunstâncias que entende inadequadas à defesa dos interesses de seu constituinte”.

⁷⁰² Nesse sentido, v. Juliana Demarchi, *in Mediação – Proposta de implementação no processo civil brasileiro*, ob. cit., 2007, p. 154.

⁷⁰³ Segundo o Desembargador José Carlos Ferreira Alves, na palestra sobre a Política Pública de Tratamento Adequado de Conflitos, proferida em 1.07.2011, na Escola Paulista da Magistratura – EPM, em São Paulo, conforme informação disponível em <<http://www.tj.sp.gov.br/Noticias/Noticia.aspx?Id=10942>>, acessado em 25.08.2011, dos 300 mil advogados inscritos, 48 mil vivem da nomeação dativa. Para ele, “Os advogados dativos são remunerados apenas com a judicialização e, para receberem integralmente, devem apresentar recurso. O Núcleo está buscando, junto à OAB, formas de remunerar os advogados na Conciliação e na Mediação, porque queremos parceiros e não adversários”, ressaltou, salientando, ainda, que os conciliadores e mediadores cadastrados no Núcleo serão remunerados e o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já está procurando formas de viabilizar essa remuneração.

advogado deve incentivar a resolução consensual do conflito e alertá-la para as desvantagens de uma ação judicial, bem como para as demais implicações decorrentes da adoção de quaisquer formas de enfrentamento da controvérsia⁷⁰⁴.

Nesse sentido, é preciso frisar que o advogado deve estar preparado não só para investigar profundamente o conflito do seu cliente, mas também para aferir as circunstâncias do caso concreto, apresentando diversas opções de enfrentamento, assinalando as vantagens e desvantagens dos métodos apresentados⁷⁰⁵.

Se a via escolhida for a consensual, compete ao advogado orientar o cliente, fazendo uma verdadeira avaliação da situação concreta, que ofereça mensuração razoável do que pretende⁷⁰⁶. Com a correta preparação para os meios consensuais, as partes estarão mais propensas à influência de uma negociação pautada pela busca de resoluções integrativas. O papel do advogado na sessão de conciliação não deve relacionar-se apenas à orientação jurídica da parte, mas estender-se e criar propostas que atendam aos interesses das partes. A postura competitiva do advogado, normalmente vista nas cortes, deve ser afastada, cedendo espaço a uma postura colaborativa, reforçando a confiança e a segurança das partes no método consensual e na resolução construtiva, aumentando sua autodeterminação⁷⁰⁷.

Vale frisar que a Resolução nº 125 do CNJ deixa claro que não é função do conciliador orientar juridicamente as partes, até porque não pressupõe a formação jurídica em nível

⁷⁰⁴ Cf. Fernanda Tartuce, *Mediação nos conflitos civis*, ob. cit., 2008, p. 130, sobre a conduta do advogado diante da controvérsia, “Espera-se do profissional do direito a adoção de uma nova conduta, mais atualizada com as necessidades dos novos tempos e mais adequada à noção de efetiva pacificação social. O advogado dos tempos atuais deve ser, antes de tudo, um negociador, um eficiente gerenciador de conflitos, não mais se revelando pertinente a figura do advogado excessivamente beligerante. Urge, assim, uma visão aberta para permitir sua aderência a novos princípios e formas de atuação”.

⁷⁰⁵ Segundo John W. Cooley, in *A advocacia na mediação*, ob. cit., 2001, p. 74, o advogado ao planejar sistematicamente a negociação deve realizar atividades como “a coleta e a organização das informações; a análise das questões relativas à administração do tempo; a identificação de questões objetivas e os interesses básicos das partes; a avaliação dos pontos fortes e dos pontos fracos; o estabelecimento da posição de abertura das condições mínimas; a estimativa das condições mínimas da outra parte e de sua posição de abertura; a consideração de resultados empatados e possíveis concessões e trocas; o planejamento das estratégias e das técnicas apropriadas; e a determinação do formato da apresentação, da agenda e de questões ligadas a comunicações”.

⁷⁰⁶ Para Juliana Demarchi, in *Mediação – Proposta de implementação no processo civil brasileiro*, ob. cit., 2007, p. 156, “É preciso ressaltar o valor da assistência jurídica na sessão da mediação, condicionando-se tal assistência à preparação específica e adequada para atuação em mediação, de acordo com a filosofia e finalidade que lhe são próprias”.

⁷⁰⁷ Nesse sentido, v. John W. Cooley, in *A advocacia na mediação*, ob. cit., 2001, p. 70-72.

de graduação. Toda e qualquer orientação jurídica deve, mesmo com a nova estrutura de tratamento de conflitos, continuar sendo feita pelos advogados, o que não exclui eventuais ponderações sobre a lei ou sobre o ordenamento jurídico, mencionados como dados de realidade em casos pontuais. Contudo, cabe ao advogado orientar a parte e verificar quais são suas alternativas jurídicas, justificando assim definitivamente a importância desse profissional na conciliação.

Na sessão de conciliação, o advogado pode contribuir muito no desenvolvimento de soluções de ganhos mútuos, a fim de que sejam atendidos os interesses das partes, podendo ainda esclarecer os direitos e os deveres de seus representados e aumentar o senso de responsabilidade voltado ao cumprimento voluntário das avenças realizadas. Nesse sentido, o advogado deve estimular o seu cliente a manifestar suas reais necessidades e seus verdadeiros interesses, assumindo postura construtiva na busca de resultados favoráveis a todos os envolvidos, atuando em harmonia com o conciliador.

Cumpra-se ainda incentivar o protagonismo do seu cliente na sessão de conciliação. É justamente por esse motivo que a presença do advogado à sessão de conciliação desacompanhado da parte é indesejável, sobretudo se não estiver investido de poderes para transigir. Nesse caso, a presença formal do advogado, sem a parte deve ser terminantemente evitada, já que é irrelevante a sessão de conciliação.

Já nas sessões realizadas nas esferas pré-processuais fica dispensada, se assim preferirem as partes, a atuação dos advogados, nas causas de valor até vinte salários-mínimos⁷⁰⁸. Mesmo reconhecendo a importância da advocacia na conciliação⁷⁰⁹, a regra é adequada por permitir que as partes tenham um foro seguro de discussão em conflitos de baixo valor econômico, possibilitado pela presença de um facilitador do diálogo, para que se empenhem em resolver a desavença antes da judicialização do conflito. Trata-se de uma fase prévia e completamente informal, razão que justifica a dispensa dos advogados.

⁷⁰⁸ Aplica-se analogicamente o art. 9º, da Lei nº 9.099/1995, que assim dispõe: “Nas causas de valor até 20 (vinte) salários-mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado, nas de valor superior, a assistência é obrigatória”.

⁷⁰⁹ Nesse sentido, Valeria Ferioli Lagrasta Luchiari, “A Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça: origem, objetivos, parâmetros e diretrizes para a implantação concreta”, ob. cit., 2011, p. 247.

De toda forma, é certo que a atuação da advocacia nos meios consensuais tende a mudar, paulatinamente⁷¹⁰. A exigência dos tempos atuais e a constituição de um novo sistema de Justiça demandam uma nova postura dos profissionais do direito e principalmente dos advogados, inclusive dos que atuam de forma dativa⁷¹¹. Acresça-se ainda que a inserção de disciplinas voltadas aos mecanismos consensuais de resolução de conflito nos programas de graduação e pós-graduação cada vez mais influenciará a formação desses profissionais. É claro que há uma perspectiva de médio ou longo prazo nessas mudanças, mas, com a presença frequente das atividades consensuais, os profissionais tendem a adequar-se, até por necessidade, proporcionando uma natural mudança de mentalidade⁷¹².

É preciso reconhecer que é grande o impacto na resolução consensual dos conflitos devido à atuação desses profissionais, que podem estimular a manutenção do conflito ou esforçar-se para solucioná-lo. Ressalte-se, finalmente, que os advogados impregnados com a cultura do litígio ainda verão nos meios consensuais uma estratégia para vencer ou obter vantagens competitivas. Entretanto, as estratégias jurídicas não devem ser vistas apenas como reflexos da atuação advocatícia, mas principalmente como as organizações se relacionam com a advocacia e com o Judiciário.

⁷¹⁰ Para Leslie Shêrida Ferraz, in *Juizados Especiais Cíveis e acesso à Justiça qualificado: uma análise empírica*, ob. cit., 2008, p. 107, “nem todos os casos são passíveis de acerto, quer em razão da natureza do conflito, quer em função dos sujeitos envolvidos”. Comentando tal assertiva, a autora destaca em nota que, pela pesquisa realizada, a presença do advogado tem um impacto negativo na celebração dos acordos nos Juizados Especiais.

⁷¹¹ Cf. Kazuo Watanabe, em entrevista à *Mediativa – Instituto de Mediação Transformativa*, em 30.05.2011, disponível <<http://www.mediativa.org.br/index.php/midiativa/content/view/full/669?intSecao=2&intConteudo=186>>, acessado em 20.07.2011, enfatizando a Resolução nº 125 do CNJ, afirma que “A remuneração do advogado dativo é calculada por atos processuais. Petição inicial é um valor, contestação outro valor, e assim a execução, os embargos, etc. Se o advogado não ajuíza a demanda, não é remunerado. Temos que trabalhar politicamente para que os advogados dativos passem a ser remunerados também pelo trabalho de conciliação e de mediação, o que representará para os cofres públicos uma grande economia. Isso evitará que o advogado judicialize desnecessariamente o conflito. No estado de São Paulo trabalham, nesse sistema de nomeação dativa, cerca 40 mil advogados. Se esses advogados passassem a solucionar seus casos pelos mecanismos consensuais de conflitos, teremos, com toda a certeza, uma redução significativa de demandas judicializadas. E eles receberiam a remuneração mais rapidamente. O Estado gastaria menos. As partes ficariam mais satisfeitas pela solução de seus conflitos de forma mais célere e mais adequada”.

⁷¹² Sobre essa adequação dos profissionais de direito às exigências atuais, v. Mariana D. Hernandez Crespo, in *A Dialogue between Professors Frank Sander and Mariana Hernandez Crespo Exploring the Evolution of the Multi-Door Courthouse (Part One)*, ob. cit., 2008.

Antes de concluir este item, merece destaque a atuação dos Defensores Públicos nas sessões de conciliação, de modo a fortalecer a assistência jurídica integral⁷¹³. Todavia, suas possibilidades não se restringem ao âmbito judicial, sobretudo pelo inciso I do art. 4º da Lei Complementar nº 80/94, denominada Lei Orgânica da Defensoria Pública da União, que dispõe sobre a função institucional da Defensoria Pública no sentido de promover, extrajudicialmente, a conciliação entre as partes em conflito de interesses.

Assim, seja dentro ou fora do Poder Judiciário, é evidente que essa instituição tem papel de grande relevo na construção do consenso, auxiliando o desenvolvimento de uma cultura voltada à pacificação⁷¹⁴.

5.3.4. O JUIZ

O aumento dos poderes do juiz é uma tendência do processo civil moderno. Segundo comenta José Carlos Barbosa Moreira, “a transição do liberalismo individualista para o Estado social de direito assinala-se, como se sabe, por substancial incremento da participação dos órgãos públicos na vida da sociedade. Projetada no plano processual, traduz-se o fenômeno pela intensividade da atividade do juiz, cuja imagem já não se pode comportar no arquétipo do observador distante e impassível da luta entre as partes, simples fiscal incumbido de vigiar-lhes o comportamento para assegurar a observância das regras do jogo, e, no fim, proclamar o vencedor”⁷¹⁵.

⁷¹³ É preciso frisar que a Defensoria Pública é essencial para o cumprimento do acesso à Justiça. Nesse sentido, Marcelo Vieira de Campos, *in Defensoria Pública é essencial ao acesso à Justiça*, disponível em <<http://portal.mj.gov.br/>>, acessado em 08/10/2011, “É preciso reafirmar que não há efetivo acesso à Justiça sem uma Defensoria Pública forte e atuante. É preciso ampliar o quadro de defensores públicos no país e, no plano normativo, reafirmar o papel da Defensoria como instituição essencial à função jurisdicional do Estado a exemplo do “II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça Acessível, Ágil e Efetivo” que priorizou o fortalecimento da instituição e resultou na promulgação da Lei Complementar 132/09 que, dentre as inovações, destaca-se a descentralização da Defensoria e também a legitimação ativa na proposição de Ações Civis Públicas”.

⁷¹⁴ Segundo Maria do Carmo Moreira Conrado, “Mediação de conflitos, acesso à justiça e defensoria pública”, *in Estudos sobre a mediação e arbitragem*, Organização de Lília Maia de Moraes Sales, Rio – São Paulo – Fortaleza, ABC Editora, 2003, p. 172-173, “Nesse intento de tornar efetiva a Justiça, através da assistência jurídica integral, cabe à Defensoria também utilizar o importante instrumento da mediação de conflitos, tanto para proporcionar uma outra via à pacificação, como para possibilitar a prevenção dos conflitos e o exercício da cidadania face à conscientização de direitos. (...) No sentido de ampliar o leque da assistência jurídica integral, compete à Defensoria Pública exercitar o mister da mediação de conflitos, não apenas para realizar acordos (com força de título executivo extrajudicial, na dicção do inc. II do art. 585 do CPC), mas especialmente, para desenvolver o despertar de uma consciência cidadã”.

⁷¹⁵ Cf. José Carlos Barbosa Moreira, “A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo”, *in Revista de Processo*, nº 37, jan.-mar. 1985, p. 140.

No sistema de Justiça que preconiza um tratamento de conflitos por meios consensuais, o juiz pode figurar como conciliador ou como gerenciador do processo, favorecendo a conciliação⁷¹⁶. A tentativa de conciliação, como fase processual, é obrigatória e ficará a cargo do juiz enviar o processo à conciliação no interesse do melhor tratamento do conflito.

Vale ressaltar que os poderes do juiz são poderes-deveres, uma vez que defende os interesses do Estado no sentido de dar resposta aos conflitos, pacificando com Justiça as partes. A Resolução nº 125 do CNJ evidencia que o juiz não tem apenas o poder-dever de sentenciar, mas ainda o de conduzir o processo segundo a ordem legalmente estabelecida, oferecendo outros meios de resolução para o conflito, especialmente conciliação e mediação. Ainda como forma de incrementar a nova política de Justiça, relacionada ao tratamento consensual de conflitos, tal resolução prevê que as atividades referentes aos meios consensuais sejam consideradas nas promoções e remoções de magistrados pelo critério do merecimento.

Outra forma de estimular a participação dos magistrados a integrar-se nessa nova política de Justiça é a capacitação específica prevista na Resolução nº 125 do CNJ. O respectivo módulo tem por objetivo a melhor adaptação desses profissionais, sobretudo pela apresentação dos principais meios consensuais de solução de conflitos e suas aplicações, bem como o detalhamento dos Centros de Resolução de Disputas a serem instalados⁷¹⁷. São seus objetivos específicos conscientizar sobre a política pública de tratamento adequado de conflitos; refletir sobre a importância da utilização dos meios não adversariais de solução de conflitos; informar sobre o panorama nacional e internacional dos meios alternativos de solução de conflitos e principais métodos

⁷¹⁶ Para Maria Inês Corrêa de Cerqueira César Targa, in *Mediação em juízo*, ob. cit., 2004, p. 166, “Dispõe o Código de processo Civil brasileiro, em seu art. 125, que o juiz dirigirá o processo, devendo assegurar às partes igualdade de tratamento; zelar pela célere solução do conflito; prevenir atos atentatórios à dignidade da justiça e tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes (inciso IV do artigo em questão), tentativa de conciliação essa obrigatória quando o litígio versar sobre direitos patrimoniais disponíveis ou em ações de família, conforme, ainda, dispõe o CPC em seu art. 447”.

⁷¹⁷ Segundo Francisco José Cahali, in *Curso de arbitragem*, ob. cit., 2011, p. 49, “Aos magistrados será oferecido também um módulo específico não apenas àqueles já envolvidos com o programa de conciliação, mas a todos os interessados, pois se pretende exatamente a conscientização sobre a política pública de tratamento adequado de conflitos, apresentando os panoramas nacional e internacional dos meios alternativos de solução de controvérsias, sua importância, métodos e detalhada estruturação e funcionamento dos *Centros*”.

existentes; detalhar o funcionamento dos Centros de Resolução de Disputas e fiscalizar os serviços de conciliadores e mediadores.

Como conciliador, o juiz deixa de ser a figura que aplica o direito ao caso concreto e deve exortar as partes a uma nova perspectiva do conflito⁷¹⁸. No desenvolvimento dessa atividade, o magistrado não deve influenciar as partes com prognósticos de resultados favoráveis ou desfavoráveis, sob pena de comprometer sua imparcialidade no julgamento futuro, se a conciliação não resultar em acordo. Ao assumir sua função de pacificador, conduzindo a conciliação, o juiz deixa de exercer sua função jurisdicional típica, que é aplicar o direito ao caso concreto. Apenas se não houver a composição entre as partes é que o juiz voltará a assumir sua função jurisdicional. São posturas absolutamente diversas.

Outrora, o juiz era visto como o melhor sujeito para realizar acordos, principalmente pelo exercício da sua autoridade⁷¹⁹. Todavia, muitas vezes os acordos firmados provinham do receio das partes de um julgamento desfavorável e não da construção legítima do consenso pelo atendimento dos interesses das partes. Aos poucos, as limitações relacionadas ao desenvolvimento da função conciliadora pelo juiz começaram a ser reconhecidas, sobretudo porque as partes não revelavam todo o conflito e as interferências do advogado nas sessões presididas pelo juiz eram mais enfáticas, inibindo a manifestação direta das partes. A imparcialidade do juiz também passou a ser vista como elemento de grande limitação nas sessões de conciliação⁷²⁰. Há certas restrições, sobretudo na utilização de sessões individuais com as partes⁷²¹, impedem o juiz de tomar maior conhecimento do conflito e das razões das partes.

⁷¹⁸ Roberto Portugal Bacellar, in *Juizados Especiais*, ob. cit., 2003, p. 78, “No que diz respeito ao juiz-conciliador, haverá ele de conversar com as partes para conhecer os motivos que originaram o conflito, sem se comprometer. Deve avançar com cautela, só propondo soluções quando perceber que poderá fazê-lo sem antecipar o julgamento”.

⁷¹⁹ Cf. Roque Komatsu, in *A tentativa de conciliação no processo civil*, ob. cit., 1978, p. 63.

⁷²⁰ Para Petrônio Calmon, in *Fundamentos da mediação e da conciliação*, ob. cit., 2007, p. 148-149, “Com uma conversa mais longa, o juiz corre o risco de comprometer o futuro de sua atividade jurisdicional, envolvendo-se em demasia com a pretensão de uma das partes ou de ambas. Deve evitar adiantar seu ponto de vista sobre os fatos e o direito aplicável. A simples menção à jurisprudência (sobretudo a própria) pode deitar por terra sua credibilidade. Mas, tomadas as cautelas necessárias para evitar essas consequências desastrosas, há espaço para a atividade conciliadora do juiz da causa, sem exigir-lhe maior dedicação”.

⁷²¹ Em sentido contrário, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César Targa, in *Mediação em juízo*, ob. cit., 2004, manifesta-se pela possibilidade, p. 68: “Conquanto as audiências, em regra, sejam públicas, a não ser que os autos tramitem em segredo de justiça (art. 444 do CPC), com a concordância das partes envolvidas no litígio e desde que busquem a efetiva conciliação, nada impede que o juiz realize

Por tudo isso, atualmente o juiz não é visto como o melhor sujeito para realizar a conciliação⁷²²⁻⁷²³, porque as partes pouco se conciliam ou realizam acordos sem consentimento legítimo⁷²⁴. Mesmo assim, é preciso ressaltar que, como o conciliador, o juiz deve atuar com imparcialidade e neutralidade, promovendo a solução do conflito de forma construtiva⁷²⁵.

Já como gerenciador do processo, deve o juiz preocupar-se em enviar aos setores de conciliação os processos que podem ser resolvidos de forma consensual. É claro que se trata de tarefa árdua, mas a verificação judicial é uma medida integrativa importante⁷²⁶.

audiências para conversar particularmente com cada um dos envolvidos no conflito, colhendo dados que muitas vezes são difíceis de obter, principalmente num primeiro momento do procedimento, se colocados frente a frente, ou por timidez, por excesso de conflituosidade ou por necessidade de manutenção de sigilo quanto à informação a ser passada ao Magistrado, dentre outras razões”.

⁷²² Cf. Kazuo Watanabe, em entrevista à *Mediativa* – Instituto de Mediação Transformativa, em 30.05.2011, disponível <<http://www.mediativa.org.br/index.php/midiativa/content/view/full/669?intSecao=2&intConteudo=186>>, acessado em 20.07.2011, enfatizando a Resolução nº 125 do CNJ, afirma que “No Japão e nos EUA, a conciliação é realizada, via de regra, por pessoa que não julgar a causa. Esse modelo é mais adequado porque dá mais liberdade e possibilidade de atuação ampla aos mediadores e conciliadores, desde que se adote a regra de confidencialidade. Quando as partes percebem que quem está promovendo o acordo é a pessoa que irá julgar a causa, passam a se conter na tentativa de acordo, temendo que suas propostas sejam interpretadas como sinal de fraqueza de suas razões jurídicas. Tudo isso foi levado em conta na Resolução para organizar melhor o sistema de soluções consensuais.”

⁷²³ Em sentido contrário, mas enfocando a área trabalhista, Adriana Goulart de Sena, “Juízo conciliatório trabalhista”, ob. cit., 2007, p. 146, afirma que o juiz é o melhor conciliador. Segundo a autora, “no processo do trabalho, a atuação do magistrado é instrumento estatal de equalização jurídica das partes materialmente desiguais, além de controlar a aplicação das normas de ordem pública e de interesse socialmente em geral (v. g. direitos indisponíveis, questões tributárias e previdenciárias)”.

⁷²⁴ Para Maria Inês Corrêa de Cerqueira César Targa, in *Mediação em juízo*, ob. cit., 2004, p. 166, “Nossa verificação, entretanto, é de que quando o juiz não atua como mediador efetivo do conflito as partes pouco se conciliam, ou meramente realizam acordos momentâneos, que não são cumpridos ou desmerecem a própria distribuição da justiça, porque foram impostos”.

⁷²⁵ Segundo Petrônio Calmon, in *Fundamentos da mediação e da conciliação*, ob. cit., 2007, p. 148, “A previsão constante das leis processuais para a atividade conciliadora do juiz jamais pode deixar de ser valorizada, pois sempre é tempo de tentar a composição. O juiz pode e deve tentar a convergência. Não precisa empreender tempo para essa atividade. Diante de um sistema amplo de opções de mecanismos para a obtenção da autocomposição, em que são oferecidos à comunidade a mediação parajudicial e a conciliação promovida por conciliador, não se critica a conduta do juiz que, cumprindo o mandamento legal de tentar a conciliação, limita-se a perguntar se às partes se “há acordo” ou se “é possível obtê-lo”. Uma curta conversa, onde o juiz indagará das partes se lhe foram oferecidas bem as demais opções com vistas à autocomposição, será suficiente para que o juiz perceba a impossibilidade de qualquer composição amigável”.

⁷²⁶ Segundo Valeria Ferioli Lagrasta Luchiari, “A Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça: origem, objetivos, parâmetros e diretrizes para a implantação concreta”, ob. cit., 2011, p. 248, “A participação ativa do juiz no processo (gerenciamento do processo), inclusive no que diz respeito à realização pessoal da triagem de processos para seu encaminhamento aos métodos consensuais de solução de conflitos (hoje conciliação e mediação) e à fiscalização e orientação do serviço desenvolvimento pelos servidores, conciliadores e mediadores, contribui para a difusão desses métodos e o adequado funcionamento das unidades judiciárias, com a redução expressiva do número de processos distribuídos, do prazo de duração do processo e da pauta de audiências, bem como do índice de execução e recursos, o

Os processos remetidos de forma automática aos setores de conciliação ensejam apenas mais uma fase processual, frustrando as partes e gerando o descrédito da conciliação. Assim, se as partes já se manifestaram declarando expressamente que não desejam submeter-se ao método consensual ou ainda se houver reserva de jurisdição, a demanda não deve ser endereçada à conciliação.

A resolução consensual dos conflitos, sob os auspícios do Judiciário, impõe um ônus adicional ao juiz, que deverá ainda acompanhar e fiscalizar todos os envolvidos nos Setores de Conciliação e Mediação. São os auxiliares da Justiça: escreventes, conciliadores e mediadores. É necessário haver adequada sistematização dos meios consensuais, bem como estímulo para que as partes os utilizem corretamente, competindo ao juiz realizar o controle desse sistema, ora institucionalizado.

Assim, como gestor dos Setores de Conciliação e Mediação, o juiz não deve sugerir aos conciliadores e mediadores que exerçam qualquer tipo de coação para que as partes alcancem o acordo ou ainda para que adiantem posicionamentos jurídicos. O juiz coordenador desses Setores deve sim orientar os profissionais para ficar atentos à realidade, voltando suas atividades à humanização da resolução do conflito e utilizando todas as técnicas possíveis. Deve também estimular os conciliadores e mediadores para que se preocupem com a litigiosidade remanescente, isto é, a que persiste mesmo depois de terminada a composição entre as partes, garantindo que a resolução represente de fato uma pacificação com Justiça⁷²⁷.

Naturalmente, a mudança de paradigma decorrente dessa nova sistemática atinge todos os operadores do direito, já que, ao exercerem suas atividades profissionais, terão de voltar-se a uma atuação cooperativa, focada na solução do conflito de maneira mais construtiva. Neste ponto, a atuação do juiz também será fundamental para ampliar e consolidar o uso dos meios consensuais no Judiciário.

que demonstra que os métodos consensuais de solução de conflitos realmente propiciam a pacificação social”.

⁷²⁷ Cf. André Gomma de Azevedo (Organizador), in *Manual de Mediação Judicial*, ob. cit., 2010, p. 49-50.

5.3.5. O MINISTÉRIO PÚBLICO

O Ministério Público é uma instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis⁷²⁸. Ocorrendo razões de ordem pública, a lei confere legitimidade ao Ministério Público para atuar no feito, seja como parte ou como fiscal da lei. Na defesa de interesses públicos, o Ministério Público pode atuar como parte principal, como verdadeiro legitimado ativo ou ser apenas assistente, atuando ao lado de algum legitimado ativo que optou por ingressar com uma demanda de interesse coletivo⁷²⁹.

Como *custos legis*, atua em prol da estrita observância do direito objetivo, zelando pela correta aplicação da lei e, portanto, desvinculado de qualquer interesse substancial em relação ao desfecho da causa, quando intervém numa infinidade de processos, conforme determinam diversas leis esparsas. Exemplificativamente, vale mencionar que o *parquet* atua nas causas em que há interesse de incapazes; concernentes ao estado da pessoa, poder familiar, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de última vontade; nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza do conflito ou qualidade da parte⁷³⁰. Nos casos em que deve intervir obrigatoriamente, sua ausência é motivo de nulidade⁷³¹.

⁷²⁸ Nesse sentido, art. 127, da CF/88. A Lei nº 8.265/1993, denominada Lei Orgânica do Ministério Público, traz a regulamentação específica da atividade, ratificando os dispositivos constitucionais.

⁷²⁹ Para Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, *in Teoria geral do processo*, ob. cit., 2010, p. 324, “São casos de ação civil pública, em sentido amplo: a) a ação direta de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade em relação à Constituição Federal (Const., art. 102, inc. I, letra a, c/c art. 103, inc. VI); b) a ação direta de inconstitucionalidade por conflito com Constituições estaduais (Const., art. 125, § 2º, c/c Const-SP, arts. 74, inc. VI e 90, inc. III); c) ações civis públicas para a tutela de qualquer interesses difuso, coletivo e, havendo relevância social, individual homogêneo (Const., art. 29, inc. III; lei n. 7.347, de 24.7.85, arts. 1º, 5º e 21; CDC, esp. Art. 82, inc. I); d) a ação de improbidade administrativa (lei n. 8.429, de 2.6.92); e) a ação de nulidade de casamento (CC, art. 1.549); f) a ação de dissolução de sociedade civil (dec-lei n. 9.085, de 25.3.46)”.

⁷³⁰ Cf. art. 82 do CPC.

⁷³¹ Para Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, *in Código de Processo Civil Comentado*, ob. cit., 2006, p. 269, “A partir do momento em que cessar a incapacidade, termina a legitimidade para o MP intervir no processo. Se houve nulidade pela não participação do MP no processo, quando o interessado ainda era incapaz, a superveniência de sua capacidade não convalida aqueles atos, impondo-se a anulação do feito a partir do vício, nada obstante não exista razão atual para a intervenção do MP”.

O objeto da atenção do Ministério Público resume-se a uma tríade: deve zelar para que não haja disposição alguma de interesse que a lei considere indisponível; nos casos em que há disponibilidade condicionada deve zelar para que a disposição daquele interesse se faça em conformidade com as exigências da lei e, por fim, deve zelar pela prevalência do bem comum, nos casos em que não haja indisponibilidade do interesse, nem absoluta nem relativa, mas esteja presente o interesse da coletividade como um todo na solução do litígio. Em suma, desde que haja alguma característica de indisponibilidade, disponibilidade condicionada ou apenas em defesa de qualquer interesse, disponível ou não, conveniente à coletividade, será exigível a iniciativa ou a intervenção do *parquet* no conflito⁷³².

O Ministério Público é responsável pela defesa da ordem jurídica e dos interesses da sociedade, com fiel observância do sistema legal. Como órgão interveniente, a ele se atribui grande eminência no contexto da relação processual, na medida em que lhe incumbe o desempenho imparcial da atividade fiscalizadora. Sendo um órgão acessível ao povo, pode estimular as partes à conciliação⁷³³.

Muitas vezes, sem saber ao certo a quem recorrer, a população apresenta seus conflitos ao Ministério Público, porque é uma instituição reconhecidamente idônea e ativa. Assim, essa instituição pode contribuir com a resolução consensual de conflitos de forma direta, pela conciliação extrajudicial das partes⁷³⁴, ou ainda de forma indireta, pela indicação das partes aos Setores de Conciliação mais próximos de suas localidades. Nas comarcas maiores, a proximidade dessa instituição com a população não é tão grande, já que as atribuições são divididas e há o concurso de várias outras instituições de auxílio à população. Nada, porém, diminui a importância do Ministério Público na disseminação dos meios consensuais.

⁷³² Cf. Hugo Nigro Mazzilli, in *O acesso à justiça e o Ministério Público*, ob. cit., 2007, p. 47-48.

⁷³³ O artigo 121, inc. II, da Lei Orgânica do Ministério Público, dispõe que “Cabe aos Promotores de Justiça exercer as atribuições de Ministério Público junto aos órgãos jurisdicionais de primeira instância, competindo-lhes, ainda: II. Atender a qualquer do povo, tomando as providências cabíveis”.

⁷³⁴ Para Gustavo R. Chaim Pozzebon e Michel Betenjane Romano, “O papel do Ministério Público na pacificação de conflitos”, in *Mediação e gerenciamento de processos*, Coordenação de Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Caetano Lagrasta Neto, São Paulo, Atlas, 2007, p. 37, “É certo que o Promotor de Justiça, além de prestar orientação jurídica à população, também pode contribuir para o arrefecimento da “litigiosidade contida”, através da celebração de acordos sobre interesses de natureza disponível ou indisponível, mas por ele referendados, aos quais a lei atribui a eficácia de título executivo extrajudicial (artigo 585, inciso II, do CPC, e artigo 57, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95”.

Vale ainda destacar a grande relevância da intervenção fiscalizadora do Ministério Público nas conciliações, uma vez que o envio de certos conflitos para resolução por meios consensuais gera diversos benefícios, inclusive quando está envolvida alguma peculiaridade legal, como a participação de incapaz. Todavia, esse entendimento só é possível pela institucionalização desses meios, que, sob o crivo do Judiciário e contando com a atividade fiscalizadora do Ministério Público, podem alçar voos maiores, inclusive ampliando suas limitações – o que resta evidenciado nesta tese⁷³⁵.

É preciso frisar que a conciliação não apresenta apenas soluções distributivas, como se verifica pelo conceito tradicionalmente atribuído à transação. O tratamento ampliado do conflito abre um leque de soluções cooperativas e integrativas, que podem ser mais profundamente aproveitadas pela sua aplicação no Judiciário, principalmente pelo acompanhamento realizado pelo Ministério Público, que atua como grande fiscal do ordenamento jurídico.

5.3.6. OS AUXILIARES DA JUSTIÇA

Além do juiz coordenador do Setor de Conciliação e Mediação, há um escrivão que atua como diretor da seção, normalmente servidor do Tribunal de Justiça, com papel de destaque na condução dos meios consensuais no Judiciário, seja na esfera processual ou pré-processual. As atividades do diretor estão relacionadas à organização e fiscalização das atividades do Setor, com diversas atribuições, como realizar agendamentos, fiscalizar serviços e organizar pessoal. Além do diretor, outros escreventes atuam no Setor, sendo responsáveis principalmente pela documentação das sessões de conciliação.

O trabalho desses profissionais também deve estar afinado com a proposta da Resolução nº 125 do CNJ. Não é por outro motivo que essa resolução os obriga a cursar o módulo I da capacitação, formação voltada à orientação da política pública de tratamento adequado de conflitos, denominada “introdução aos meios alternativos de solução de conflitos”. Além disso, inclui um módulo de orientação especificamente dirigido a esses profissionais, versando sobre os procedimentos a ser seguidos, as práticas

⁷³⁵ Cf. Item 4.2., do Capítulo 4, Parte II.

administrativas, a fiscalização de conciliadores e mediadores, bem como a atuação nas redes de cidadania, tudo buscando o maior aproveitamento dos atos praticados e sua respectiva segurança⁷³⁶.

O trabalho de assessoramento realizado por esses auxiliares da Justiça é importante para o bom funcionamento dos Setores de Conciliação e Mediação. A Resolução nº 125, de forma acertada, os inclui como sujeitos desse novo sistema⁷³⁷. A participação desses profissionais é enfatizada principalmente pela previsão da necessidade de formação, genérica e específica, para que atuem com legitimidade nesses Setores.

A resolução pretende envolver esses auxiliares pela capacitação voltada para o devido ajustamento ao modelo consensual de tratamento dos conflitos, mas certamente terá ainda um efeito reflexo no estímulo desses profissionais, que passam a ser reconhecidamente atores integrantes dessa nova política de Justiça.

⁷³⁶ Anexo I, da Resolução n. 125 do CNJ.

⁷³⁷ Em regra, estes profissionais não são vistos como atores que influenciam o sistema de Justiça, cf. *Análise da gestão e funcionamento dos cartórios judiciais*, ob. cit., 2007, p. 29, “A influência dos cartórios sobre a justiça não se limita aos seus efeitos sobre a morosidade do processo. Estende-se a aspectos materiais do exercício jurisdicional: funcionários de cartório são quem elabora um volume considerável de decisões judiciais. A chamada “preparação de decisões” ou “despacho em preto” consiste na apreciação, geralmente pelo diretor, escrevente-chefe ou escrevente, dos requerimentos mais simples formulados pelas partes e na elaboração de uma minuta de decisão, que é submetida ao juiz e, se aprovada, por ele assinada. (...) Como não se trata de uma prática oficialmente reconhecida – embora bastante difundida – não se verificou haver um padrão ou critérios na elaboração de minutas ou na conferência feita pelo juiz”.

6. EFETIVIDADE JURISDICIONAL PELA CONCILIAÇÃO: CONCLUSÕES

Mesmo reconhecendo a função instrumental do processo perante a ordem jurídica substancial, prepondera o seu objetivo relacionado ao escopo social: a pacificação. A atividade jurisdicional exercida pelo Estado tem esse objetivo maior, voltado a resolver com Justiça os conflitos entre as pessoas. O processo é nesse quadro um instrumento a serviço da paz social, justificando a inserção de meios consensuais.

Antes de iniciar as considerações sobre a confirmação da hipótese estabelecida na introdução, é preciso reiterar que a análise feita considerou como efetividade da prestação jurisdicional a pacificação de conflitos com Justiça, estabelecendo a preponderância do seu escopo social⁷³⁸⁻⁷³⁹. Essa abordagem está em consonância com a nova concepção de acesso à Justiça, concepção que leva o Judiciário a estruturar-se não só para oferecer a pacificação decorrente da prolação de sentença, mas também para promover os meios voltados à construção de consenso, capazes de incrementar uma Justiça colaborativa.

Movimentos de estímulo à conciliação, à mediação e à desjudicialização de procedimentos são benéficos se permitem uma solução que salvaguarda o núcleo essencial da função jurisdicional: pacificação com Justiça. Justamente por isso coaduna-

⁷³⁸ Segundo Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria geral do processo*, ob. cit., 2010, p. 40-41, “Para a efetividade do processo, ou seja, para a plena consecução de sua missão social de eliminar conflitos e fazer justiça, é preciso, de um lado, tomar consciência dos escopos motivadores de todo o sistema (sociais, políticos, jurídicos); e, de outro, superar os óbices que a experiência mostra estarem constantemente a ameaçar a boa qualidade de seu produto final”. Para os autores, esses óbices situam-se em quatro pontos sensíveis: admissão do processo, modo-de-ser do processo, justiça das decisões e efetividade das decisões, concluindo que “(...) Todo processo deve dar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter. Essa máxima de nobre linhagem doutrinária constitui verdadeiro *slogan* dos modernos movimentos em prol da efetividade do processo e deve servir de alerta contra tomadas de posição que tornem acanhadas ou mesmo inúteis as medidas judiciais, deixando resíduos de injustiça”.

⁷³⁹ Segundo José Roberto dos Santos Bedaque, *in Direito e Processo*, ob. cit., 2003, p. 18, “Na medida em que a atuação da vontade concreta do ordenamento jurídico material e a pacificação da sociedade dependem, muitas vezes, da atuação jurisdicional, como esta desenvolve suas atividades e procura atingir tais escopos por meio do processo, a preocupação fundamental daqueles que procuram estudar esse instrumento com que a jurisdição opera está voltada para os resultados que ele deve produzir. Busca-se, pois, a efetividade do processo”.

se com o acesso à Justiça a institucionalização dos meios consensuais, pois perpassam por universalização, celeridade e adequação.

No estudo da efetividade da prestação jurisdicional, é possível separar dois grupos de argumentos indicadores de parâmetros para a avaliação dos processos de pacificação. Os estudos comumente voltam-se para argumentos de produção ou argumentos de qualidade, apresentando dois tipos bem distintos de resultados.

No que tange aos argumentos de produção, considera-se o meio que produz determinado resultado com menor dispêndio de recursos, incorporando preocupações relacionadas ao custo ou à duração do processo, apontados para o objetivo de uma estruturação efficientista, tornando a prestação jurisdicional mais rápida e mais barata. Já os argumentos de qualidade investigam os benefícios gerados por um meio diante de situações concretas, considerando os resultados alcançados. Trata-se, por conseguinte, da investigação do que é possível obter com um meio pelo que ele produz como resposta, partindo da verificação da satisfação das partes ou do Estado. São investigadas a disseminação de normas sociais, a promoção de soluções integrativas, maior acatamento das decisões, o restabelecimento de relações intersubjetivas, etc.

Nessa avaliação não importa saber se a resposta jurisdicional foi produzida com menor custo, em prazo mais reduzido ou em condições efficientistas, porque esses argumentos se voltam à produção e não respondem ao apelo qualitativo.

Há quem defenda que a efetividade implica considerar meios e fins, podendo uma prestação jurisdicional atingir suas finalidades, mas considerando o conjunto de objetivos implícitos no direito material e ainda a totalidade da repercussão com relação à situação de fato⁷⁴⁰. Ambos os argumentos – qualitativos e quantitativos – são relevantes, porque a efetividade coloca-se numa perspectiva de maior abrangência, conduzindo a sua verificação pelas múltiplas finalidades a que deve atender.

Na presente tese, porém, a premissa adotada volta-se aos argumentos de qualidade. A conciliação foi investigada como instituto capaz de dar efetividade qualitativa à

⁷⁴⁰ Nesse sentido, Carlos Alberto de Salles, *Execução judicial em matéria ambiental*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, p. 41-42.

prestação jurisdicional, não apenas pela concessão às partes da oportunidade de resolverem amigavelmente o impasse, mas para que o Judiciário cumpra sua função social, dando uma resposta adequada ao conflito, resultando em pacificação. Nesse sentido, justifica-se a busca pela correta individuação do instituto e as peculiaridades da sua utilização no Judiciário.

Cada meio de resolução de conflito deve ser indicado de acordo com a ponderação do caso concreto; evidente que a pluralidade das relações e dos conflitos delas decorrentes, exige formas também plurais para sua respectiva resolução. Dessa forma, quanto maior o número de meios de resolução, maior também a possibilidade de encontrar um que se ajuste melhor aos objetivos e necessidades das partes envolvidas, bem como do Estado, no sentido de pacificá-las. Nesse ínterim, é preciso ressaltar que haverá aumento das potencialidades da conciliação, se o instituto estiver atrelado a um sistema de múltiplas portas, pois permitirá maior individuação do instituto, como método, e especialidade no endereçamento dos conflitos que lhe são enviados. Essa também é uma premissa adotada no presente estudo.

Como meio de resolução de conflitos, o único objetivo da conciliação é pacificar as partes com Justiça e, sendo assim, o acordo passa a ser visto como uma consequência possível. Aliás, cada vez mais a efetividade da prestação jurisdicional passa a ser entendida como a pacificação que realmente denota a transformação do conflito, caracterizada pela verdadeira alteração com relação aos interesses, expectativas e necessidades das partes, a partir da legítima construção do consenso.

Com relação à hipótese estabelecida – há efetividade da prestação jurisdicional civil a partir da conciliação – é preciso esclarecer que ela se confirma, pois o instituto é capaz de dar resposta aos conflitos, sendo instrumento hábil a ser utilizado pelo Poder Judiciário no cumprimento do escopo social da jurisdição. Entretanto, a hipótese se confirma sob condições.

Primeiramente, foi estabelecida a correta conceituação do instituto, bem como verificados os limites da sua utilização no Judiciário. Em seguida, investigou-se a técnica a ser empregada, bem como a necessária disposição dos sujeitos envolvidos, principalmente ressaltando que o consenso deve ser fruto da legítima adesão das partes.

1. Sobre a conceituação, vale ressaltar que não há no sistema brasileiro uma precisa distinção entre a conciliação e a mediação, apesar da diferenciação feita pela Resolução nº 125 do CNJ. Contudo, parece mais problemática a falta de previsão sobre as diferentes orientações da mediação, porque estimula interpretações equivocadas, afetando a conciliação. A doutrina nacional identifica a mediação no ordenamento brasileiro mais pela sua orientação transformativa, sendo enfatizada como meio de resolução indicado ao tratamento de conflitos existentes em relações continuadas ou com desdobramento emocional relevante. Dessa forma, mostra-se mais adequada ao tratamento dos conflitos multidimensionais, com maiores desdobramentos relacionais e interações diversas.

Se a mediação é capaz de tratar conflitos de maneira inacessível à conciliação ou à heterocomposição, a recíproca também é verdadeira. Isso porque é preciso admitir certa inadequação da mediação no tratamento de conflitos objetivos, nos quais a controvérsia entre as partes apresenta algo mais pontual. Nesse sentido, é preciso esclarecer que, mesmo havendo relação anterior entre as partes ou uma dimensão emocional irrelevante, a intervenção de um conciliador será mais adequada que a de um mediador, se preponderarem os aspectos objetivos do conflito. Para tanto, o conciliador deve ser autorizado a valer-se de todas as técnicas disponíveis, além de investigar e refletir sobre os aspectos que entender pertinentes.

A experiência norte-americana enfatiza ainda outras duas orientações à mediação: uma avaliativa e outra facilitativa. Existem ainda outros meios de resolução de conflitos que se voltam especificamente para a orientação avaliativa, além da mediação, como o júri simulado, a avaliação de terceiro neutro ou a arbitragem não vinculante. Assim, fica enaltecida a necessidade de um regramento especificamente voltado a uma abordagem avaliativa, uma vez que são meios pelos quais pode manifestar-se o terceiro sobre o conjunto probatório eventualmente apresentado e ainda sobre as possíveis soluções judiciais, proferindo pareceres ou decisões não vinculativas às partes. Acresça-se ainda que, por não solucionarem de fato o conflito, devem estar ligados a outro meio, como a mediação ou a arbitragem.

Certa parcela da doutrina brasileira relaciona essa orientação avaliativa com a conciliação, o que, entretanto, convém rechaçar. Isso porque, no sistema brasileiro, o conciliador não está autorizado a realizar nenhuma avaliação jurídica sobre o caso, nem sendo, aliás, necessária sua graduação em direito, conforme a Resolução nº 125 do CNJ – o que ratifica esse entendimento. Além disso, uma abordagem avaliativa acaba por desestimular a orientação construtiva do método, que deve permanecer somente com abordagem facilitativa.

Isso não significa que os meios de resolução de conflito com orientação avaliativa não tenham valor, contudo, devem ser introduzidos no ordenamento pátrio de forma acertada, isto é, como um meio próprio, com características e regras de utilização que atendam à expectativa das partes. É imprescindível que o terceiro neutro tenha formação jurídica específica e que sua função seja exercida mediante voluntária adesão das partes a esse meio. É preciso elucidar ainda que o conciliador, no exercício de sua função, pode apresentar sugestões apenas na exata medida da objetividade do conflito que está tratando, mas cumpre-lhe estimular as partes a elaborar soluções próprias e integrativas, bem como a valer-se de toda a cautela possível para evitar que a iniciativa seja confundida com imposição ou algo parecido.

Por tudo isso, a conciliação, principalmente a ser empregada no Judiciário, deve ser definida como meio de resolução de conflitos, cuja composição é triangular pela atuação de um terceiro, neutro e imparcial, que investiga os interesses e necessidades das partes, pela facilitação da comunicação entre elas com vistas à compreensão do conflito e pela aplicação de técnicas relacionadas à sua adequada transformação, com uma orientação facilitativa e sem objetivar o acordo, enfocando a relação intersubjetiva, quando necessário, sendo mais afeta aos conflitos mais objetivos.

2. Distingue-se a conciliação realizada fora do processo, daquela realizada dentro do processo de forma incidental. O recorte desta tese considera a conciliação pré-processual especificamente ligada aos Setores Extrajudiciais de Conciliação, que, além de buscar o cumprimento do acesso à Justiça, estão diretamente ligados ao Judiciário, influenciando na prestação jurisdicional. Frise-se que esse recorte segue a política pública de tratamento de conflitos preconizada pela Resolução nº 125 do CNJ, pois sedimenta e amplia uma Justiça colaborativa, tanto nas esferas pré-processuais quanto processuais.

A conciliação verificada de forma incidental do processo é capaz de gerar ganhos qualitativos, podendo alcançar maior pacificação pela adequação da resolução ao conflito. O enfrentamento do conflito na conciliação processual não se limita aos elementos objetivos da demanda, mas segue o conflito verídico⁷⁴¹, partindo da reconstrução fática da realidade e buscando respostas integrativas, que atendam ao interesse das partes.

A principal polêmica relacionada com a conciliação pré-processual diz respeito à sua eventual obrigatoriedade. Alguns ordenamentos já adotaram ou ainda adotam a obrigatoriedade do meio consensual prévio de conciliação, impondo-o às partes que dele participem antes da admissibilidade judicial da demanda. Já o Projeto de Lei nº 94/2002 institui a mediação incidental obrigatória, enaltecendo a possibilidade de um modelo diferente.

Em ambas as situações, porém, a conciliação requer, como pressuposto subjetivo de sua incrementação, a livre adesão das partes a partir de uma mudança cultural da sociedade e dos operadores do direito, sem a qual a construção do consenso restará comprometida. Por isso é acertada a obrigatoriedade do Judiciário em pôr à disposição os meios consensuais, nos termos da Resolução nº 125 do CNJ, que devem vir acompanhada de divulgação, como estímulo às imprescindíveis alterações socioculturais, mas sem a obrigatoriedade de endereçar todos os conflitos às vias conciliatórias. Essa medida ensinaria a divulgação dos meios consensuais, porém não deve ser implementada no sistema brasileiro.

Certamente, o descrédito da população e o olhar dos operadores do direito para a realização das sessões de conciliação, como se fossem mais um desdobramento da formalidade processual, comprometeriam não só a idoneidade dos métodos, mas a própria mudança de paradigma do sistema de Justiça, que ora se volta à utilização de meios construtivos baseados em premissas colaborativas. É claro que os efeitos dessa política pública apenas serão sentidos em longo prazo, mas trata-se de alicerces mais sólidos do que se veria na imposição desses meios pela sua obrigatoriedade.

⁷⁴¹ Para identificar esse fenômeno humano, esclarece-se que na decorrer desta tese não foi utilizada a expressão “lide sociológica”, mas sim a expressão “conflito verídico”, pela conceituação objetiva feita por Morton Deutsch, *in* “A resolução do conflito: processos e destrutivos”, *ob. cit.*, 2004, p. 36 e ss, conforme explanação feita no Item 2.2.1., do Capítulo 2, Parte I

3. Sobre a conciliação vista em conflitos que versam sobre direitos disponíveis e indisponíveis, cumpre distinguir entre as situações em que, mesmo havendo a indisponibilidade do direito, é possível endereçar o conflito para a conciliação – a fim de que sejam verificadas formas de composição voltadas ao cumprimento – daquelas nas quais há imprescindibilidade de manifestação jurisdicional estatal. Nestas, de fato, há reserva de jurisdição estatal, porque a resolução do conflito não se coaduna com o endereçamento aos meios consensuais. Tão-somente nesses casos, haverá limitação intransponível, com verdadeiro óbice à realização da conciliação, como, por exemplo, no estado da pessoa.

No mais das vezes, é possível afirmar que a conciliação pode ocorrer quer quando se trate de direitos disponíveis, absoluta ou relativamente, quer quando a causa versar sobre direitos indisponíveis, permitindo o engendramento de tratativas sobre a elaboração de uma pauta consensual, enfocando principalmente o cumprimento desses direitos. É o que se verifica nos processos com interesses públicos, como nas ações coletivas que permitem uma conciliação enfocando o conflito em macroperspectiva. Observe-se que o consenso ratifica o cumprimento, ainda que admita uma forma paulatina ou parcelada. Essa compreensão flexibiliza o entendimento de que é só no Poder Judiciário e pela adjudicação que se pode encontrar a segurança jurídica necessária aos direitos indisponíveis. Vale frisar que, se a disponibilidade for relativa, também está autorizada a utilização da conciliação, desde que cumpridos os requisitos específicos, de acordo com o caso concreto, como a concordância do Ministério Público e a homologação do Juiz competente, que agregam a segurança jurídica necessária.

A conciliação não é uma técnica apta apenas para resolução de conflitos envolvendo direitos disponíveis, mas aplica-se aos direitos indisponíveis, principalmente porque pode proporcionar resultados que nem sempre se coadunam nos estreitos limites da extinção do conflito pela transação, renúncia ou reconhecimento do pedido. A conciliação, ao permitir que a discussão se amplia pela inserção de outros elementos, contribui para desenvolver resultados colaborativos. E, mesmo que assim não seja, a conciliação favorece o desenvolvimento de uma agenda de execução, denotando efetivo cumprimento de direitos, ainda que tidos como indisponíveis.

4. A conciliação também não encontra óbice nas relações desiguais. Não obstante, cabe ao conciliador equilibrar a comunicação, não apenas pelo estabelecimento de regras viáveis ao factível diálogo entre as partes, mas impedindo a manipulação por uma das partes, rechaçando coações, ameaças ou pressões que decorram de alguma desigualdade na relação entre as partes conflitantes, não se tratando apenas de diferenças econômicas, pois existem muitos outros desequilíbrios de poder.

Preservando a idoneidade da conciliação como meio de resolução de conflito, o conciliador pode levantar questionamentos sobre os argumentos apresentados pelas partes, favorecendo novos pontos de vista e fomentando o debate de ideias, sempre ressaltando a importância de as partes realmente atuarem de forma colaborativa na resolução do conflito. O conciliador precisa ter uma postura firme para minimizar quaisquer desequilíbrios de poder existentes entre as partes, afastando acordos insensatos. Vale ressaltar ainda que o conciliador pode incentivar uma resolução colaborativa, elevando a reputação de uma das partes ou incrementando outras relações sociais, ainda que entre as partes haja desequilíbrio. Assim, os conflitos poderão ser endereçados à conciliação, mas exigirão maior cuidado do conciliador na construção do consenso.

Uma ressalva deve ser feita: é preferível realizar a conciliação em uma demanda coletiva a fazê-lo numa série de demandas individuais, porque a coletivização do conflito não só equilibra as forças entre as partes, mas ainda permite o tratamento do conflito na sua inteireza, isto é, por macroperspectiva, mais afinada com a realidade. O tratamento processual coletivo de causas individuais é fruto do movimento renovador do direito, que tem a finalidade de dotar o ordenamento jurídico de mecanismos mais eficazes para solucionar os conflitos de massa. Igualmente, mais adequada a conciliação coletiva de direitos individuais homogêneos.

Formas de coletivização dos conflitos devem ser pensadas, inclusive dos que chegam aos Setores Extrajudiciais de Conciliação por conflitos repetitivos decorrentes de direitos individuais homogêneos. É preciso esclarecer que não se trata de impedir as vias conciliativas em determinados conflitos, mas sim de compreender os estreitos limites da conciliação nesses casos. Portanto, havendo violação de direitos individuais homogêneos, o mecanismo mais apto para impedir que o desequilíbrio de poder afete a

conciliação é a coletivização, permitindo o macrotratamento, adequado ao próprio conflito, inclusive com a possibilidade de conciliação na demanda coletiva.

Há muitos desequilíbrios de poder nas mais diversas relações – o que se reflete nos conflitos subsequentes, mas, embora represente fator relevante, as relações desiguais não devem *a priori* ser excluídas da conciliação pela implementação de disposições legais, visto que esse desequilíbrio nem sempre impedirá a manifestação autêntica de vontade da parte, capaz de gerar um consenso legítimo.

É preciso frisar os dois filtros que impedem a utilização da conciliação entre partes desiguais de consolidar injustiças. O primeiro é realizado pelo próprio conciliador, que deve empregar a técnica necessária à construção do consenso, verificando a legitimidade das partes para tanto e, se preciso, afastando o método, remetendo as partes às vias ordinárias, caso verifique alguma disparidade capaz de afetar de maneira cabal a participação da parte na sessão de conciliação. Se assim ocorrer, compete ao conciliador encerrar a sessão, evitando qualquer acordo injusto ou imposto pela parte que conta com mais poder na relação. O segundo filtro é realizado pelo juiz, que, ao analisar o caso concreto, poderá interferir num possível acordo firmado, negando a respectiva homologação.

5. A conciliação dá efetividade à prestação jurisdicional na medida em que se revela um meio de resolução de disputas pelo qual o direito deixa de ser a principal fonte de solução das questões a dirimir. As partes são estimuladas a superar as próprias diferenças com base nos seus interesses e valores pessoais.

Vários fatores respondem pela efetividade de um meio de resolução de conflitos, entre os quais destaque deve ser dado à satisfação das partes. Nesse sentido, é fundamental que o conciliador verifique quanto a satisfação das partes está relacionada ao atendimento de seus interesses ou à construção de saídas plausíveis, mais próximas do ordenamento jurídico ou mais próximas dos seus valores e dos valores sociais. Daí advém a questão da construção do consenso com base na equidade como forma de distribuição de Justiça. A satisfação das partes depende fortemente da percepção de que o procedimento foi justo e que tiveram a oportunidade de apresentar suas versões, tendo elas sido devidamente consideradas para o resultado. A satisfação das partes não está

apenas ligada ao resultado, mas também aos procedimentos que conduziram as partes até o desfecho do conflito – e essa compreensão do sistema de Justiça é fundamental para a investigação da efetividade da prestação jurisdicional a partir da conciliação.

Há quem entenda que a introdução dos meios consensuais no sistema de Justiça enseja o enfraquecimento do ordenamento jurídico, pois a equidade é uma das bases constitutivas utilizadas na construção do consenso. Contudo, a ruptura da legalidade nas resoluções consensuais de equidade está limitada ao próprio positivismo jurídico, que restringe a liberdade e a autonomia exercidas pelas partes. Evidentemente, não podem contrariar as normas cogentes. Dessa forma, os conflitos afetados por alguma peculiaridade voltada à indisponibilidade subjetiva ou objetiva podem ser submetidos à conciliação, como forma legítima de construir uma pauta factível de cumprimento de obrigações, mas ficam afastadas as possibilidades de construção de consenso baseadas em equidade, ao contrário dos conflitos que versam sobre direitos disponíveis.

6. Sobre a redução temporal, normalmente atrelada à conciliação e aos meios consensuais, é preciso enfatizar que não são informalismos, mas formalismos de formas breves. São meios que empregam práticas e técnicas próprias, que devem ser respeitadas. Outrossim, é preciso assegurar tempo razoável ao tratamento do conflito, seja na adjudicação tradicional ou em qualquer outro meio. O tempo a ser dispendido não está atrelado apenas ao método de tratamento do conflito, mas também ao próprio conflito, ou seja, depende de quão complexo ele é e quais de seus desdobramentos deverão ser enfocados para uma solução completa. São resoluções pautadas em formas emancipatórias, construídas a partir de valores pessoais e sociais, com a estruturação da comunicação entre as partes e, justamente por isso, convém recorrer a abordagens sistêmicas e dinâmicas do conflito nos meios consensuais – seja na conciliação ou na mediação, visando à completude do tratamento.

O método da conciliação está intrinsecamente ligado ao tempo, pois ninguém pode realmente esperar que haja construção do consenso sem o delineamento adequado da tipologia do conflito, a inserção de técnicas próprias à dissolução das resistências entre as partes ou às mudanças de estratégias comportamentais. Por menor ou mais objetivo que seja o conflito, não se pode pacificar satisfatoriamente as partes em uma sessão de poucos minutos.

Já a profundidade do tratamento deve ser ditada pelo próprio conflito. Dessa forma, há impertinência em aplicar a conciliação em alguns casos, que melhor se adaptariam à mediação e vice-versa, mas sempre considerando as temperanças entre as técnicas a serem aplicadas na específica medida necessária ao deslinde dos conflitos. A necessidade de aprofundar a busca pelas origens do conflito ou a construção do consenso em bases construtivas podem exigir sessões continuadas e mais longas – imprescindível assim contar com a possibilidade de redesignação das sessões de conciliação e dispor do tempo necessário ao seu verdadeiro tratamento.

As Políticas de Justiça que visam à implementação de meios consensuais devem considerar a sua correta utilização, sobretudo pelo desenvolvimento do método em tempo hábil, refutando uma aplicação abreviada, geral e indistinta, a pretexto de reduzir o tempo da prestação jurisdicional. A grande dificuldade da institucionalização da conciliação está em determinar rigorosamente seu limite temporal, porque é preciso considerar o tempo plausível para o adequado tratamento do conflito, com sessões de período razoável e a possibilidade de o conciliador redesigná-las, conforme a complexidade do conflito.

No estudo da conciliação aplicada, foram enfatizadas as balizas objetivas, pela investigação da técnica a utilizar, em consonância com as balizas subjetivas, pelas peculiaridades dos sujeitos envolvidos, a fim de verificar as interferências possíveis.

7. Sobre a técnica, a investigação realizada partiu da sua conceituação formal, na tentativa de estabelecer um enfoque ideal de como conduzir a conciliação no Judiciário. Algumas práticas se afastam totalmente das técnicas próprias do instituto e devem ser extirpadas do Judiciário, sob pena de subversão do sistema de Justiça que se pretende implementar com a Resolução nº 125 do CNJ. São hipóteses de interferência propensas a fomentar o conflito ou precariamente construir o consenso, ensejadas pela parcialidade do conciliador, além de práticas voltadas à intimidação, pressão ou imposição do acordo. Essas ações não podem sequer ser identificadas como conciliação, mas de pseudoconciliação.

8. A conciliação deve priorizar a realização das atividades voltadas (i) à correta entabulação do conflito, verificando quais são seus desdobramentos e suas relações relevantes para o deslinde, e (ii) ao respectivo tratamento adequado, com aplicação das técnicas pertinentes. É imprescindível a verificação do conflito, em um momento inicial, para posteriormente aplicar as técnicas em consonância com a tipologia do conflito. Para realizar tal intento, três elementos-chave foram destacados: o estímulo da comunicação para reconstruir o conflito a partir dos fatos revelados pelas partes; o desenvolvimento de condições para reformular a situação existente e a proposição de ideias que podem ser flexivelmente combinadas em modelos novos e variados. Enquanto o primeiro elemento versa sobre a identificação do conflito, os dois elementos seguintes referem-se à adesão e voluntariedade das partes.

9. É preciso considerar que a construção do consenso ainda está sujeita à influência de condições sociais, à personalidade dos sujeitos envolvidos e, principalmente, à legitimidade daqueles que, sentados à mesa de negociação, procuram superar os entraves, sobretudo quando a parte é uma pessoa jurídica. Fatores como a criatividade e flexibilidade das partes envolvidas podem ser determinantes para driblar as circunstâncias que dificultam a resolução consensual do conflito.

10. O conciliador está autorizado a utilizar os preceitos da comunicação construtiva, tais como conotação positiva, escuta ativa, reciprocidade discursiva, mensagem como opinião pessoal, reconhecimento da diferença, assertividade, priorização do elemento relacional, não reação e não ameaça. Vale frisar ainda que, sendo o conflito uma experiência humana com diversas configurações, sua resolução pode exigir técnicas específicas. Dessa forma, sendo o conflito objetivo, mas com algum desdobramento relacional ou emocional, indica-se o tratamento desse aspecto primeiro. Todavia, não é possível empregar algumas técnicas voltadas à mediação transformativa, notadamente empoderamento e reconhecimento, tampouco as de mediação circular-narrativa, notadamente desconstrução e desestabilização, porque essas técnicas ficam no extremo do enfoque relacional dos envolvidos no conflito. Mesmo com a necessidade de reconhecer temperanças entre a conciliação e a mediação, primando por tratamentos híbridos, essas técnicas demandam maior especificidade do conflito e cautela na aplicação, razão pela qual sua verificação deve ser excepcional.

A grande vantagem de utilizar a conciliação no Judiciário está na mudança de estratégia comportamental com relação ao conflito, favorecendo resoluções criativas e integrativas. Entretanto, em si, a cooperação não assegura que os esforços para resolver o conflito serão bem-sucedidos, devido a circunstâncias que ajudam ou dificultam a quebra dos impasses existentes, como questões econômicas e sociais. Esses fatores externos não devem ser tidos como limitadores apriorísticos do método, mas precisam ser considerados. Assim, o conciliador pode conduzir a atitudes confiáveis, que aumentam a sensibilidade e as similaridades, bem como minimizam o entendimento das diferenças, estimulando a convergência de crenças e valores.

11. Alerta deve ser feito sobre a antecipação das provas ainda não produzidas pelas partes na conciliação judicial, podendo ser utilizada como uma forma de tomar contato com o que de fato a parte adversa possui de base para um julgamento favorável. Esse fato pode ser considerado negativo, se utilizado com má-fé, mas é preciso ressaltar que a parte não está obrigada a antecipar sua prova, podendo adotar uma abordagem apenas hipotética. De fato, a conciliação utilizada antes da fase probatória, pode ser cercada de blefes e ameaças pelas partes, cumprindo ao conciliador minimizar as distorções e estimular a confiança das partes no método, a fim de que passem a trabalhar numa resolução colaborativa do conflito pela maximização de ganhos mútuos.

Por outro lado, as partes podem depositar grande expectativa na produção de provas. Melhor compreendidos os fatos, a partir de informações úteis e específicas, a resolução do conflito será mais seguramente entabulada, propiciando um desfecho confiável e com maior assunção de responsabilidade pelas partes. Note-se que a prova não é endereçada somente ao juiz, mas também às partes. Por isso, é recomendável que, em alguns casos, as partes sejam incentivadas a buscar os especialistas aptos a realizar as considerações necessárias, promovendo consultorias, estudos técnicos ou perícias, com posterior endereçamento do conflito à conciliação.

12. A conciliação deve ter as seguintes fases: abertura, investigação do conflito, invenção de soluções construtivas e integrativas (momento criativo), escolha concreta das opções (momento crítico), avaliação das escolhas e reflexão sobre os imprevistos, redação do termo, se concretizado o acordo, e, por fim, encerramento.

Caso o acordo não seja realizado, sendo a conciliação processual, as partes devem ser informadas de que o processo terá o seu curso, conforme a fase em que se encontra. De outro lado, se a conciliação for pré-processual, o conciliador deve ressaltar que as partes podem ingressar com as medidas judiciais que entenderem cabíveis. O conciliador deve ainda frisar que as partes podem voltar à conciliação a qualquer momento, buscando soluções consensuadas para o conflito.

No que concerne aos sujeitos, são eles investigados a partir das suas peculiaridades, mas relacionando a respectiva atuação de cada um, a ponto de verificar a influência que exercem nas sessões de conciliação. São considerados sujeitos: as partes (requerente e requerido), o conciliador, os advogados, inclusive os defensores públicos, o juiz, os promotores de justiça e os auxiliares da justiça.

13. O conciliador é a pessoa nomeada para exercer a função pública de auxiliar as partes na resolução do conflito, com imparcialidade e neutralidade, informando-lhes que suas atribuições não envolvem o julgamento de nenhuma das questões apresentadas, mas ajuda a compreendê-las, bem como as perspectivas apresentadas, na busca pelos interesses e necessidades subjacentes. Deve propiciar um ambiente de confiança e empatia, capaz de reduzir as adversidades e possibilitar uma postura colaborativa entre as partes, estimulando a comunicação e favorecendo o avanço das discussões para a resolução do conflito.

O conciliador está submetido às regras de impedimento e suspeição aplicáveis aos serventuários da justiça, nos termos dos arts. 134, 135 e 138, II, do Código de Processo Civil. Acresça-se ainda que consta do código de ética apresentado pela Resolução nº 125 do CNJ um regramento mínimo a ser observado pelos conciliadores, estritamente vinculado a uma intervenção com qualidade minimamente assegurada.

14. Ao realizar sua função, o conciliador se destaca da sua profissão originária e atua com profissão própria, especificamente relacionada ao tratamento dos conflitos. Não há dúvida de que constitui uma nova área de atuação, que exige, inclusive, formação específica, com disciplinas sobre a tipologia dos conflitos e as diversas formas de resolução, além de examinar temas como interdisciplinaridade, teoria geral de sistemas e pensamento complexo. O exercício da conciliação pressupõe facilitar a comunicação a

fim de resolver o conflito, investigando-lhe as razões, ampliando os recursos possíveis e servindo de agente de realidade.

15. Diversas características do conciliador são desejáveis ao desempenho ideal da função. A inteligência, a exposição de diversas possibilidades, interesse por ideias, preferência pelo novo e complexo, receptividade a metáforas e analogias, capacidade de fazer associações remotas, independência de julgamento e habilidade de jogar com ideias são algumas das qualidades pessoais que caracterizam solucionadores criativos de problemas.

16. A função de conciliador é honorífica e relevante, mas que não gera vínculo com o Estado. A Resolução nº 125 do CNJ prevê a remuneração dos conciliadores e mediadores, mas não apresenta uma regulamentação detalhada sobre a matéria, que deve aguardar legislação estadual específica. Justamente por isso, é grande a rotatividade no quadro dos conciliadores, o que dificulta a profissionalização da função e representa um desafio para o Judiciário.

17. Conciliadores e mediadores são definitivamente os novos sujeitos do sistema de Justiça preconizado pela Resolução, razão a mais para que sejam reconhecidos os serviços que prestam, de influência decisiva nos meios consensuais empregados no Judiciário. É preciso desenvolver uma identidade profissional, sobretudo fixando uma remuneração mínima, bem como incentivos constantes voltados à qualificação permanente de seus quadros.

18. A formação do conciliador é imprescindível para o sucesso da conciliação, utilizada pelo Judiciário como meio de resolver conflitos. Nesse sentido, destaque-se a Resolução nº 125 do CNJ, por estabelecer as bases mínimas de formação para conciliadores e mediadores, inclusive enaltecendo fases teóricas e práticas. Embora ainda aquém da formação necessária, busca a compatibilização de um modelo factível em âmbito nacional.

A Resolução nº 125 do CNJ estabeleceu também toda a estruturação do controle da atividade, a partir do código de ética a ser respeitado por todos os facilitadores que atuarem no Judiciário, que deverão pautar suas ações segundo os princípios

fundamentais da conciliação e mediação judiciais: confidencialidade, competência, imparcialidade, neutralidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes.

A referida resolução apresenta ainda regras de conduta que cumpre observar para o desenvolvimento apropriado das sessões, favorecendo o engajamento das partes e o comprometimento com o resultado, relacionadas aos esclarecimentos quanto ao procedimento da conciliação, devendo o conciliador informar às partes os princípios deontológicos, as regras de conduta e as etapas da conciliação. Abrangem ainda as regras de conduta o dever de preservar a autonomia das partes, às quais compete compor-se e decidir voluntariamente, uma vez que não estão obrigadas a chegar a resultado algum.

19. Requerente e requerido são os principais sujeitos da conciliação. Enquanto o requerente é o sujeito que apresenta a pretensão, o requerido é aquele contra quem a pretensão se apresenta, numa dualidade indispensável ao conflito levado ao Judiciário.

20. As limitações comumente relacionadas às pessoas incapazes não guardam motivação que justifique afastar esses conflitos da conciliação, cuja técnica é suficientemente apta a resolver essas relações conflitantes, bastando que as partes tenham capacidade de direito e estejam devidamente representadas. Como a conciliação é realizada sob o crivo do Judiciário, inclusive com a possibilidade de manifestação do Ministério Público, é admissível o endereçamento de conflitos versando sobre direitos indisponíveis, sobretudo porque a utilização desse método para resolver o conflito não significa disposição de direitos, mas pode representar uma forma bastante útil de convencionar o cumprimento de direitos e regular questões tangenciais de grande relevância para os envolvidos. Os riscos são minimizados pela segurança do local onde se realizam essas conciliações.

21. No que tange à complexidade das relações, frise-se a pluralidade de partes, em um ou ambos os polos conflitantes da relação jurídica, bem como a qualidade das pessoas envolvidas no conflito, com aspectos extremamente significativos para a tentativa de uma resolução consensual.

22. Tecnicamente, na conciliação, só haverá a imprescindibilidade das partes nos casos de litisconsórcio necessário, porque a formação do polo exige a presença de todos os envolvidos. Todavia, independentemente da necessidade do litisconsórcio, parece mais prudente que, na conciliação, todos os envolvidos no conflito estejam presentes. É imprescindível que a construção do consenso seja pautada no atendimento dos interesses de todos os envolvidos, motivo que torna a ampliação subjetiva importantíssima, embora possa causar algumas complicações processuais adicionais.

23. Já a complexidade relacionada à qualidade das partes na relação, que podem ser pessoas físicas ou jurídicas, tem grande interferência na resolução do conflito, principalmente pela necessidade da legitimidade e autonomia das pessoas na construção do consenso. O delineamento do conflito deve considerar as diferentes partes, como pessoas físicas, entes despersonalizados e organizações (pessoas jurídicas públicas e privadas, de estruturas pequenas, médias e grandes). Não é possível ignorar que organizações e indivíduos atuam de forma bem distinta, sendo-lhes peculiares a liberdade e a autonomia.

Um empecilho que merece destaque é a indisposição de algumas pessoas, inclusive jurídicas, na participação das conciliações. Não se vislumbra utilidade no envio à conciliação dos conflitos que as envolvam, pois, sem adesão e voluntariedade, nada pode ser feito. Em regra, a atuação de grandes organizações, muitas vezes litigantes repetitivos, nos dois polos da demanda tende a anular mutuamente suas vantagens, bem como a presença nos dois polos de pessoas físicas, muitas vezes litigantes eventuais, neutraliza suas desvantagens. Já a relação judicial constituída pelo litigante repetitivo em um dos polos, enquanto no outro está o litigante eventual, é afetada pelas diferenças entre as partes. Uma série de medidas pode ser implementadas para reduzir essas diferenças, salientando que não são mudanças apenas relacionadas ao sistema legal de regras, mas estratégias tangenciais fundamentais para o equilíbrio dessa relação nas cortes. Prova dessa assertiva é a coletivização de demandas, como já enfatizado.

Acresça-se ainda que muitos conflitos são remetidos à conciliação sem triagem alguma, diminuindo a efetividade da prestação jurisdicional. As organizações que são orientadas por seu corpo diretivo a não celebrar acordos e participam das sessões por mera formalidade enfraquecem o instituto e toda política de Justiça voltada a essa abordagem

construtiva de resolução de conflitos. Por isso, mais do que sanções processuais, importa prever outras medidas que possam incentivar a participação dessas organizações na conciliação.

24. É certo que a Resolução nº 125 do CNJ buscou transformar esse quadro ao prever gestões junto às empresas e às agências reguladoras de serviços públicos, a fim de propagar as práticas autocompositivas e desenvolver acompanhamento estatístico, com a instituição de banco de dados para visualizar os resultados e conferir selo de qualidade. Da mesma forma, cumpre mencionar a participação dos órgãos públicos na conciliação, entidades por longo tempo excluídas das formas de resolução consensual de conflitos. Prevê ainda tal resolução que o CNJ atuará junto aos entes públicos de modo a estimular a conciliação nas demandas que envolvam matérias sedimentadas pela jurisprudência. De fato, é preciso pensar formas de incentivar a participação efetiva dos grandes litigantes na conciliação, estimulando a mudança de suas políticas organizacionais e administrativas.

25. Sobre o envolvimento do advogado nas sessões de conciliação, é preciso frisar que compete a esse profissional o primeiro filtro do conflito, ao enquadrá-lo no ordenamento jurídico material e processual, podendo auxiliar a parte a avaliar, dentre os vários meios de solucionar conflitos, o mais adequado à sua controvérsia. Pode o advogado, em seguida, orientar a parte sobre as diversas formas de resolução de conflitos aceitas pelo sistema jurídico brasileiro, verificando se há condições favoráveis à entabulação de negociações diretas com a outra parte; à intervenção de um terceiro neutro para auxiliar a tentativa de composição, sugerindo a conciliação ou a mediação; ou, a levar o conflito a uma resolução heterocompositiva, seja por arbitragem ou processo judicial. Uma compreensão moderna do papel do advogado precisa considerar esse papel pacificador, que ganhará cada vez mais destaque.

Cabe ao advogado orientar a parte e verificar suas alternativas jurídicas, o que faz dele peça importante na conciliação. Vale frisar que a Resolução nº 125 do CNJ deixa claro que não é função do conciliador orientar juridicamente as partes, até porque dele não se exige formação jurídica em nível de graduação. Toda e qualquer orientação jurídica deve, mesmo com a nova estrutura de tratamento de conflitos, continuar sendo feita

pelos advogados, o que não exclui eventuais ponderações sobre a lei ou sobre o ordenamento jurídico, mencionados como dados de realidade em casos pontuais.

26. Merece destaque ainda a atuação dos Defensores Públicos nas sessões de conciliação, de modo a fortalecer a assistência jurídica integral. Além disso, suas possibilidades não se restringem ao âmbito judicial, sobretudo pelo inciso I do art. 4º da Lei Complementar nº 80/94, denominada Lei Orgânica da Defensoria Pública da União, que dispõe sobre a função institucional da Defensoria Pública no sentido de promover, extrajudicialmente, a conciliação entre as partes em conflito de interesses. Assim, seja dentro ou fora do Poder Judiciário, é evidente que essa instituição desempenha papel de grande relevo na construção do consenso, auxiliando a desenvolver uma cultura voltada à pacificação.

27. No sistema de Justiça que preconiza um tratamento de conflitos por meios consensuais, o juiz pode figurar como conciliador ou gerenciador do processo, favorecendo a conciliação. Atualmente, o juiz não é visto como o melhor sujeito para realizar a conciliação, porque as partes pouco se conciliam ou realizam acordos sem consentimento legítimo. Mesmo assim, convém ressaltar que o juiz, como conciliador, deve atuar com imparcialidade e neutralidade, promovendo a solução do conflito de forma construtiva. Já como gerenciador do processo, deve o juiz preocupar-se em enviar aos setores de conciliação os processos que podem ser resolvidos de forma consensual. É claro que se trata de tarefa árdua, mas a verificação judicial é uma medida integrativa importante.

Uma forma de estimular a participação dos juízes na nova política de Justiça é a capacitação específica prevista na Resolução nº 125 do CNJ. O respectivo módulo visa à adequada adaptação desses profissionais, sobretudo pela apresentação dos principais meios consensuais de solução de conflitos e suas aplicações, além de detalhar os Centros de Resolução de Disputas a serem instalados.

28. Já a presença do Ministério Público resume-se a uma tríade: zelar para que não haja disposição alguma de interesse que a lei considere indisponível; nos casos de disponibilidade condicionada, zelar para que a disposição daquele interesse se faça em conformidade com as exigências da lei e, por fim, zelar pela prevalência do bem

comum, nos casos em que não haja indisponibilidade do interesse, nem absoluta nem relativa, mas se manifeste o interesse da coletividade como um todo na solução do litígio. Em suma, constatada alguma característica de indisponibilidade, disponibilidade condicionada ou apenas em defesa de qualquer interesse, disponível ou não, conveniente à coletividade, será exigível a iniciativa ou a intervenção do *parquet* junto ao conflito e, conseqüentemente, à conciliação.

Dessa forma, é de grande relevância a intervenção fiscalizadora do Ministério Público nas conciliações, uma vez que encaminhar certos conflitos à resolução por meios consensuais gera diversos benefícios, inclusive nos conflitos que envolvam alguma peculiaridade, como a participação de incapaz. A conciliação, sob o crivo do Judiciário, conta com a atividade fiscalizadora do Ministério Público, podendo alçar voos mais altos e ampliar suas limitações.

29. Há, por fim, o trabalho de assessoramento realizado por esses auxiliares da Justiça, cujo papel é importante para o bom funcionamento dos Setores de Conciliação e Mediação. A atividade desses profissionais precisa afinar-se com a nova política de tratamento de conflitos e para tanto a Resolução nº 125 do CNJ prescreve que esses profissionais cursem o módulo I da capacitação, formação voltada à orientação da política pública de tratamento adequado de conflitos, denominada “introdução aos meios alternativos de solução de conflitos”. Inclui também um módulo de orientação especificamente dirigido a esses profissionais, versando sobre os procedimentos a seguir, as práticas administrativas, a fiscalização de conciliadores e mediadores, bem como a atuação nas redes de cidadania, tudo buscando o maior aproveitamento dos atos praticados e sua respectiva segurança.

30. É preciso frisar que a investigação feita confirma a insuficiência do modelo tradicional oferecido pelo Judiciário para resolução de conflitos, posto que não contempla a enorme complexidade nem as inúmeras expectativas das partes. A resposta ao conflito deve ser plural. Bem por isso, a institucionalização dos meios consensuais representa maiores possibilidades quanto à adequação, confirmando a hipótese desta tese.

31. Igualmente, as distinções decorrentes de opções meramente binárias são incompatíveis com a diversidade e a complexidade dos conflitos. Se as ferramentas para tratar os conflitos devem ser plurais, por óbvio não se coadunam com conceitos estanques. Há uma infinidade de conflitos híbridos que merecem tratamentos igualmente híbridos. Acresça-se que, muito embora as distinções entre mediação e conciliação pareçam coerentes, nem sempre se ligam à realidade, razão por que não se recomenda exclusivamente conciliação para conflitos objetivos e mediação para conflitos subjetivos, senão o uso conjunto das técnicas existentes, imprescindível ao tratamento adequado do conflito de modo a pacificar as partes. Nesse sentido, convém empregar tais técnicas de forma paulatina, a fim de atingir o único objetivo de ambos os meios: a solucionar o conflito pela pacificação das partes.

32. Na conciliação aplicada, não basta apenas a negociação com base em princípios, técnica que cobre somente uma gama de conflitos e não contempla a infinidade de variações vistas no Judiciário. É justamente por isso que a formação do conciliador precisa contemplar matérias que enalteçam uma visão interdisciplinar, diferenças entre a comunicação de primeira e segunda ordem e as respectivas relações com a necessidade de contenção ou transformação do conflito, compreensão de sistemas e sua respectiva complexidade, teoria dos jogos e estratégias comportamentais. É indispensável que o profissional esteja capacitado para identificar as causas do conflito e adotar as técnicas mais aptas à sua adequada superação. Há que se reconhecer uma escala de conflitos, que parte dos menos complexos e ramificados aos que têm diversas interações e são multidimensionais.

33. O conflito é um fenômeno complexo e, justamente por isso, deve o Judiciário, ao incorporar os meios consensuais de resolução de conflitos, estar preparado para encaminhar outras questões, abrindo-se, de certo modo, ao tratamento do conflito verídico, passível de exorbitar do âmbito jurídico. Releve-se a importância do tratamento multidisciplinar do conflito. Em muitos casos, exatamente nisso pode consistir a chave da pacificação. O ordenamento brasileiro vem abrindo-se para incorporar uma variedade de meios de resolução de conflitos e, com esse intento, torna-se fundamental delinear nitidamente esses meios e seus respectivos métodos a bem de um desenvolvimento saudável do sistema de Justiça.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. “A teoria dos jogos: uma fundamentação teórica dos métodos de resolução de disputa”, in *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Organização de André Gomma de Azevedo. Vol. 2. Brasília: Grupos de pesquisa, 2003.

ALVES, José Carlos Ferreira. Palestra sobre a Política Pública de Tratamento Adequado de Conflitos, proferida em 1.07.2010, na Escola Paulista da Magistratura – EPM, em São Paulo. Informação disponível em <<http://www.tj.sp.gov.br/Noticias/Noticia.aspx?Id=10942>>. Acessado em 25.08.2011.

ALVIM, José Eduardo Carreira. “Alternativas para uma maior eficácia da prestação jurisdicional”, in *Revista de Processo*, nº 84, out.-dez. 1996.

AMORIM FILHO, Agnelo. “Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis”, in *Revista dos Tribunais*, vol. 86, nº 744, out. 1997.

ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Orientação e revisão de tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. “Mediação – um instrumento judicial para a paz social”, in *Revista do Advogado*, nº 87, set. 2006.

_____. “O instituto da conciliação e as inovações introduzidas no código de processo civil brasileiro”, in *Revista dos Tribunais*, vol. 727, ano 85, 1996.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2011.

ASSIS, Araken. “O direito comparado e a eficiência do sistema judiciário”, in *Revista do Advogado*, nº 43, jun. 1994.

AUERBACH, Jerold S. *Justice without Law?* New York: Oxford University Press, 1983.

AZEVEDO, André Gomma de; BACELLAR, Roberto Portugal. “A formação em processos autocompositivos”, in *Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional*. Coordenadores Morgana de Almeida Richa e Antonio Cezar Peluso. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____; SILVA, Cyntia Cristina de Carvalho e. “Autocomposição, processos construtivos e a advocacia: breves comentários sobre a atuação de advogados em processos autocompositivos”, in *Revista do Advogado*, nº 87, set. 2006.

_____. “Autocomposição e processos construtivos: uma breve análise de projetos-piloto de mediação forense e alguns de seus resultados”, in *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Vol. 3. Brasília: Grupos de pesquisa, 2004.

_____. “Desafios de acesso à Justiça ante o fortalecimento da autocomposição como política pública nacional”, in *Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional*. Coordenadores Morgana de Almeida Richa e Antonio Cezar Peluso. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. (Organizador) “Glossário: métodos de resolução de disputas”. in *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Vol. 3. Brasília: Grupos de pesquisa, 2004.

_____. (Organizador). *Manual de Mediação Judicial*. 2ª ed. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2010.

_____. “Perspectivas metodológicas do processo de mediação: apontamentos sobre autocomposição no direito processual”, in *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Organização de André Gomma de Azevedo. Vol. 2. Brasília: Grupos de pesquisa, 2003.

BACELLAR, Roberto Portugal. “A Mediação no contexto dos modelos consensuais de resolução de conflitos”, in *Revista de Processo*, nº 95, jul.-set.1999.

_____. *Juizados Especiais: a nova mediação paraprocessual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. “O Poder Judiciário e o paradigma da guerra na solução dos conflitos”, in *Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional*. Coordenadores Morgana de Almeida Richa e Antonio Cezar Peluso. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BALERA, Vânia Maria Ruffini Penteado. “Proposta de mediação e Ministério Público”, in *Mediação e gerenciamento de processos*. Coordenação de Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Caetano Lagrasta Neto. São Paulo: Atlas, 2007.

BALES, Richard A. “The Laissez-Faire Arbitration Market and the Need for a Uniform Federal Standard Governing Employment and Consumer Arbitration”, in *University of Kansas Law Review*, nº 52, 2004.

BARBOSA, Águida Arruda. *Construção dos fundamentos teóricos e práticos do código de família brasileiro*. Tese de doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007.

_____. “Estado da Arte da Mediação Familiar Interdisciplinar no Brasil”, in *Revista Brasileira de Direito de Família - IBDFAM*, vol. 8, nº 40, fev.-mar. 2007.

_____. *Mediação familiar: instrumento transdisciplinar em prol da transformação dos conflitos decorrentes das relações jurídicas controversas*. Dissertação de mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2003.

_____. “Proteção da pessoa dos filhos: mediação familiar e interdisciplinar”, in *Direito de Família no novo milênio: estudos em homenagem ao professor Álvaro Vilaça Azevedo*. Organização de José Fernando Simão, Jorge Shigemitsu Fujita, Silmara Juny de Abreu Chinellato e Maria Cristina Zucchi. São Paulo: Atlas, 2010.

BARBOSA, Ivan. “Fórum de Múltiplas Portas. Uma proposta de aprimoramento processual”, in *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Organização de André Gomma de Azevedo. Vol. 2. Brasília: Grupos de pesquisa, 2003.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo”, in *Revista de Processo*, nº 37, jan.-mar. 1985.

_____. “A importação de modelos jurídicos”, in *Temas de direito processual*. 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. “Privatização do processo”, in *Temas de direito processual*. 7ª série. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. “Saneamento do processo e audiência preliminar”, in *Revista de Processo*, nº 40, out.-dez.1985.

_____. “Sobre pressupostos processuais”, in *Temas de Direito Processual*. Quarta Série. São Paulo: Saraiva, 1989.

BASTOS, Cleverson Leite e KELLER, Vicente. *Aprendendo a aprender – introdução à metodologia científica*. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1992.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Código de Processo Civil interpretado*. Coordenação de Antonio Carlos Marcato. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Direito e Processo – Influência do direito material sobre o processo*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BENDIX, Reinhard. *Max Weber: um perfil intelectual*. Brasília: Universidade de Brasília, 1986.

BENETI, Sidnei Agostinho. “Resolução alternativa de conflito e constitucionalidade”, in *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, nº 9, jan.-jun. 2002.

BERTALANFFY, Karl Ludwig Von. *Teoria Geral dos Sistemas*. Tradução de Francisco M. Guimarães. São Paulo: Vozes, 1975.

BLACKIAR, Charles B. “Judicial Activism”, in *St. Louis Law Journal*, nº 42, Summer 1998.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRAGA NETO, Adolfo. “Alguns aspectos relevantes sobre a mediação de conflitos”, in *Mediação e gerenciamento de processos*. Coordenação de Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Caetano Lagrasta Neto. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. “Mediação de Conflitos e Políticas Públicas – A experiência com a mediação comunitária em distritos de alta vulnerabilidade da Grande São Paulo”, in *Âmbito Jurídico*, nº 60, dez. 2008, disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4230>. Acessado em 02.07.2011.

_____. “Reflexões sobre a conciliação e a mediação de conflitos”, in *As transformações do processo civil brasileiro – Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. Coordenação de Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretária de Reforma do Judiciário. *Acesso à Justiça por sistemas alternativos de administração de conflitos: mapeamento nacional de programas públicos e não governamentais*. Brasília: 2005. Disponível em <<http://portal.mj.gov.br/>>. Acessado em 20.06.2011.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretária de Reforma do Judiciário. *Análise da gestão e funcionamento dos cartórios judiciais*. Coordenação de Paulo Eduardo Alves da Silva, Brasília: 2007.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretária de Reforma do Judiciário. *Manual de mediação judicial*. Organização de André Gomma de Azevedo. 2ª ed. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2010.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório Justiça em números*. Brasília, 2009. Disponível em <<http://portal.mj.gov.br/>>. Acessado em 20.06.2011.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Cem maiores litigantes*. Brasília, março de 2011. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Acessado em 20.06.2011.

BRAZIL, Wayne D. “Continuing the conversation about the current status and the future of ADR: a view from the Courts”, in *Journal of dispute resolution*, vol. 11, 2000.

_____. “Hosting mediations as a representative of the system of civil justice”, in *Ohio St. Journal on Dispute Resolution*, vol. 22, 2007.

_____. “Institutionalizing ADR programs in Courts”, in *Emerging ADR issues in state and Federal Courts*. American Bar Association, 1991.

BITTONI, Ademir. “A ilusão do normativismo e a mediação”, in *Revista do Advogado*, nº 87, set. 2006.

BUSH, Robert A. Baruch e FOLGER, Joseph P. *La promesa de la mediación: cómo afrontar el conflicto a través del fortalecimiento propio y el reconocimiento de los otros*. Buenos Aires: Granica, 2006.

CAFFÉ, Mara. *Psicanálise e direito: a escuta analítica e a função normativa jurídica*. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

CAHALI, Francisco José. “A Súmula nº 377 e o novo Código Civil: a mutabilidade do regime de bens”, in *Revista do Advogado*, vol. 24, nº 76, jun. 2004.

_____. “Alimentos no novo código civil e o direito intertemporal”, in *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, vol. 5, nº 1, jan.-jun. 2004.

_____. *Curso de arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____; HINORAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das sucessões*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. “Dos alimentos da união estável (Lei 8.971, de 29.12.94)”, in *Revista de Processo*, nº 78, abr.-jun. 1995.

_____; HERANCE FILHO, Antonio; ROSA, Karin Regina Rick; FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger. *Escrituras públicas: separação, divórcio, inventário e partilha*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CALMON, Petrólio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CÂMARA, Alexandre de Freitas. “Conciliação e Mediação no Processo Civil Brasileiro”, in *Revista Dialética de Direito Processual*, vol. 22, 2005.

CAMPAGNE, Cristian Della. *A filosofia política hoje: ideias, debates, questões*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

CAMPOS, Marcelo Vieira de. *Defensoria Pública é essencial ao acesso à Justiça*. Disponível em <<http://portal.mj.gov.br/>>. Acessado em 08.10.2011.

CANELA JÚNIOR, Osvaldo. *Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

_____. “Algunas reflexiones sobre el rol de los estudios procesales en la actualidad”, in *Revista de Processo*, nº 64, out.-dez.1991.

_____. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.

_____. “Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça”, in *Revista de Processo*, nº 74, abr.-jun 1994.

CARDOSO, Antônio Pessoa. “Juizados especiais aproximam a Justiça do povo”, in *Revista Consultor Jurídico*, set. 2007. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2007-set-10/juizados_especiais_aproximam_justica_povo>. Acessado em 20.09.2011.

CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. *Arbitragem e processo*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

CARNEIRO, Athos Gusmão. “A conciliação no novo Código de Processo Civil”, in *Revista de Processo*, nº 2, 1976.

CARNEIRO, João Geraldo Piquet. Entrevista à Revista Veja, disponível em <<http://veja.abril.com.br/120907/entrevista.shtml>>. Acessado em 04.10.2011.

_____. A justiça do pobre. Disponível em <http://www.desburocratizar.org.br/down/bibl_justica.pdf>. Acessado em 04.10.2011.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*. Vol. 1. Padova: Cedam, 1936.

CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. *Proceso, autocomposición e autodefensa*. 1ª reimpressão. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.

CENTRO BRASILEIRO DE ESTUDOS E PESQUISAS JUDICIAIS (CEBEPEJ). Execução fiscal no Brasil. Brasília: Ministério da Justiça, 2006. Disponível em <http://www.cebepj.org.br/pdf/execucoes_fiscais.pdf>. Acessado em 20.06.2011.

_____. Juizados Especiais Cíveis: estudo. Brasília: Ministério da Justiça, 2006. Disponível em <<http://www.cebepj.org.br/pdf/DJEC.pdf>>. Acessado em 20.06.2011.

_____. Tutela judicial dos interesses metaindividuais: ações coletivas. Brasília: Ministério da Justiça, 2007. Disponível em <http://www.cebepj.org.br/pdf/acoes_coletivas.pdf>. Acessado em 20.06.2011.

_____. e ESCOLA DE DIREITO DA FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS DE SÃO PAULO. Cartórios Judiciais. Brasília: Ministério da Justiça, 2007.

CHAYES, Abram. “The Role of The Judge in Public Law Litigation”, in *Harvard Law Review*, Vol. 89, 1976.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Vol. II. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1969.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

COBB, Sara. "Empowerment and mediation: A narrative perspective", in *Negotiation Journal*, vol. 9, jul. 1993.

_____. e RIFKIN, Janet Rifkin. "Practice and Paradox: deconstructing Neutrality in Mediation", in *Law and Social Inquiry*, vol. 16, 1991.

CONRADO, Maria do Carmo Moreira. "Mediação de conflitos, acesso à justiça e defensoria pública", in *Estudos sobre a mediação e arbitragem*. Organização de Lília Maia de Moraes Sales. Rio – São Paulo – Fortaleza: ABC Editora, 2003.

COOLEY, John W. *A advocacia na mediação*. Tradução de René Loncan. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes Corrêa. *Governança judicial – modelos de controle das atividades dos sujeitos processuais*. Tese de doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008.

COSTA, Alexandre Araújo. "Cartografia dos métodos de composição de conflitos", in *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Organização de André Gomma de Azevedo. Vol. 3. Brasília: Grupos de pesquisa, 2004.

COSTA, Moacir Lobo da. *Breve Notícia Histórica do Direito Processual Brasileiro e de sua literatura*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

COUTURE, Eduardo. *Fundamentos do Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1946.

CRESPO, Mariana D. Hernandez. "A Dialogue between Professors Frank Sander and Mariana Hernandez Crespo Exploring the Evolution of the Multi-Door Courthouse (Part One)", in *University of St. Thomas Law Journal*, September, 2008, disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1265221>. Acessado em 31.05.2011.

CUNHA, Maria Inês Moura Santos Alves da. *A equidade e os meios alternativos de solução de conflitos*. São Paulo: LTr, 2001.

DELGADO, José Augusto. "A arbitragem no Brasil. Evolução histórica e conceitual", in *Revista Forense*, vol. 374, 2004.

DEMARCHI, Juliana. *Mediação – Proposta de implementação no processo civil brasileiro*. Tese de doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007.

_____. "Técnicas de conciliação e mediação", in *Mediação e gerenciamento de processos*. Coordenação de Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Caetano Lagrasta Neto. São Paulo: Atlas, 2007.

DEUTSCH, Morton. “A resolução do conflito: processos e destrutivos”, in *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Organização de André Gomma de Azevedo. Tradução de Arthur Coimbra de Oliveira e revisão de Francisco Schertel Mendes. Vol. 3. Brasília: Grupos de pesquisa, 2004. Publicação original: *The resolution of conflict: construtive and destructive processes*. New Haven and London: Yale University Press, 1973, p. 1-32; 349-400.

DIAS, Maria Berenice e GROENINGA, Gisele. “A mediação no confronto entre direitos e deveres”, in *Revista do Advogado*, nº 62, mar. 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Execução Civil*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Fundamentos do processo civil moderno*. Vol. 1. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. “Limites da sentença arbitral e de seu controle jurisdicional”, in *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Organização de André Gomma de Azevedo. Vol. 2. Brasília: Grupos de pesquisa, 2003.

_____. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003.

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2004.

FABRETTI, Daniel. “Conciliação e mediação em juízo”, in *Mediação e gerenciamento de processos*. Coordenação de Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Caetano Lagrasta Neto. São Paulo: Atlas, 2007.

FALECK, Diego. “Introdução ao *Design* de Sistema de Disputa: Câmara de Indenização 3054”, in *Revista Brasileira de Arbitragem*, nº 23, jul.-set. 2009.

FALCÃO, Joaquim. *Movimento pela Conciliação*. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/conciliarConteudoTextual/anexo/artigo_02.pdf>. Acessado em 08.10.2011.

FARIA, José Eduardo. “O sistema brasileiro de Justiça: experiência recente e desafios futuros”, in *Estudos Avançados*, vol. 18, nº 51, São Paulo, 2004.

_____. “A definição de interesse público”, in *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. Organização de Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

FERRAZ, Leslie Shérída. *Juizados Especiais Cíveis e acesso à Justiça qualificado: uma análise empírica*. Tese de doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

FIANI, Ronaldo. *Teoria dos Jogos – Com Aplicação em Economia, Administração e Ciências Sociais*. 2ª ed. São Paulo: Campus, 2006.

FISHER, Roger, URY, William e PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim – negociação de acordos sem concessões*. Tradução de Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. 2ª ed. Rio de Janeiro: Imago, 2005.

FISS, Owen; RESNIK, Judith. *Adjudication and its alternatives – an introduction to procedure*. New York: Thomson West, 2003.

_____. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Tradução coordenada por Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem, Jurisdição e Execução*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FLORY, Thomas Flory. *El juez de paz y el jurado en el Brasil imperial. 1808-1971*, México: Fondo de Cultura Económica, 1986.

Formulário para encaminhamento de projeto. *Revista do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. 1, nº 2, jul.-dez. 2006.

FRANÇA, Rubens Limongi. “Direitos da personalidade – coordenadas fundamentais”, in *Revista do Advogado*, nº 38, dez. 1992.

FREITAS JR., Antônio Rodrigues de. “Conflitos de justiça e limites da mediação para a difusão da cultura da paz”, in *As grandes transformações do processo civil brasileiro – Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. Coordenação de Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

FUSTIER, Michel. *O conflito na empresa*. São Paulo: Martins Fontes, 1982.

FUX, Luiz. “O novo ensino jurídico”, in *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, vol. 3, n. 9, 2000.

GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação & Judiciário: condições necessárias para a institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos*. Tese de doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca, ROMANO, Michel Bentenjane Romano e LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. “O gerenciamento do processo”, in *Mediação e*

gerenciamento do processo – revolução na prestação jurisdicional. Coordenação de Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Caetano Lagrasta Neto. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. *Técnicas de aceleração do processo*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003.

GALANTER, Marc. “Compared to what? Assessing the quality of dispute processing”, in *Denver University Law Review*, nº 66, 1989.

_____. “Why the ‘Haves’ come out ahead: speculations on the limits of legal change”, in *Law and society review*, Vol. 9, nº 2, 1975.

GANANCIA, Danièle. “Justiça e mediação familiar: uma parceria a serviço da coparentalidade”, in *Revista do Advogado*, tradução de Gisele Groeninga de Almeida, Aguida Arruda Barbosa e Eliana Riberti Nazareth, nº 62, mar. 2001

GARTH, Bryant G. “ADR and Civil Procedure: A Chapter or an organizing a theme?”, in *Journal Legal Education*, nº 37, 1987.

GOLDBERG, Stephen; SANDER, Frank E. A.; ROGER, Nancy e COLE, Sarah Cole. *Dispute resolution: negotiation, mediation and other process*. 4th ed. New York: Aspen Publishers, 2003.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 14^a ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

GRILLO, Trina Grillo. “The mediation alternative: process dangers for women”, in *Yale Law Journal*, vol. 100, april, 1991.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Aula inaugural do Curso de Introdução aos Meios Alternativos de Solução de Conflitos realizado pela Escola Paulista da Magistratura do Estado de São Paulo e pelo Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em 23.08.2011. Informação disponível em <<http://www.epm.tjsp.jus.br/Internas/NoticiasView.aspx?ID=11438>>. Acessado em 20.09.2011.

_____. “A crise do Poder Judiciário”, in *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, nº 34, dez. 1990.

_____ et alii. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004

_____. “Coisa julgada e terceiros”, in *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, vol. 2, nº 12, mai.-jun. 2006.

_____. “Conciliação”, in *Revista de Processo*, nº 41, 1986.

_____. “Conciliação e mediação judiciais no projeto de novo Código de Processo Civil”, in *Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária*

nacional. Coordenadores Morgana de Almeida Richa e Antonio Cezar Peluso. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. “Conciliação extrajudicial no quadro participativo”, in *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. “Deformalização do processo e deformalização das controvérsias”, in *Revista de Processo*, nº 46, abr.-jun 1987.

_____. *Novas tendências do direito processual*. São Paulo: Forense Universitária, 1990.

_____. “O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário”, in *O processo – estudos e pareceres*. 2ª ed. São Paulo: DPJ, 2009.

_____. “Órgãos extrajudiciais de conciliação”, in *Revista de Direito do Trabalho*, nº 83, set. 1993.

_____. “Os fundamentos da justiça conciliativa”, in *Mediação e gerenciamento do processo – revolução na prestação jurisdicional*. Coordenação de Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Caetano Lagrasta Neto. São Paulo: Atlas, 2007.

_____ e WATANABE, Kazuo. “Recepção e transmissão de institutos processuais civis”, in *Revista de Processo*, nº 140, out. 2006.

GROENINGA, Giselle Câmara. “Mediação Interdisciplinar - Um novo Paradigma”, in *Revista Brasileira de Direito de Família – IBDFAM*, vol. 8, nº 40, fev.-mar. 2007.

GRUSPUN, Haim. *Mediação familiar: o mediador e a separação de casais com filhos*. São Paulo: LTr, 2000.

HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la acción comunicativa I – Racionalidad de la acción y racionalización social*. 4ª ed. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madri: Taurus Humanidades, 1987.

_____. *Teoria de la acción comunicativa II – Crítica de la razón funcionalista*. 4ª ed. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madri: Taurus Humanidades, 1987.

HENRY, James. “Some reflection on ADR”, in *University of Missouri Journal of Dispute Resolution*, 2000.

HUNT Elizabeth. “Arb-Med: Adr in The New Millennium”, in *Orange County Lawyer*, nº 29, jan. 2000.

JAPIASSU, Hilton Ferreira. *A crise da razão no ocidente*. Disponível em <http://www.sinergia-spe.net/editoraeletronica/autor/069/06900100_1.htm>. Acessado em 05.06.2009.

_____. *Interdisciplinaridade e patologia do saber*. Rio de Janeiro: Imago, 1976.

KELSEN, Hans. *O que é Justiça?* Tradução de Luís Carlos Borges e Vera Barknow. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

KOMATSU, Roque. *A tentativa de conciliação no processo civil*. Dissertação de mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1978.

_____. *Da invalidade do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

KOVACH, Kimberlee K. e LOVE, Lela P. “Mapeando a mediação: os riscos do gráfico de Riskin”, in *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Organização de André Gomma de Azevedo. Tradução de Francisco Schertel Mendes e revisão de Arthur Coimbra de Oliveira. Vol. 3. Brasília: Grupos de pesquisa, 2004. Publicação original: “Mapping mediation: The risks of Riskin’s Grid”, in *Harvard Negotiation Law Review*, Spring, 1998, disponível <http://www.cardozo.yu.edu/cms/uploadedFiles/FACULTY/Lela_Love/mapping_mediation.pdf>. Acessado em 22.09.2011.

LAGRASTA NETO, Caetano. “A conciliação judicial – avanços, retrocessos e esperança”, in *Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional*. Coordenadores Morgana de Almeida Richa e Antonio Cezar Peluso. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

LANDRY, Sherry. “Med-arb. mediation with a bite and an effective ADR model”, in *Defense Counsel Journal*, nº 63, 1996.

LEITE, Eduardo Oliveira. *Grandes temas da atualidade: mediação, arbitragem e conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LESSA, Célia de Andrade. “Racionalidade estratégica e instituições”, in *Revista brasileira de ciências sociais*. Vol. 13, nº 37, São Paulo, jun 1998. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-69091998000200008&script=sci_arttext#home>. Acessado em 30.06.2011.

LOPES, José Reinaldo de Lima Lopes. *O direito na história: lições introdutórias*. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes. “A contribuição dos meios alternativos para a solução das controvérsias”, in *As grandes transformações do processo civil brasileiro – Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. Coordenação de Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

_____. *Prestação jurisdicional pelo Estado e meios alternativos de solução de controvérsias: convivência e forma de pacificação social. Uma sugestão de*

integração. Tese de doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006.

LUCHIARI, Valéria Ferioli Lagrasta. “A Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça: origem, objetivos, parâmetros e diretrizes para a implantação concreta”, in *Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional*. Coordenadores Morgana de Almeida Richa e Antonio Cezar Peluso. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. *O Anteprojeto de Código de Processo Civil, a conciliação e a mediação*. Disponível em <<http://novo.direitoprocessual.org.br/content/blocos/109/1>>. Acessado em 22.11.2010.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Embargos à execução*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Eficácia das decisões e execução provisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LUHMANN, Niklas. *O Poder*. Tradução de Martine Creusot de Rezende Martins. Brasília: Universidade de Brasília, 1985.

_____. “Positive Law and Ideology”, in *The differentiation of the society*. New York: Columbia University Press, 1980.

MAGANO, Octávio Bueno. “Solução de conflitos”, in *Revista de Direito do Trabalho*, vol. 30, nº 116, out.-dez. 2004.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. “A conciliação em segundo grau no E. Tribunal de Justiça de São Paulo e sua possível aplicação aos feitos de interesse da Fazenda Pública”, in *Revista dos Tribunais*, nº 93, fev. 2004.

MARQUES, Claudia Lima. “Superação das Antinomias pelo Diálogo das Fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002”, in *Revista de Direito do Consumidor*, nº 51, 2004.

MARCATO, Antônio Carlos. *Código de Processo Civil interpretado*. Coordenação de Antônio Carlos Marcato. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MARINHO, Raul. *Prática na Teoria: Aplicação da Teoria dos Jogos e da Evolução aos Negócios*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no estado constitucional*. Disponível em <<http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/handle/2011/2174>>. Acessado em 12.11.2011.

MATERIAL DE APOIO AOS CONCILIADORES DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS DO ESTADO DE SÃO PAULO. Disponível em <http://www.tj.sp.gov.br/Download/Conciliacao/Apostila_Juizados_Especiais_Civeis.pdf> Acessado em 10.11.2010.

MATURANA, Humberto e VARELA, Francisco. *A árvore do conhecimento: as bases biológicas do entendimento humano*. Campinas: Editorial Psy, 1995.

MAYER, Bernard. *The dynamics of conflict resolution: a practitioner's guide*. San Francisco: Jossey-Bass, 2000.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *O acesso à justiça e o Ministério Público*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MELO, Eduardo Rezende. “A experiência em justiça restaurativa no Brasil: um novo paradigma que avança na infância e juventude”, in *Revista do Advogado* nº 87, set. 2006.

MENKEL-MEADOW, Carrie. “Ethics in alternative dispute resolution: new issues, no answers from the adversary conception of lawyers’ responsibilities”, in *Texas Law Review*, nº 38, 1997.

_____. “Pursuing settlement in an adversary culture: a tale of innovation coopted or “the law of ADR””, in *Fla. St. U. L. Rev.*, vol. 19, 1992.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. “A crise do judiciário e o processo”, in *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, vol. 2, nº 1, jan.-jun. 2001.

_____. “A revisão do Código de Processo Civil”, in *Revista do Advogado*, vol. 24, nº 75, abr. 2004.

_____. “As novas tendências do direito processual: uma contribuição para o seu reexame”, in *Revista Forense*, vol. 98, nº 361, mai.-jun. 2002.

_____. “O Juizado Especial em face das garantias constitucionais”, in *Revista Jurídica*, vol. 53, nº 330, abr. 2005.

_____. “Processo civil e processo incivil”, in *Revista de Processo*, vol. 31, nº 131, jan. 2006.

METZGER, Ernest. “Roman judges, case law, and principles of procedure”, in *Law and History Review*, 2004, vol. 22, nº 2.

MIRANDA, A.M. e BOSTROM, R.P. “Meeting Facilitation: process versus content interventions”, in *Journal of management information system*, vol. 5, nº 4, 1999.

MOORE, Christopher. *O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos*. Tradução de Magda França Lopes. 2ª. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998.

MORIN, Edgar. *Educação e Complexidade: os setes saberes e outros ensaios*. Tradução de Maria da Conceição de Xavier Almeida e Edgard de Assis Carvalho. São Paulo: Cortez, 2002.

_____. *Introdução ao pensamento complexo*. Tradução de Eliane Lisboa. Porto Alegre: Sulina, 2006.

NALINI, José Renato. “O Brasil e a mediação penal”, in *Revista dos Tribunais*, vol. 87, nº 750, abr. 1998.

_____. “Os três eixos da Reforma do Judiciário”, in *Revista do Advogado*, nº 75, abr. 2004.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. “Arbitragem e mediação”, in *Revista do Ministério Público de Trabalho*, Brasília, vol. 3, nº 6, set. 1993.

NASH JR., John Forbes. “The Bargaining Problem”, in *Econometrica – Journal of the econometric society*, vol. 18, Maryland, 1950. Disponível em <<http://www.sonoma.edu/users/e/eyler/426/nash1.pdf>>. Acessado em 25.06.2011.

_____. “Equilibrium Points in n-Person Games”, *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, vol. 36, Issue 1, 1950.

_____. *Non-cooperative Games*, PhD, Princeton University Press, 1950. Disponível em <http://www.princeton.edu/mudd/news/faq/topics/Non-Cooperative_Games_Nash.pdf>. Acessado em 23.06.2011.

_____. “Two-person Cooperative Games”, in *Econometrica – Journal of the econometric society*, vol. 21, Maryland, 1953. Disponível em <http://www.socio.ethz.ch/publications/spieltheorie/klassiker/Nash_Two-Person_Cooperative_Games.pdf>. Acessado em 30.06.2011.

NAZARETH, Eliana Riberti. “A prevenção da violência através da discussão da multidisciplinar”, in *Direito de família e ciências humanas*. Cadernos de estudo nº 2. Coordenação de Eliana Riberti Nazareth e Maria Antonieta Pisano Motta. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1998.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NEUMANN, John von e MORGENSTERN, Oskar. *The theory of games and economic behaviour*. Princeton: Princeton University Press, 1944.

NOGUEIRA, Mariella Ferraz de Arruda Police. “Dos núcleos permanentes de métodos consensuais de solução de conflitos”, in *Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional*. Coordenadores Morgana de Almeida Richa e Antonio Cezar Peluso. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. Palestra realizada no Seminário “Conciliação e Mediação: estruturação da Política Judiciária Nacional”, promovido pelo CNJ em 28.06.2011, na Fundação Armando Álvares Penteado – FAAP, em São Paulo/SP.

OLIVEIRA, Euclides de. “O percurso entre o conflito e a sentença nas questões de família”, in *Revista do Advogado*, nº 62, mar. 2001.

OLIVEIRA, Luciano de. *Não fale do Código de Hamurábi*, disponível em <http://moodle.stoa.usp.br/file.php/467/OLIVEIRA_Luciano_-.Nao_fale_do_codigo_de_Hamurabi.pdf>. Acessado em 20.09.2011.

PACHÁ, Andréa Maciel. “Movimento pela conciliação – o foco na sociedade”, in *Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional*. Coordenadores Morgana de Almeida Richa e Antonio Cezar Peluso. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PELUSO, Antonio Cezar. “À moda de advertência”, in prefácio de SIX, Jean-François, *Dinâmica de mediação*, Tradução de Gisele Groeninga de Almeida, Águida Arruda Barbosa e Eliana Riberti Nazareth. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

_____. Abertura realizada no Seminário “Conciliação e Mediação: estruturação da Política Judiciária Nacional”, promovido pelo CNJ em 28.06.2011, na Fundação Armando Álvares Penteado – FAAP, em São Paulo/SP.

_____. Apresentação, in *Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional*. Coordenadores Morgana de Almeida Richa e Antonio Cezar Peluso. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PLANO NACIONAL DE EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS. Coordenação de Herbert Borges Paes de Barros e Simone Ambros Pereira. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos - Ministério da Educação, 2003.

PRADO, Lúcia Reis de Almeida. “A lógica do razoável, na teoria da interpretação do Direito”, in *Justiça e Democracia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

_____. *O juiz e a emoção*. Campinas: Millennium, 2003.

POUNDSTONE, William. *Prisioner's dilemma – John Von Neumann, game theory and the puzzle of the bomb*. New York: Doubleday, 1992.

POZZEBON, Gustavo R. Chaim e ROMANO, Michel Betenjan. “O papel do Ministério Público na pacificação de conflitos”, in *Mediação e gerenciamento de processos*. Coordenação de Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Caetano Lagrasta Neto. São Paulo: Atlas, 2007.

RENAULT, Sérgio Rabello Tamm e BOTTINI, Pierpaolo. “Primeiro passo”, in *Reforma do Judiciário*. Coordenação de Sérgio Rabello Tamm Renault e Pierpaolo Bottini. São Paulo: Saraiva, 2005.

RESNIK, Judith. “Mediating preferences: litigant preferences for process and judicial preferences for settlement”, in *Journal of dispute resolution*, 2002.

RICHA, Morgana de Almeida. “Evolução da semana nacional de conciliação como consolidação de um movimento nacional permanente da Justiça brasileira”, in *Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional*. Coordenadores Morgana de Almeida Richa e Antonio Cezar Peluso. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

RISKIN, Leonard L. “Compreendendo as orientações, estratégias e técnicas do mediador: um padrão para perplexos”, in *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Organização de André Gomma de Azevedo. Tradução de Henrique Araújo Costa. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. Disponível em <http://www.ipea.gov.br/ouvidoria/images/stories/pdf/mediacao_negociacao_volume_1.pdf>. Acessado em 12.07.2011. Publicação original: “Understanding mediators’ orientations, strategies and techniques: a grid for the perplexed”, in *Harvard Negotiation Law Review*, vol. 7, 1996.

_____. e WESTBROOK, James Westbrook. *Dispute resolution and lawyers*. St. Paul: West, 1988.

SADEK, Maria Teresa e ARANTES, Rogério Bastos. “A Crise do Judiciário e a visão dos juízes”, in *Revista USP*, nº 21, mar.-mai. 1994.

_____. “Efetividade de direitos e acesso à justiça”, in *Reforma do Judiciário*, Coordenação de Sérgio Rabello Tamm Renault e Pierpaolo Bottini. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. “Judiciário: mudanças e reformas”, in *Estudos Avançados*, vol. 18, nº 51, mai.-ago. 2004.

_____, LIMA, Fernão Dias e ARAÚJO, José Renato de Campos. “O Judiciário e a prestação de justiça”, in *Acesso à Justiça*. Organização de Maria Tereza Sadek. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. *A mediação de conflitos – mudanças de paradigmas*. Disponível em <http://www.mediacaobrasil.org.br/artigos_pdf/4.pdf>. Acessado em 05.06.2011.

SALLES, Carlos Alberto de. *A arbitragem na solução de controvérsias contratuais da administração pública*. Tese de livre docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.

_____, GABBAY, Daniela Monteiro, SILVA, Érica Barbosa e, TARTUCE, Fernanda, GUERRERO, Luis Fernando e LORENCINI, Marco Antônio G. L. “A experiência do Núcleo de Estudos de Meios de Solução de Conflitos (NEMESC)”, in *Revista Direito GV*, Vol. 6, nº 1, jan.-jun. 2010. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322010000100005&script=sci_arttext>. Acessado em 02.10.2011.

_____. “A proteção judicial de interesses difusos e coletivos: funções e significados”, in *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. Organização de Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. “Ações Coletivas: premissas para comparação com o sistema jurídico norte americano”, in *Processos Coletivos e Tutela Ambiental*. Organização de Carlos

Alberto de Salles, Solange Teles da Silva e Ana Maria de Oliveira Nusdeo. Santos: Leopoldianum, 2006.

_____. “Entre a eficiência e a equidade: bases conceituais para um direito processual coletivo”, in *Revista de direitos difusos*, vol. 36, mar.-abr. 2006.

_____. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. “Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à justiça: a inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada”, in *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. Organização de Luiz Fux, Nelson Nery e Teresa Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. “Políticas públicas e a legitimidade para defesa de interesses difusos e coletivos”, in *Revista de Processo*, nº 121, mar. 2005

_____. “Processo civil de interesse público”, in *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. Organização de Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SAMPAIO, Lia Regina Castaldi e BRAGA NETO, Adolfo. *O que é mediação de conflitos?* São Paulo: Brasiliense, 2007.

SANDER, Frank E. A. *Emerging ADR issues in state and federal courts*. American Bar Association, 1991.

_____. “Varieties of dispute processing”, in *The Pound Conference: perspectives on justice in the future*. St. Paul: West Publishing Co., 1979, p. 65-87.

_____. e ROZDEICZER, Lukasz. “Matching cases and dispute resolution procedures: detailed analysis leading to a mediation-centered approach”, in *Harvard Negotiation Law Review*, vol. 11, 2006.

SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente*. São Paulo: Cortez, 2000.

_____. “Introdução à sociologia da administração da justiça”, in *Direito e Justiça*. Organização de José Eduardo Faria. São Paulo: Ática, 1989.

_____. “Law of the oppressed: the construction and production of legality in Pasargada”, in *Law and Society Review*, vol. 12, 1977.

_____. “O poder judiciário nos universos jurídico e social: esboço para uma discussão política judicial comparada”, in *Serviço Social & Sociedade*, nº 67, set. 2001.

SANTOS, Lia Justiniano. “A introdução da mediação no Judiciário paulista através do Setor de Conciliação do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo”, in *Revista do Advogado*, nº 87, set. 2006.

SANTOS, Nilton Agnaldo Moraes dos. *Código de Processo Civil interpretado*. Coordenação de Antônio Carlos Marcato. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

SENA, Adriana Goulart de. “A conciliação judicial trabalhista em uma política pública de tratamento adequado e efetivo de conflitos de interesses”, in *Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional*. Coordenadores Morgana de Almeida Richa e Antonio Cezar Peluso. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. “Juízo conciliatório trabalhista”, in *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, vol. 45, nº 75, jan.-jun. 2007.

_____. Palestra realizada no Seminário “Conciliação e Mediação: estruturação da Política Judiciária Nacional”, promovido pelo CNJ em 28.06.2011, na Fundação Armando Álvares Penteado – FAAP, em São Paulo/SP.

SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e Prática da Medição de Conflitos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.

SILVA, Érica Barbosa e. *Cumprimento de sentença em ações coletivas*. São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA, Ovídio A. Baptista da e GOMES, Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SILVA, Paula Costa e. Palestra realizada no Seminário “Conciliação e Mediação: estruturação da Política Judiciária Nacional”, promovido pelo CNJ em 28.06.2011, na Fundação Armando Álvares Penteado – FAAP, em São Paulo/SP.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. “Gerenciamento de processo e cultura de litigância – a experiência do “case management” inglês”, in *As grandes transformações do processo civil brasileiro – Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. Coordenação de Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SILVEIRA, Alípio. *Conceito e funções da equidade em face do direito positivo*. São Paulo: s/ed., 1943.

SIX, Jean-François. *Dinâmica de mediação*. Tradução de Gisele Groeninga de Almeida, Ágida Arruda Barbosa e Eliana Riberti Nazareth. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SOUSA, Sebastião de. “Da conciliação”, in *Revista Forense*, vol. 131, set. 1950.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Evolução do conceito de equidade e sua influência na jurisprudência*. Tese de doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1989.

SOUZA NETO, João Baptista de Mello e. *Mediação em Juízo – abordagem prática para obtenção de um acordo justo*. São Paulo: Atlas, 2000.

SUSSKIND, Lawrence, CRUIKSHANK, Jeffrey e DUZERT, Yann. *Quando a maioria não basta: método de negociação coletiva para a construção de consenso*. Tradução de Yves Bergounoux. Rio de Janeiro: FGV, 2008.

TALAMINI, Eduardo. *O primeiro esboço de um novo CPC*. Publicado em 21 dez. 2009. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI99523,71043-O+primeiro+esboco+de+um+novo+CPC>>. Acessado em 04.10.2011

TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. *Mediação em juízo*. São Paulo: LTr, 2004.

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

_____. *Vulnerabilidade como critério legítimo de desequilíbrio no processo civil*. Tese de doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

URY, William. *Chegando à paz – resolvendo conflitos em casa, no trabalho e no dia-a-dia*. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

_____, BRETT, Jeanne M. Brett e GOLDBERG, Steven B. *Getting disputes resolved: designing systems to cut the costs of conflict*. Cambridge: PON Books, 1993.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. São Paulo: Método, 2007.

VAZ, Alexandre Mario Pessoa. *Poderes e deveres do juiz na conciliação judicial*. Tese de doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1976.

VERISSIMO, Marcos Paulo. *A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil: o processo judicial no pós-1988*. Tese de doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006.

VERONESE, Alexandre. “Projetos judiciais de acesso à Justiça entre assistência social e serviços legais”, in *Revista Direito GV*, vol. 3, nº 1, jan.-jun. 2007.

VEZZULLA, Juan Carlos. “A mediação. O mediador. A justiça e outros conceitos”, in *Mediação – métodos de resolução de controvérsias*, coordenação de Ângela Oliveira. São Paulo: LTr, 1999.

_____. *Mediação – teoria e prática*. Guia para utilizadores e profissionais. Ministério da Justiça de Portugal. Lisboa, 2005.

_____. “Ser mediador – reflexões”, in *Estudos sobre a mediação e arbitragem*, Organização de Lília Maia de Moraes Sales, Rio – São Paulo – Fortaleza: ABC Editora, 2003.

VIEIRA, Rosa Maria. *O Juiz de Paz: do Império a nossos dias*. 2ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2002.

VICENTE, Reginandrea Gomes e BIASOTO, Lilian Godau dos Anjos Pereira. “O conhecimento psicológico e a mediação familiar”, in *Mediação de Conflitos: pacificando e prevenindo a violência*. São Paulo: Lexus, 2003.

VIGORITI, Vincenzo. “Notas sobre o curso e a duração do processo civil na Itália”, in *Revista de Processo*, vol. 11, nº 43, jul.-set. 1986. Tradução de Teresa Celina de Arruda Alvim.

WATANABE, Kazuo. Entrevista à Mediativa – Instituto de Mediação Transformativa, em 30.05.2011. Disponível <<http://www.mediativa.org.br/index.php/mediativa/content/view/full/669?intSecao=2&intConteudo=186>>. Acessado em 20.07.2011.

_____. “Acesso à Justiça e sociedade moderna”, in *Participação e processo*. Coordenação de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____, et alii. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. “Cultura da sentença e cultura da pacificação”, in *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. Coordenação de Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide. São Paulo: DPJ, 2005.

_____. *Da cognição no processo civil*. 3ª ed. São Paulo: DPJ, 2005.

_____. “Filosofia e características básicas do juizado especial de pequenas causas”, in *Juizado Especial de pequenas causas (Lei 7.244, de 7 de novembro de 1984)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

_____. “Modalidades de Mediação”, in *Série Cadernos do CEJ*, nº 22, Brasília, Conselho da Justiça Federal, 2001.

_____. “Novas atribuições do Judiciário: necessidade de sua percepção e de reformulação da mentalidade”, in *Revista da Escola Paulista de Magistratura*, nº 1, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, set.-dez. 1996.

_____. “Pesquisa das causas da litigiosidade”, in *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, vol. 1, 1993.

_____. “Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses”. Disponível em <http://www.tj.sp.gov.br/Handlers/FileFetch.ashx?id_arquivo=29045>. Acessado em 03.06.2011.

_____. “Processo civil de interesse público: introdução”, in *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. Organização de Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. “Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer – artigos 273 e 461, CPC”, in *Revista de Direito do Consumidor*, nº 19, jul.-set. 1996.

WARAT, Luís Alberto. *O ofício do mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001.

WATZLAWICK, Paul; BEAVIN, Janet Helmick e JACKSON, Don D.. *Pragmática da comunicação humana: um estudo dos padrões, patologias e paradoxos da interação*. Tradução de Álvaro Cabral. 13ª ed. São Paulo: Cultrix, 2002.

WERNER, Guilherme Vasi. “O controle estatístico na Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, in *Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional*. Coordenadores Morgana de Almeida Richa e Antonio Cezar Peluso. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ZAPPAROLLI, Célia Regina. “A experiência pacificadora da mediação: uma alternativa contemporânea para a implementação da cidadania e da justiça”, in *Mediação de Conflitos: pacificando e prevenindo a violência*. São Paulo: Lexus, 2003.

_____. “Instrumentos não adjudicatórios de gestão de demandas, conflitos, disputas, problemas e crises nos sistemas: especificidades e aplicabilidade”, in *Direito Individual do Trabalho*. Organização de Candy Florencio Thome e Rodrigo Garcia Schwarz. São Paulo: Campus, 2011.

_____. “Políticas públicas de justiça e a mediação de conflitos intrafamiliares em contextos de crimes processados pelas leis 9.099/1995 e 11.340/2006”, in *As grandes transformações do processo civil brasileiro – Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. Coordenação de Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

ANEXO I

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA RESOLUÇÃO Nº 125, DE 29 DE NOVEMBRO DE 2010.

Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências.

O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, no uso de suas atribuições constitucionais e regimentais,

CONSIDERANDO que compete ao Conselho Nacional de Justiça o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, bem como zelar pela observância do art. 37 da Constituição da República;

CONSIDERANDO que a eficiência operacional, o acesso ao sistema de Justiça e a responsabilidade social são objetivos estratégicos do Poder Judiciário, nos termos da Resolução/CNJ nº 70, de 18 de março de 2009;

CONSIDERANDO que o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa;

CONSIDERANDO que, por isso, cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação;

CONSIDERANDO a necessidade de se consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios;

CONSIDERANDO que a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados nos países tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças;

CONSIDERANDO ser imprescindível estimular, apoiar e difundir a sistematização e o aprimoramento das práticas já adotadas pelos tribunais;

CONSIDERANDO a relevância e a necessidade de organizar e uniformizar os serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos, para lhes evitar disparidades de orientação e práticas, bem como para assegurar a boa execução da política pública, respeitadas as especificidades de cada segmento da Justiça;

CONSIDERANDO que a organização dos serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos deve servir de princípio e base para a criação de Juízos de resolução alternativa de conflitos, verdadeiros órgãos judiciais especializados na matéria;

CONSIDERANDO o deliberado pelo Plenário do Conselho Nacional de Justiça na sua 117ª Sessão Ordinária, realizada em de 23 de 2010, nos autos do procedimento do Ato 0006059-82.2010.2.00.0000;

RESOLVE:

Capítulo I - Da Política Pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses

Art. 1º Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade.

Parágrafo único. Aos órgãos judiciários incumbe, além da solução adjudicada mediante

sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão.

Art. 2º Na implementação da Política Judiciária Nacional, com vista à boa qualidade dos serviços e à disseminação da cultura de pacificação social, serão observados: centralização das estruturas judiciárias, adequada formação e treinamento de servidores, conciliadores e mediadores, bem como acompanhamento estatístico específico.

Art. 3º O CNJ auxiliará os tribunais na organização dos serviços mencionados no art. 1º, podendo ser firmadas parcerias com entidades públicas e privadas.

Capítulo II - Das Atribuições do Conselho Nacional de Justiça

Art. 4º Compete ao Conselho Nacional de Justiça organizar programa com o objetivo de promover ações de incentivo à autocomposição de litígios e à pacificação social por meio da conciliação e da mediação.

Art. 5º O programa será implementado com a participação de rede constituída por todos os órgãos do Poder Judiciário e por entidades públicas e privadas parceiras, inclusive universidades e instituições de ensino.

Art. 6º Para desenvolvimento dessa rede, caberá ao CNJ:

I – estabelecer diretrizes para implementação da política pública de tratamento adequado de conflitos a serem observadas pelos Tribunais;

II – desenvolver conteúdo programático mínimo e ações voltadas à capacitação em métodos consensuais de solução de conflitos, para servidores, mediadores, conciliadores e demais facilitadores da solução consensual de controvérsias;

III – providenciar que as atividades relacionadas à conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos sejam consideradas nas promoções e remoções de magistrados pelo critério do merecimento;

IV – regulamentar, em código de ética, a atuação dos conciliadores, mediadores e demais facilitadores da solução consensual de controvérsias;

V – buscar a cooperação dos órgãos públicos competentes e das instituições públicas e privadas da área de ensino, para a criação de disciplinas que propiciem o surgimento da cultura da solução pacífica dos conflitos, de modo a assegurar que, nas Escolas da Magistratura, haja módulo voltado aos métodos consensuais de solução de conflitos, no curso de iniciação funcional e no curso de aperfeiçoamento;

VI – estabelecer interlocução com a Ordem dos Advogados do Brasil, Defensorias Públicas, Procuradorias e Ministério Público, estimulando sua participação nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania e valorizando a atuação na prevenção dos litígios;

VII – realizar gestão junto às empresas e às agências reguladoras de serviços públicos, a fim de implementar práticas autocompositivas e desenvolver acompanhamento estatístico, com a instituição de banco de dados para visualização de resultados, conferindo selo de qualidade;

VIII – atuar junto aos entes públicos de modo a estimular a conciliação nas demandas que envolvam matérias sedimentadas pela jurisprudência.

Capítulo III - Das Atribuições dos Tribunais

Seção I - Dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos

Art. 7º Os Tribunais deverão criar, no prazo de 30 dias, Núcleos Permanentes de Métodos

Consensuais de Solução de Conflitos, compostos por magistrados da ativa ou aposentados e servidores, preferencialmente atuantes na área, com as seguintes atribuições, entre outras:

I – desenvolver a Política Judiciária de tratamento adequado dos conflitos de interesses, estabelecida nesta Resolução;

II – planejar, implementar, manter e aperfeiçoar as ações voltadas ao cumprimento da política e suas metas;

III – atuar na interlocução com outros Tribunais e com os órgãos integrantes da rede mencionada nos arts. 5º e 6º;

IV – instalar Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania que concentrarão a realização das sessões de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, dos órgãos por eles abrangidos;

V – promover capacitação, treinamento e atualização permanente de magistrados, servidores, conciliadores e mediadores nos métodos consensuais de solução de conflitos;

VI – na hipótese de conciliadores e mediadores que atuem em seus serviços, criar e manter cadastro, de forma a regulamentar o processo de inscrição e de desligamento;

VII – regulamentar, se for o caso, a remuneração de conciliadores e mediadores, nos termos da legislação específica;

VIII – incentivar a realização de cursos e seminários sobre mediação e conciliação e outros métodos consensuais de solução de conflitos;

IX – firmar, quando necessário, convênios e parcerias com entes públicos e privados para atender aos fins desta Resolução.

Parágrafo único. A criação dos Núcleos e sua composição deverão ser informadas ao Conselho Nacional de Justiça.

Seção II - Dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania

Art. 8º Para atender aos Juízos, Juizados ou Varas com competência nas áreas cível, fazendária, previdenciária, de família ou dos Juizados Especiais Cíveis e Fazendários, os Tribunais deverão criar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania ("Centros"), unidades do Poder Judiciário, preferencialmente, responsáveis pela realização das sessões e audiências de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão.

§ 1º Todas as sessões de conciliação e mediação pré- processuais deverão ser realizadas nos Centros, podendo, excepcionalmente, as sessões de conciliação e mediação processuais ser realizadas nos próprios Juízos, Juizados ou Varas designadas, desde que o sejam por conciliadores e mediadores cadastrados junto ao Tribunal (inciso VI do art. 7º) e supervisionados pelo Juiz Coordenador do Centro (art. 9º).

§ 2º Os Centros deverão ser instalados nos locais onde exista mais de um Juízo, Juizado ou Vara com pelo menos uma das competências referidas no caput.

§ 3º Nas Comarcas das Capitais dos Estados e nas sedes das Seções e Regiões Judiciárias, bem como nas Comarcas do interior, Subseções e Regiões Judiciárias de maior movimento forense, o prazo para a instalação dos Centros será de 4 (quatro) meses a contar do início de vigência desta Resolução.

§ 4º Nas demais Comarcas, Subseções e Regiões Judiciárias, o prazo para a instalação dos Centros será de 12 (doze) meses a contar do início de vigência deste ato.

§ 5º Os Tribunais poderão, excepcionalmente, estender os serviços do Centro a unidades ou órgãos situados em outros prédios, desde que próximos daqueles referidos no § 2º,

podendo, ainda, instalar Centros nos chamados Foros Regionais, nos quais funcionem dois ou mais Juízos, Juizados ou Varas, observada a organização judiciária local.

Art. 9º Os Centros contarão com um juiz coordenador e, se necessário, com um adjunto, aos quais caberá a sua administração, bem como a supervisão do serviço de conciliadores e mediadores. Os magistrados serão designados pelo Presidente de cada Tribunal dentre aqueles que realizaram treinamento segundo o modelo estabelecido pelo CNJ, conforme Anexo I desta Resolução.

§ 1º Caso o Centro atenda a grande número de Juízos, Juizados ou Varas, o respectivo juiz coordenador poderá ficar designado exclusivamente para sua administração.

§ 2º Os Tribunais deverão assegurar que nos Centros atuem servidores com dedicação exclusiva, todos capacitados em métodos consensuais de solução de conflitos e, pelo menos, um deles capacitado também para a triagem e encaminhamento adequado de casos.

§ 3º O treinamento dos servidores referidos no parágrafo anterior deverá observar as diretrizes estabelecidas pelo CNJ conforme Anexo I desta Resolução.

Art. 10. Cada unidade dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania deverá obrigatoriamente abranger setor de solução de conflitos pré-processual, setor de solução de conflitos processual e setor de cidadania, facultativa a adoção pelos Tribunais do procedimento sugerido no Anexo II desta Resolução.

Art. 11. Nos Centros poderão atuar membros do Ministério Público, defensores públicos, procuradores e/ou advogados.

Seção III - Dos Conciliadores e Mediadores

Art. 12. Nos Centros, bem como em todos os demais órgãos judiciários nos quais se realizem sessões de conciliação e mediação, somente serão admitidos mediadores e conciliadores capacitados na forma deste ato (Anexo I), cabendo aos Tribunais, antes de sua instalação, realizar o curso de capacitação, podendo fazê-lo por meio de parcerias.

§ 1º Os Tribunais que já realizaram a capacitação referida no caput poderão dispensar os atuais mediadores e conciliadores da exigência do certificado de conclusão do curso de capacitação, mas deverão disponibilizar cursos de treinamento e aperfeiçoamento, na forma do Anexo I, como condição prévia de atuação nos Centros.

§ 2º Todos os conciliadores, mediadores e outros especialistas em métodos consensuais de solução de conflitos deverão submeter-se a reciclagem permanente e à avaliação do usuário.

§ 3º Os cursos de capacitação, treinamento e aperfeiçoamento de mediadores e conciliadores deverão observar o conteúdo programático e carga horária mínimos estabelecidos pelo CNJ (Anexo 1) e deverão ser seguidos necessariamente de estágio supervisionado.

§ 4º Os mediadores, conciliadores e demais facilitadores do entendimento entre as partes ficarão sujeitos ao código de ética estabelecido pelo Conselho (Anexo III).

Seção IV - Dos Dados Estatísticos

Art. 13. Os Tribunais deverão criar e manter banco de dados sobre as atividades de cada Centro, com as informações constantes do Anexo IV.

Art. 14. Caberá ao CNJ compilar informações sobre os serviços públicos de solução consensual das controvérsias existentes no país e sobre o desempenho de cada um deles, por meio do DPJ, mantendo permanentemente atualizado o banco de dados.

Capítulo IV - Do Portal da Conciliação

Art. 15. Fica criado o Portal da Conciliação, a ser disponibilizado no sítio do CNJ na rede mundial de computadores, com as seguintes funcionalidades, entre outras:

I – publicação das diretrizes da capacitação de conciliadores e mediadores e de seu código de ética;

II – relatório gerencial do programa, por Tribunal, detalhado por unidade judicial e por Centro, com base nas informações referidas no Anexo IV;

III – compartilhamento de boas práticas, projetos, ações, artigos, pesquisas e outros estudos;

IV – fórum permanente de discussão, facultada a participação da sociedade civil;

V – divulgação de notícias relacionadas ao tema;

VI – relatórios de atividades da “Semana da Conciliação”.

Parágrafo único. A implementação do Portal será gradativa, observadas as possibilidades técnicas, sob a responsabilidade do CNJ.

Disposições Finais

Art. 16. O disposto na presente Resolução não prejudica a continuidade de programas similares já em funcionamento, cabendo aos Tribunais, se necessário, adaptá-los aos termos deste ato.

Art. 17. Compete à Presidência do Conselho Nacional de Justiça, com o apoio da Comissão de Acesso ao Sistema de Justiça e Responsabilidade Social, coordenar as atividades da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses, cabendo-lhe instituir, regulamentar e presidir o Comitê Gestor da Conciliação, que será responsável pela implementação e acompanhamento das medidas previstas neste ato.

Art. 18. Os Anexos integram esta Resolução e possuem caráter vinculante, à exceção do Anexo II, que contém mera recomendação.

Art. 19. Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Ministro Cezar Peluso
Presidente

ANEXO I – CURSOS DE CAPACITAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO **JUSTIFICATIVA**

Estabelecida pela Resolução n. 125 a Política Pública de Tratamento Adequado de Conflitos, destacando entre seus princípios informadores a qualidade dos serviços como garantia de acesso a uma ordem jurídica justa, desenvolveu-se conteúdo programático mínimo a ser seguido pelos Tribunais nos cursos de capacitação de serventuários da justiça, conciliadores e mediadores.

Para esse fim mostrou-se necessário compatibilizar a formação mínima exigida para a atuação desses facilitadores e as diferentes realidades econômicas, sociais e geográficas de cada Tribunal, com a adoção de um modelo factível em âmbito nacional.

O modelo é composto por três módulos sucessivos e complementares, que correspondem a diferentes níveis de capacitação. Todos aqueles que irão atuar nos Centros de Resolução de Disputas, inclusive servidores e conciliadores e mediadores já capacitados, necessariamente terão que cursar o Módulo I. Conciliadores e Mediadores terão que cursar os Módulos I e II e finalmente os mediadores terão que se capacitar nos três módulos.

O Módulo I, com 12 horas/aula, denominado “Introdução aos Meios Alternativos de Solução de Conflitos” versará sobre os diferentes meios não adversariais de solução de conflitos, com noções básicas sobre o conflito e a comunicação, disciplina normativa sobre o tema, experiências nacionais e internacionais, assegurando a compreensão dos objetivos da política pública de tratamento adequado de conflitos.

O Módulo II, com 16 horas/aula, denominado “Conciliação e suas Técnicas” se propõe a habilitar os facilitadores na utilização de técnicas autocompositivas de solução de conflitos, com enfoque na negociação e conciliação, trazendo padrões de comportamento ético e posturas exigidas no relacionamento com partes e diferentes profissionais envolvidos no CRD.

O Módulo III, com 16 horas/aula, denominado “Mediação e suas Técnicas” se propõe a habilitar os facilitadores na utilização de técnicas autocompositivas de solução de conflitos, com enfoque na mediação, identificando as diferentes Escolas, a multidisciplinaridade, as formas de sua aplicação, com destaque para a mediação judicial.

Os Módulos II e III serão necessariamente seguidos de estágio supervisionado. Para o Módulo II a carga horária será de 12 horas e para o Módulo III será de 24 horas.

Os certificados de capacitação apenas serão emitidos após a conclusão do estágio supervisionado.

Em relação aos servidores, o módulo I será complementado por módulo específico, destinado a detalhar o “modus operandi” do CRD, os procedimentos administrativos, de orientação ao público e de encaminhamento a entidades parceiras e outros órgãos públicos.

Finalmente, desenvolveu-se Módulo específico para os magistrados, com o objetivo de integrá-los à Política Pública de tratamento adequado de conflitos, apresentando os principais métodos alternativos de solução de conflitos e suas aplicações, bem como detalhando o funcionamento dos CRDs.

MODULO I

Título: INTRODUÇÃO AOS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Público Alvo: Conciliadores, Mediadores, Serventuários da Justiça

Objetivos:

Conscientização sobre a política pública de tratamento adequado de conflitos;
Trazer à reflexão o conflito e seus vários aspectos;
Desenvolver habilidades na área da Comunicação;
Informar sobre panorama nacional e internacional dos meios alternativos de solução de conflitos e principais métodos existentes;
Informar normatização sobre o tema;

Carga horária: 12 horas/aula teóricas, sendo a hora/aula de 50 (cinquenta) minutos.

Disciplinas:

- 1) Política Pública de Tratamento Adequado de Conflitos (1 hora/aula)
 - a) Princípios Constitucionais: Princípio do acesso à Justiça e pacificação social. Princípio da dignidade de pessoa humana;
 - b) Importância da capacitação.
 - c) Mudança de mentalidade: papel do CNJ, Tribunais e Instituições públicas e privadas.
- 2) Comunicação e Conflito (8 horas/aula):
 - a) Teoria da Comunicação. Axiomas da comunicação. Escuta ativa. Comunicação nas pautas de interação e no estudo do interrelacionamento humano: aspectos sociológicos (ilusórios/imaginários, paradigmas e preconceitos) e aspectos psicológicos (identidade, interesses, necessidades, interrelações e contrato psicossocial tácito; interrelações pessoais, profissionais e sociais);
 - b) Teoria Geral do Conflito. Conceito e estrutura. Aspectos objetivos e subjetivos. Formas de resolução dos conflitos: adversariais e não adversariais;
- 3) Métodos Alternativos de Solução de Conflitos (MASCs) (2 horas/aula):
 - a) Histórico. Panorama nacional e internacional. Cultura de Paz;
 - b) Noções gerais e diferenciação entre os principais métodos de resolução de conflitos: judicial, negociação, conciliação, mediação e arbitragem.
 - c) Diferenças e Semelhanças entre Mediação e Conciliação

- 4) Enfoque normativo e ético da conciliação e suas aplicações no Poder Judiciário (1 hora/aula):
- a) Legislação brasileira sobre conciliação-mediação e Juizados Especiais. Resolução do CNJ. Provimentos dos Tribunais;
 - c) O terceiro facilitador: funções, postura, atribuições, limites de atuação, imparcialidade X neutralidade, ética, Código de Ética, remuneração e supervisão;

Método: Aulas presenciais, interativas e expositivas, com exercícios, através das técnicas de simulação de casos e exercícios para fixação dos conceitos aprendidos.

Recursos materiais:

Data Show
DVD e filmes
Apostilas
Cadeiras móveis
Flip-chart
Sonorização

Avaliação:

Assiduidade
Apresentação de relatório
Participação nas aulas

Referências:

Livros didáticos
Filmes e artigos temáticos

MODULO II

Título: CONCILIAÇÃO E SUAS TÉCNICAS

Público Alvo: Conciliadores e Mediadores

Objetivos:

Ensinar técnicas autocompositivas de solução de conflitos e sua aplicação prática

Carga horária: 16 horas/aula teóricas, sendo a hora/aula de 50 (cinquenta) minutos.

Disciplinas:

1) Introdução (7 horas/aula):

- a) Conceito e filosofia. Conciliação judicial e extrajudicial;
- b) Conciliação ou mediação?;
- c) Negociação. Conceito. Integração e distribuição do valor das negociações. Técnicas básicas de negociação (a barganha de posições; a separação de pessoas de problemas; concentração em interesses; desenvolvimento de opções de ganho mútuo; Critérios objetivos; melhor alternativa para acordos negociados). Técnicas intermediárias de negociação (estratégias de estabelecimento de rapport; transformação de adversários em parceiros; comunicação efetiva).

2) Conciliação e suas técnicas (7 horas/aula):

- a) Etapas (planejamento da sessão, apresentação ou abertura, esclarecimentos ou investigação das propostas das partes, criação de opções, escolha da opção, lavratura do acordo);
- b) Técnicas (recontextualização, identificação das propostas implícitas, afago, escuta ativa, espelhamento, produção de opção, acondicionamento das questões e interesses das partes, teste de realidade).

4) Finalização da conciliação (1 hora/aula):

- a) Formalização do acordo. Dados essenciais do termo de conciliação (qualificação das partes, número de identificação, natureza do conflito...). Redação do acordo: requisitos mínimos e exequibilidade;
- b) Encaminhamentos e estatística.

- 5) O papel do conciliador e sua relação com os envolvidos no processo de conciliação (1 hora/aula):
- a) Os operadores do Direito (o magistrado, o promotor, o advogado, o defensor público, etc) e a mediação.
 - b) Papel e Resistência. Técnicas para estimular advogados a atuarem de forma eficiente na conciliação
 - c) Contornando as dificuldades: descontrole emocional, embriaguez, desrespeito.

Método: Aulas presenciais, interativas e expositivas, com exercícios, através das técnicas de simulação de casos e exercícios para fixação dos conceitos aprendidos.

Recursos materiais:

Data Show
DVD e filmes
Apostilas
Cadeiras móveis
Flip-chart
Sonorização

Avaliação:

Assiduidade
Apresentação de relatório
Participação nas aulas

Referências:

Livros didáticos
Filmes e artigos temáticos

MÓDULO III

Título: MEDIAÇÃO E SUAS TÉCNICAS

Público Alvo: Mediadores

Objetivos:

Ensinar técnicas autocompositivas de solução de conflitos e sua aplicação prática

Carga horária: 16 horas/aula teóricas, sendo a hora/aula de 50 (cinquenta) minutos.

Disciplinas:

1) A Mediação e sua origem (1hora/aula):

- a) Introdução histórica;
- b) Panorama mundial;

2) As Escolas ou Modelos de Mediação (04 horas/aula):

- a) Os diferentes modelos e suas ferramentas: Harward ou facilitativo, transformativo, circular-narrativo, avaliativo;
- b) A negociação cooperativa de Harward (posições e interesses, aspectos emocionais que envolvem a negociação, solução ou soluções parciais ou totais).

3) Mediação e suas técnicas (08 horas/aula):

- a) Conceito e filosofia. Mediação judicial e extrajudicial, prévia e incidental;
- b) Etapas – Pré-mediação e Mediação propriamente dita (acolhida, declaração inicial das partes, planejamento, esclarecimentos dos interesses ocultos e negociação do acordo);
- c) Técnicas ou ferramentas (co-mediação, recontextualização, identificação das propostas implícitas, formas de perguntas, escuta ativa, produção de opção, acondicionamento das questões e interesses das partes, teste de realidade ou reflexão).

4) Áreas de utilização da mediação (1 hora/aula):

- a) empresarial, familiar, civil, penal e Justiça Restaurativa.
- b) o envolvimento com outras áreas do conhecimento.

9) A mediação judicial (02 horas/aula):

- a) Vinculação ao Poder Judiciário?
- b) O gerenciamento do processo e os Centros de Resolução de Disputas;
- c) A Cultura de Paz (Política Pública e a necessidade de mudança de mentalidade).
- d) Código de ética do mediador.

Método: Aulas presenciais, interativas e expositivas, com exercícios, através das técnicas de simulação de casos e exercícios para fixação dos conceitos aprendidos.

Recursos materiais:

Data Show
DVD e filmes
Apostilas
Cadeiras móveis
Flip-chart
Sonorização

Avaliação:

Assiduidade
Apresentação de relatório
Participação nas aulas

Referências:

Livros didáticos
Filmes e artigos temáticos

MÓDULO MAGISTRADOS

Título: OS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Público Alvo: magistrados

Objetivos:

Conscientização sobre a política pública de tratamento adequado de conflitos;
Trazer à reflexão a importância da utilização dos meios não adversariais de solução de conflitos;
Informar sobre panorama nacional e internacional dos meios alternativos de solução de conflitos e principais métodos existentes;
Detalhar o funcionamento dos Centros de Resolução de Disputas e a fiscalização dos serviços de conciliadores/mediadores.

Carga horária: 8 horas/aula teóricas, sendo a hora/aula de 50 (cinquenta) minutos.

Disciplinas:

- 1) Política Pública de Tratamento Adequado de Conflitos (2 horas/aula)
 - a) Princípios Constitucionais: Princípio do acesso à Justiça e pacificação social. Princípio da dignidade de pessoa humana;
 - b) Legislação brasileira sobre conciliação-mediação e Juizados Especiais. Resolução do CNJ. Provimentos dos Tribunais;
 - c) Importância da capacitação.
 - d) Mudança de mentalidade: papel do CNJ, Tribunais e Instituições públicas e privadas, bem como do juiz coordenador do Centro de Resolução de Disputas.
- 2) Métodos Alternativos de Solução de Conflitos (MASCs) (2 horas/aula):
 - a) Histórico. Panorama nacional e internacional. Cultura de Paz;
 - b) Noções gerais e diferenciação entre os principais métodos de resolução de conflitos: judicial, negociação, conciliação, mediação e arbitragem.
 - c) Diferenças e Semelhanças entre Mediação e Conciliação. Indicação do método de solução de conflito adequado pelo magistrado.
- 3) Funcionamento dos Centros de Resolução de Disputas (1 hora/aula)
 - a) Pré processual. Encaminhamentos aos Juizados Especiais e órgãos de assistência judiciária.
 - b) Processual.

- c) Serviços de orientação e cidadania.
- d) Práticas administrativas. Pauta. Livros. Estatística.

4) Da relação dos magistrados com os conciliadores/mediadores (2 horas/aula)

- a) Recrutamento;
- b) Capacitação. Estágio Supervisionado. Reciclagem;
- c) Cadastro dos Tribunais. Inclusão e exclusão. Procedimento. Controle de Frequência.
- d) O terceiro facilitador: funções, postura, atribuições, limites de atuação, imparcialidade X neutralidade, Código de Ética, remuneração e supervisão;
- e) Satisfação do usuário. Formulário.

5) Da rede de cidadania (1 hora/aula)

- a) Convênios. Parcerias.
- b) Encaminhamentos. Padronização

Método: Aulas presenciais, interativas e expositivas, com exercícios, através das técnicas de simulação de casos e exercícios para fixação dos conceitos aprendidos.

Recursos materiais:

Data Show
DVD e filmes
Apostilas
Cadeiras móveis
Flip-chart
Sonorização

Avaliação:

Assiduidade
Apresentação de relatório
Participação nas aulas

Referências:

Livros didáticos
Filmes e artigos temáticos

MÓDULO SERVIDORES

Título: Da atuação no Centro de Resolução de Disputas

Público Alvo: Servidores

Objetivos:

Detalhar procedimentos e rotinas do CRD

Carga horária: 4 horas/aula teóricas, sendo a hora/aula de 50 (cinquenta) minutos.

Disciplinas:

1) Procedimento no CRD (1hora/aula):

- a) Pré processual. Encaminhamentos aos Juizados Especiais e órgãos de assistência judiciária;
- b) Processual;
- c) Serviços de orientação e cidadania.

2) Práticas administrativas (1hora/aula)

- a) Inclusão e exclusão de conciliadores/mediadores no cadastro dos Tribunais.
- b) Pauta. Livros. Estatística.

3) Fiscalização dos serviços de conciliadores e mediadores (1hora/aula)

- a) Ética;
- b) Impedimento/suspeição;
- c) Comunicações ao Juiz Coordenador do CRD

- 4) Rede de cidadania (1hora/aula)
a) Convênios. Parcerias.
b) Encaminhamentos. Padronização

Método: Aulas presenciais, interativas e expositivas, com exercícios, através das técnicas de simulação de casos e exercícios para fixação dos conceitos aprendidos.

Recursos materiais:

Data Show
DVD e filmes
Apostilas
Cadeiras móveis
Flip-chart
Sonorização

Avaliação:

Assiduidade
Apresentação de relatório
Participação nas aulas

Referências:

Livros didáticos
Filmes e artigos temáticos

ANEXO II – SETORES DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E CIDADANIA

Abaixo segue sugestão do procedimento a ser adotado nos setores de solução de conflitos pré processual e processual e no setor de cidadania, abrangidos pelo Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania, cuja regulamentação está prevista nos artigos 8º a 11 da Resolução:

1) Setor de Solução de Conflitos Pré Processual:

O setor pré processual poderá recepcionar casos que versem sobre direitos disponíveis em matéria cível, de família, previdenciária e da competência dos Juizados Especiais, que serão encaminhados, através de servidor devidamente treinado, para a conciliação, a mediação ou outro método de solução consensual de conflitos disponível.

Assim, comparecendo o interessado ou remetendo pretensão via e.mail com os dados essenciais, o funcionário colherá sua reclamação, sem reduzi-la a termo, emitindo, no ato, carta convite à parte contrária, informando a data, hora e local da sessão de conciliação ou mediação. E, observadas as peculiaridades locais, o convite poderá ser feito por qualquer meio idôneo de comunicação; sendo que a única anotação que se fará sobre o caso no setor será a referente aos nomes dos interessados na pauta de sessões.

Obtido o acordo na sessão, será homologado por sentença, após a manifestação do representante do Ministério Público, se for o caso, com registro em livro próprio, sem distribuição. E ainda, o termo do acordo será arquivado em meio digital e os documentos restituídos aos interessados.

Não obtido o acordo, os interessados serão orientados a buscar a solução do conflito nos Juizados Especiais ou na Justiça Comum. Nos casos de competência dos Juizados Especiais, desde logo será reduzida a termo a reclamação, com seu encaminhamento ao Juizado competente, preferencialmente por meio digital, dispensada a realização de nova sessão de conciliação.

De qualquer forma, obtido ou não o acordo, será colhida a qualificação completa dos interessados com CPF ou CNPJ, para fins estatísticos.

Por fim, descumprido o acordo, o interessado, munido do respectivo termo, poderá ajuizar ação de execução de título judicial segundo as regras de competência.

2) Setor de Solução de Conflitos Processual:

O setor de solução de conflitos processual receberá processos já distribuídos e despachados pelos magistrados, que indicarão o método de solução de conflitos a ser seguido, retornando sempre ao órgão de origem, após a sessão, obtido ou não o acordo, para extinção do processo ou prosseguimento dos trâmites processuais normais.

3) Setor de Cidadania:

O setor de cidadania prestará serviços de informação, orientação jurídica, emissão de documentos, serviços psicológicos e de assistência social, entre outros.

ANEXO III - CÓDIGO DE ÉTICA DE CONCILIADORES E MEDIADORES JUDICIAIS

INTRODUÇÃO

O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, a fim de assegurar o desenvolvimento da Política Pública de tratamento adequado dos conflitos e a qualidade dos serviços de conciliação e mediação enquanto instrumentos efetivos de pacificação social e de prevenção de litígios, institui o Código de Ética, norteados por princípios que formam a consciência dos terceiros facilitadores, como profissionais, e representam imperativos de sua conduta.

Dos princípios e garantias da conciliação e mediação judiciais

Artigo 1º - São princípios fundamentais que regem a atuação de conciliadores e mediadores judiciais: confidencialidade, competência, imparcialidade, neutralidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes.

§1º. Confidencialidade – Dever de manter sigilo sobre todas as informações obtidas na sessão, salvo autorização expressa das partes, violação à ordem pública ou às leis vigentes, não podendo ser testemunha do caso, nem atuar como advogado dos envolvidos, em qualquer hipótese;

§2º. Competência – Dever de possuir qualificação que o habilite à atuação judicial, com capacitação na forma desta Resolução, observada a reciclagem periódica obrigatória para formação continuada;

§3º. Imparcialidade – Dever de agir com ausência de favoritismo, preferência ou preconceito, assegurando que valores e conceitos pessoais não interfiram no resultado do trabalho, compreendendo a realidade dos envolvidos no conflito e jamais aceitando qualquer espécie de favor ou presente;

§4º. Neutralidade – Dever de manter equidistância das partes, respeitando seus pontos de vista, com atribuição de igual valor a cada um deles;

§5º. Independência e autonomia - Dever de atuar com liberdade, sem sofrer qualquer pressão interna ou externa, sendo permitido recusar, suspender ou interromper a sessão se ausentes as condições necessárias para seu bom desenvolvimento, tampouco havendo obrigação de redigir acordo ilegal ou inexecutável;

§6º. Respeito à ordem pública e às leis vigentes – Dever de velar para que eventual acordo entre os envolvidos não viole a ordem pública, nem contrarie as leis vigentes.

Das regras que regem o procedimento de conciliação/mediação

Art. 2º. As regras que regem o procedimento da conciliação/mediação são normas de conduta a serem observadas pelos conciliadores/mediadores para seu bom desenvolvimento, permitindo que haja o engajamento dos envolvidos, com vistas à sua pacificação e ao comprometimento com eventual acordo obtido, sendo elas:

§1º. Informação - Dever de esclarecer os envolvidos sobre o método de trabalho a ser empregado, apresentando-o de forma completa, clara e precisa, informando sobre os princípios deontológicos referidos no capítulo I, as regras de conduta e as etapas do processo.

§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.

§3º. Ausência de obrigação de resultado – Dever de não forçar um acordo e de não tomar decisões pelos envolvidos, podendo, quando muito, no caso da conciliação, criar opções, que podem ou não ser acolhidas por eles.

§4º. Desvinculação da profissão de origem – Dever de esclarecer aos envolvidos que atua desvinculado de sua profissão de origem, informando que, caso seja necessária orientação ou aconselhamento afetos a qualquer área do conhecimento poderá ser convocado para a sessão o profissional respectivo, desde que com o consentimento de todos.

§4º. Teste de realidade – Dever de assegurar que os envolvidos, ao chegarem a um acordo, compreendam perfeitamente suas disposições, que devem ser exequíveis, gerando o comprometimento com seu cumprimento.

Das responsabilidades e sanções do conciliador/mediador

Art. 3º. Apenas poderão exercer suas funções perante o Poder Judiciário conciliadores e mediadores devidamente capacitados e cadastrados pelos tribunais, aos quais competirá regulamentar o processo de inclusão e exclusão no respectivo cadastro.

Art. 4º. O conciliador/mediador deve exercer sua função com lisura, respeitando os princípios e regras deste Código, assinando, para tanto, no início do exercício, termo de compromisso e submetendo-se às orientações do juiz coordenador da unidade a que vinculado;

Art. 5º. Aplicam-se aos conciliadores/mediadores os mesmos motivos de impedimento e suspeição dos juízes, devendo, quando constatados, serem informados aos envolvidos, com a interrupção da sessão e sua substituição.

Art. 6º. No caso de impossibilidade temporária do exercício da função, o conciliador/mediador deverá informar com antecedência ao responsável para que seja providenciada sua substituição na condução das sessões.

Art. 7º. O conciliador/mediador fica absolutamente impedido de prestar serviços profissionais, de qualquer natureza, pelo prazo de dois anos, aos envolvidos em processo de conciliação/mediação sob sua condução.

Art. 8º. O descumprimento dos princípios e regras estabelecidos neste Código, bem como a condenação definitiva em processo criminal, resultará na exclusão do conciliador/mediador do respectivo cadastro e no impedimento para atuar nesta função em qualquer outro órgão do Poder Judiciário nacional.

Parágrafo único – Qualquer pessoa que venha a ter conhecimento de conduta inadequada por parte do conciliador/mediador poderá representá-lo ao Juiz Coordenador a fim de que sejam adotadas as providências cabíveis.

ANEXO IV – DADOS ESTATÍSTICOS

O banco de dados sobre as atividades dos CENTROS deverá conter as seguintes informações:

1) Em relação à estrutura de pessoal:

- (i) quantidade de servidores com dedicação exclusiva;
- (ii) quantidade de servidores responsáveis pela triagem;
- (iii) quantidade de funcionários cedidos por entidades parceiras;
- (iv) quantidade de conciliadores cadastrados;
- (v) quantidade de mediadores cadastrados

2) Em relação ao setor pré processual

- (i) quantidade de reclamações recebidas em determinado período;
- (ii) período de tempo entre o atendimento e a data designada para a sessão de conciliação;
- (iii) período de tempo entre o atendimento e a data designada para a sessão de mediação;
- (iv) quantidade de sessões de conciliação designadas em determinado período;
- (v) quantidade de sessões de mediação designadas em determinado período;
- (vi) quantidade de sessões de conciliação realizadas em determinado período;
- (vii) quantidade de sessões de mediação realizadas em determinado período;
- (viii) quantidade de acordos obtidos em sessões de conciliação realizadas em determinado período;
- (ix) quantidade de acordos obtidos em sessões de mediação realizadas em determinado período;
- (x) percentual de acordos obtidos em relação às sessões de conciliação realizadas em

determinado período;
(xi) percentual de acordos obtidos em relação às sessões de mediação realizadas em determinado período;
(xii) quantidade de sessões prejudicadas pela ausência do reclamante;
(xiii) quantidade de sessões prejudicadas pela ausência do reclamado;
(xiv) quantidade de sessões prejudicadas pela ausência do reclamante e do reclamado ;
(xv) quantidade de reclamações encaminhadas a órgãos judiciais;
(xvi) quantidade de sessões de conciliação realizadas em determinado período por conciliador cadastrado[m1] ;
(xvii) quantidade de sessões de mediação realizadas em determinado período por mediador cadastrado;
(xviii) quantidade de acordos obtidos em sessões de conciliação realizadas em determinado período por conciliador cadastrado;
(xix) quantidade de acordos obtidos em sessões de mediação realizadas em determinado período por mediador cadastrado
(xx) percentual de acordos obtidos em relação às sessões de conciliação realizadas em determinado período por conciliador;
(xxi) percentual de acordos obtidos em relação às sessões de mediação realizadas em determinado período por mediador;

3) Em relação ao setor processual

(i) quantidade de sessões de conciliação designadas em determinado período;
(ii) quantidade de sessões de mediação designadas em determinado período;
(iii) quantidade de sessões de conciliação realizadas em determinado período;
(iv) quantidade de sessões de mediação realizadas em determinado período;
(v) quantidade de acordos obtidos em sessões de conciliação realizadas em determinado período;
(vi) quantidade de acordos obtidos em sessões de mediação realizadas em determinado período;
(vii) percentual de acordos obtidos em relação às sessões de conciliação realizadas em determinado período;
(viii) percentual de acordos obtidos em relação às sessões de mediação realizadas em determinado período;
(ix) quantidade de audiências prejudicadas pela ausência do autor;
(x) quantidade de audiências prejudicadas pela ausência do réu;
(xi) quantidade de audiências prejudicadas pela ausência de ambas as partes;
(xii) período de tempo entre o encaminhamento do processo ao CENTRO e a data designada para a audiência de conciliação;
(xiii) período de tempo entre o encaminhamento do processo ao CENTRO e a data designada para a sessão de mediação;
(xiv) quantidade de sessões de conciliação realizadas em determinado período por conciliador cadastrado;
(xv) quantidade de sessões de mediação realizadas em determinado período por mediador cadastrado;
(xvi) quantidade de acordos obtidos em sessões de conciliação realizadas em determinado período por conciliador cadastrado;
(xvii) quantidade de acordos obtidos em sessões de mediação realizadas em determinado período por mediador cadastrado;
(xviii) percentual de acordos obtidos em relação às sessões de conciliação realizadas em determinado período por conciliador;
(xix) percentual de acordos obtidos em relação às sessões de mediação realizadas em determinado período por mediador;

4) Em relação ao setor de cidadania

(i) quantidade de atendimentos prestados em determinado período;
(ii) quantidade de orientações jurídicas prestadas em determinado período;

5) Em relação aos participantes

(i) identificação dos reclamantes, reclamados e partes, com qualificação completa e CPF ou CNPJ;
(ii) 100 (cem) maiores reclamantes, reclamados, autores e réus, com os respectivos CPF's e CNPJ's em determinado período.