

O PERDÃO E SUA POSSIBILIDADE NA PERSPECTIVA DA VONTADE DE PODER

FORGIVENESS AND ITS POSSIBILITY IN THE
PERSPECTIVE OF THE WILL TO POWER

Oswaldo Giacóia Junior¹

Recebido em: 15/12/2016

Aprovado em: 30/07/2017

¹ Professor Titular do Departamento de Filosofia da Unicamp desde 2013.

Graduado em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1976), em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (1976). Mestre em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1983) e Doutor em Filosofia pela Freie Universität Berlin (1988). Pós doutorado pela Freie Universität Berlin (93-94), Viena (97-98) e Lecce (2005-2006).

Atualmente é professor Titular do Departamento de Filosofia-IFCH da Universidade Estadual de Campinas.

Sua pesquisa concentra-se na área de Filosofia Moderna e Contemporânea, com ênfase em História da Filosofia, Ética e Filosofia do Direito, ocupando-se de temas como: teoria da cultura, ética pura e aplicada, filosofia do direito, filosofia social, política e da história, filosofia clássica francesa e alemã, especialmente com as obras de Augusto Comte, Arthur Schopenhauer e Friedrich Nietzsche.

Introdução

No presente trabalho, pretendo apresentar uma interpretação do perdão e sua possibilidade no âmbito do pensamento de Friedrich Nietzsche. Este pode ser caracterizado como uma filosofia das vontades de poder. Vontade de poder, por sua vez, é um termo tão equívoco quanto o Ser de Aristóteles, e pode ser reconhecido numa infinita variedade de formas e modificações, desde as modalidades inferiores mais grosseiras, até as mais refinadas e sublimes. A filosofia das vontades de poder, enquanto vontade de criação de mundos, é ela mesma vontade de poder, impulso de criação e transfiguração:

“Mas esta é uma história antiga, eterna história: o que ocorreu então com os estóicos sucede ainda hoje, tão logo uma filosofia começa a acreditar em si mesma. Ela sempre cria o mundo à sua imagem, não consegue evita-lo; filosofia é esse impulso tirânico mesmo, a mais espiritual vontade de poder, de ‘criação do mundo’, de *causa prima*.”²

Nesse sentido, o talento filosófico está essencialmente ligado a um sofisticado *sensorium* ou aptidão para a identificação, diferenciação e mensuração de graus de poder num universo constituído por relações entre forças, relações estas que são sempre cambiantes, que estão em fluxo permanente, alterando posições de domínio e sujeição, revertendo-as, bem como modificando suas configurações gerais ou complexivas. A história da cultura deixa-se construir como um diagnóstico e como uma hermenêutica dessas relações e de suas transformações no curso do tempo, do vir-a-ser. Nela nada há de fixo, estável, definido, pois definível é apenas aquilo que não tem história – e não há que não seja histórico.³

Desse modo, também uma análise do perdão deve ser tentada no elemento de fluidez dos sentidos, que caracteriza o pensamento de Nietzsche, no interior do qual, se a forma é cambiante, o sentido ainda o é mais, pois sentidos são funções de interpretantes, e, com isso, interpretações de relações de força, de configurações de domínio, ou seja expressões de uma determinada ordenação histórica de graus de poder (*Rangordnung*), para decifração e diagnóstico

² Nietzsche, F. *Além de Bem e Mal*. Aforismo 9. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2005, p. 15.

³ Cf. Nietzsche, F. Para a Genealogia da Moral, terceira dissertação, aforismo 13.

da qual requer-se, de parte do filósofo um especial sentido histórico, adestrado na fina e justa arte da graduação.

I - Perdão, Memória e Esquecimento

O verbo perdoar deriva do latim medieval **perdonare**, que, por sua vez, remete ao latim clássico **condonare**, por substituição do prefixo e com o significado de não tomar em consideração o mal recebido de outrem, renunciando a propósitos de vingança, de punição, a qualquer possível desforra e revanche, e anulando em si mesmo todo ressentimento voltado contra o autor da ofensa ou do dano. Nesse sentido, portanto, perdoar corresponde literalmente ao verbo alemão **vergeben**, em estreita relação com o verbo **verzeihen**, suas três acepções principais: **versagen**: ‘recusar, falhar, não servir’ **abschlagen**’ (A), ‘*sich einer sache versagen, verzichten, aufgeben*: renunciar, declinar, desistir (B); e ‘*auf wieder gutmachung verzichten*’: perdoar, desculpar (C),

Nessas acepções, renunciar, desistir, desculpar, perdoar, não mais arrastar consigo ou atrás de si estão ligadas também a dividir, repartir, presentear, dar livre curso, gratificar, renunciar à retribuição em igual medida daquilo que foi dado (*geben, gegeben*) a alguém como dano ou ofensa. Já etimologicamente, portanto, fica assegurado o vínculo essencial entre perdão e condenação. Perdoar significa, em sentido etimológico e originário, não condenar, e, com isso, renunciar ao revide, a dar de volta o que foi infligido a alguém, de modo que – desde sempre – perdoar implica em superar o espírito do ressentimento. Para tanto, é necessário esquecer o sofrimento que resulta de uma vivência negativa, ou seja, daquela vivência que causa sofrimento. É necessário, portanto, uma força psíquica de assimilação, capaz de metabolizar uma experiência ou vivência que se congela na memória.

Perdoar é uma ação positiva, uma *virtus*: relevar, e tem como pressuposto a assimilação e metabolização de uma experiência negativa, uma capacidade ativa de incorporação e superação, uma força plástica e transformadora de integração no *continuum* da vida psíquica, que torna possível que vivências, especialmente negativas, sejam *concluídas* (*fertig werden*, levadas a cabo, que seja possível acabar com elas. Ora, essa capacidade exige uma força de assimilação de natureza semelhante à do esquecimento: ela supõe que a memória não seja infectada, entravada e tornada dispéptica por uma indigestão das experiências vividas. O que significa dizer que essa força plástica tem a mesma natureza da força ativa do esquecimento. Tanto poder lembrar-se quanto po-

der esquecer são, nesses termos, provas de força, expressões de poder, não de incapacidade ou de impossibilidade: o contrário de um não poder lembrar-se, bem como de um não poder esquecer.

Do mesmo modo, perdoar é também poder, e implica em passar por cima da ofensa e do prejuízo; essa superação, por sua vez, exige ou pressupõe um poder fazer ou um doar superior à retribuição e à revanche: um dar ou fazer congelado em resposta ou reação àquilo que nos foi feito. Nota-se, desde logo, que a possibilidade do perdão implica não apenas o esquecimento da ofensa, mas também a superação da retaliação, ou seja um dar gratuito, dissipatório, perdulário, a renúncia à retaliação – vale dizer, em termos econômicos, uma perspectiva de plenitude, impossível a partir do vértice da indignação.

É nesse horizonte que pode ser colocada, em termos de Nietzsche, a antiga oposição teológica entre a lei e a graça. A lei, em virtude de sua própria forma, não pode renunciar ao vínculo necessário entre um fazer (ou um agir dado, *geben*) e sua consequência jurídica – a pena, sempre compreendida em termos de compensação, retribuição, revanche ou vingança. A lógica jurídica é essencialmente econômica, uma vez que deriva da matriz jurídico-econômica do débito e do crédito; de modo que, tudo o que se baseia na lei obedece esse mesmo princípio de retribuição. Do ponto de vista legal, não existe um livredar – um perdonare – mas sempre um revide, uma vinculação imputativa e necessária, que duplica a relação entre causa e efeito – ou seja, a relação entre um fazer, um fato dado, e a resposta jurídico-legal correspondente a esse dar ou fazer, fundada numa proporção fixada pela lei. A lei, portanto, nunca perdoadora, ela só conhece a punição, ela compensa, re-equilibra as relações entre a ofensa e o castigo. Do ponto de vista da justiça da lei, não pode existir, portanto, nenhum perdão, no sentido originário da palavra, pois a lei consiste precisamente nesse vínculo entre o ato, o dado, o feito e sua consequência, a saber a punição. Do ponto de vista da lei, o indulto ou a graça é sempre e apenas uma prerrogativa decorrente, uma subrogação do poder de punir.

Sendo assim, o perdão, em sentido positivo, e não meramente reativo, como abstenção da punição, necessariamente transcende a lógica da lei, escapa à ótica legal. Ora, em que consiste esse ultrapassamento? Em termos de Nietzsche, numa singular relação de força: ser capaz de não revidar é o mesmo que ser capaz de não se vingar. Para tanto, o pressuposto necessário consiste num *plus de força* (*ser capaz de não fazer, uma positividade do negativo*), que tornar pos-

sível renunciar à vingança, e considerar a ofensa de um ponto de vista sobranceiro e imparcial – objetivo –, a partir do qual o concernimento particular e seus ímpetus naturais de retribuição – inevitáveis em primeira instância – teriam que ser suficientemente moderados, refreados e postos sob controle por um excedente de força, que se recusa a esgotar-se na reação imediata, ressentida.

Para poder perdoar é necessário, antes de qualquer outra coisa, ser capaz de assimilar golpes, de transformar vivências, precisamente do que Nietzsche denomina de *força plástica*, metabólica: uma potência de transformação, que não pode ser compreendida sem uma referência à memória e esquecimento. Com efeito, se a memória é a possibilidade humana de colocar em suspenso a potência do esquecimento – entendida como condição fisiológica de saúde –, a memória pode ensejar também, com esse bloqueio, uma dispepsia das vivências, uma inibição da faculdade de assimilação e transformação, um travamento semelhante à dispepsia e intoxicação orgânica. Essa paralisia é sintoma de uma fragilidade orgânica e anímica – já que, do ponto de vista de Nietzsche, não existe separação entre fisiologia e psicologia, entre somático e psíquico, não existe dualismo substancial.

Se perdoar é não condenar, é dar de graça, no sentido de não retribuir, então para que haja possibilidade de perdão é necessário que a ofensa tenha sido assimilada, metabolizada, integrada, de tal forma, que ela não seja mais sentida, não seja ressentida. Que ela **passe, segundo a ordem do tempo**. O que vale dizer, que possa ser eficazmente esquecida. Para tanto, é necessário que se pressuponha uma forte, hígida capacidade de assimilação, de metabolismo, para a qual o **poder esquecer possa diferenciar-se de um não poder lembrar**.

A dialética entre esquecimento e memória, ambos pensados como forças ativas, é, para Nietzsche, constitutiva do processo de hominização; e se o homem é um animal doente, o animal não fixado e estabilizado, é porque essa relação é sempre tensa, problemática; ela é também o elemento discriminante entre saúde e doença, entre presente e futuro do humano na história.

“Esquecer não é uma simples *vis inertiae* como crêem os superficiais, mas uma força inibidora, ativa, positiva no mais rigoroso sentido, graças à qual o que é por nós experimentado, vivenciado, em nós acolhido, não’ penetra mais em nossa consciência, no estado de digestão (ao qual poderíamos chamar “assimilação psíquica”), do que todo o multiforme processo da nossa nutrição corporal ou “assimilação fisi-

ca". Fechar temporariamente as portas e as janelas da consciência; permanecer imperturbado pelo barulho e a luta do nosso submundo de órgãos serviçais a cooperar e divergir; um pouco de sossego, um pouco de tabula rasa da consciência, para que novamente haja lugar para o novo, sobretudo para as funções e os funcionários mais nobres, para o reger, prever, predeterminar (pois nosso organismo é disposto hierarquicamente) - eis a utilidade do esquecimento, ativo, como disse, espécie de guardião da porta, de zelador da ordem psíquica, da paz, da etiqueta: com o que logo se vê que não poderia haver felicidade, jovialidade, esperança, orgulho, *presente*, sem o esquecimento. O homem no qual esse aparelho inibidor é danificado e deixa de funcionar pode ser comparado (e não só comparado) a um dispéptico - de nada consegue "dar conta"... Precisamente esse animal que necessita esquecer, no qual o esquecer é uma força, uma forma de saúde *forte*, desenvolveu em si uma faculdade oposta, uma memória, com cujo auxílio o esquecimento é suspenso em determinados casos nos casos em que se deve prometer: não sendo um simples não-mais-poder-livrar-se da impressão uma vez recebida, não a simples indigestão da palavra uma vez empenhada, da qual não conseguimos dar conta, mas sim um ativo não-mais-querer-livrar-se, um prosseguir-querendo o já querido, uma verdadeira *memória da vontade*: de modo que entre o primitivo "quero", "farei", e a verdadeira descarga da vontade, seu *ato*, todo um mundo de novas e estranhas coisas, circunstâncias, mesmo atos de vontade, pode ser resolutamente interposto, sem que assim se rompa esta longa cadeia do querer."⁴

É a uma força plástica e modeladora do esquecimento que se deve a saúde e a abertura para um horizonte de presente. Um caso paradigmático, para Nietzsche, é o de Mirabeau que, "preso, não poderia reagir às adversidades impostas a ele, mas que também não apresentava sintomas de ressentimento simplesmente porque esquecia as adversidades sofridas. Uma força desconhecida do o homem do ressentimento, pois, além de não poder reagir, ele não consegue lidar com os seus dissabores. Assim, termina por acumular em si todo veneno que corresponde à sede de vingança, ódio e rancor, o que torna a sua memória uma "ferida aberta" (EH, Por que sou tão sábio, 6) de tal

⁴ Nietzsche, F. Genealogia da Moral. II, 1. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. xxx.

forma que o passado o impede de viver efetivamente e desfrutar do presente”.⁵

II O Perdão e a Psicologia do Ressentimento

Essa questão nos remete à essência do ressentimento. Portanto, para *poder* superar o ressentimento em si mesmo, é necessário que o doente seja capaz de, como a serpente, ‘trocar de pele’, estar em condições de se converter no contrário de si mesmo. Pois livrar-se do ressentimento, mantendo-o abaixo de si, significa retornar à saúde, se é verdade que, como afirmamos há pouco, a própria doença é ressentimento. Esse *nec plus ultra* de auto superação se faz a partir da vivência do ressentimento sob o ângulo da potência.

Para se poder compreender o problema assim formulado, é necessário retomar aquele antagonismo entre dois tipos de doentes e sofredores, com que iniciamos nosso trabalho, a saber: aquela distinção capital entre excedente de força e indigência, que faz a diferença entre o saudável e o patológico. Agora, porém, torna-se necessário também que o percebamos como que reduplicado, segundo uma perspectiva diversa da anterior.

Não se trata mais, agora, de opor absolutamente o saudável ao doentio, mas de operar no interior de duas modalidades diversas de patologia: por um lado, aquela do doente incurável e, por outro lado, aquela do enfermo que pode retornar a si e partir para uma nova saúde, tendo a grave enfermidade como condição.

Essa diferença está ligada ao modo como o doente ainda pode lidar com o próprio ressentimento. Minado pela bilis infecciosa da vingança, debilita-se, no sofredor o fôlego que ainda restava para a força defensiva, capaz de repelir o que prejudica - aquele ‘agressivo instinto de cura e resistência’, que é também energia de assimilação produtiva e restauração.

Seqüestrada pelo ressentimento, a doença se torna fraqueza num sentido particularmente perigoso: em razão da debilidade, o ressentimento invade e domina a consciência do sofredor, transtornando o metabolismo psicológico que regula a alternância entre percepção, esquecimento e memória das vivências, sobretudo o processo de assimilação dos traços de lembranças negativas.

⁵ Paschoal, A. E. *A Superação do Ressentimento na Filosofia de Nietzsche*. Estudos Nietzsche, Curitiba, v. 3, n. 2, p. 183-206, jul./dez. 2012, aqui p. 194.

Uma vez minada a força plástica do esquecimento, o sofredor se torna incuravelmente ressentido, porque sua consciência é pervadida pelos traços das lembranças aflitivas, que atraem como imã a energia dos outros estados psíquicos.

“Não se sabe nada rechaçar, de nada se desvencilhar, de nada dar conta – tudo fere. A proximidade de homem e coisa molesta, as vivências calam fundo demais, a lembrança é uma ferida supurante”.⁶ Nesse caso, o ressentimento constitui a *doença* propriamente dita, aquilo que mantém obstruído o processo de assimilação psíquica das vivências. Em tais condições, a dor não pode ser a *grande dor*, que liberta o espírito, fazendo com que ele se eleve acima de si mesmo, supere a intoxicação pelas lembranças mórbidas, e descortine novos horizontes de visão e poder.

Quanto mais sofre, tanto mais anseia o sofredor por livrar-se desse fardo. Seu desejo mais ardente é o de *narcotizar* a consciência sofredora. Para tanto, a via mais rápida é a descarga internalizada de tônicos afetos vingativos, numa reação incendiária, que permanece a nível da imaginação, consumindo todas os afetos numa forma perversa, “certamente a forma mais nociva de reação”⁷, escreve Nietzsche. Essa é a pior escapatória porque não constitui nenhuma saída efetiva, senão que produz um curto circuito paralizante, extinguindo rapidamente quase todas as energias nervosas. Essa devastação internalizada das próprias forças tragadas pela sede de vingança promove justamente o contrário da cura.

Esta, só poderia ser obtida pelo esquecimento. Porém a vingança imaginária mantém aceso o desejo incessante de encontrar culpados e puni-los, o que anestesia a consciência do sofrimento, é verdade; mas sendo necessário manter a memória da ferida, a sede de vingança tem de sacrificar, em sua própria fogueira, todas as outras energias dessa alma envenenada. Desse modo, o risco da contaminação pela vingança é o maior dos perigos para o sofredor. O ressentimento só alivia a dor, na medida em que infecciona a chaga.

E, no entanto, é no interior desse circuito patológico que se pode vislumbrar como o ressentimento pode fornecer seu próprio contra-veneno: pela desativação do desejo de vingança. Essa é justamente a terapia prescrita pelo psicólogo Nietzsche contra confisco da doença pelo ressentimento:

⁶ Ibid.

⁷ Ibid.

“Contra isso o doente tem apenas um grande remédio – eu o chamo de *fatalismo* russo, aquele fatalismo sem revolta, com o qual o soldado russo para quem a campanha torna-se muito dura finalmente deita-se na neve. Absolutamente nada mais em si aceitar, acolher, engolir – não mais reagir absolutamente... A grande sensatez desse fatalismo, que nem sempre é apenas coragem para a morte, mas conservação da vida nas circunstâncias vitais mais perigosas, é a diminuição do metabolismo, seu retardamento, uma espécie de vontade de hibernação. Alguns passos adiante nesta lógica e temos o faquir que durante semanas dorme em um túmulo... Porque nos consumiríamos muito rapidamente se reagíssemos, não reagimos mais: esta é a lógica.”⁸

Para tornar-se capaz disso, porém, é necessário que, no enfermo, ainda não tenham sido inteiramente extintos aqueles mananciais de forças plásticas e restauradoras que Nietzsche identifica com os instintos curativos de resistência e assimilação ativa. É necessário, sobretudo, que o enfermo não tenha sucumbido inteiramente à infecção; a saber, que a sede de vingança ainda não tenha se tornado irresistível, e tomado conta dele. Para aquele *fatalismo russo* na enfermidade, é necessário que, no doente, ainda se mantenha acesa uma pequena chama de auto-domínio, que o torna capaz de voltar a si e convalescer.

Se, em certo sentido, a própria doença é ressentimento, precisamente isso é também, e paradoxalmente, “o proibido *em si* para o doente – *seu* mal: infelizmente também sua mais natural inclinação.”⁹ Como decifrar tais enigmas psicológicos sem incorrer na mais grosseiras contradições?

Para responder tais questões, temos que nos valer de uma contraposição entre dois tipos de doença e de sofrimento e, por conseguinte, dois modos possíveis de viver o ressentimento; a rigor, com ajuda do aforismo 370 de *A Gaia Ciência*, poderíamos distinguir até mesmo dois tipos antagônicos de ressentimento.

Há pouco, quando examinamos, o prefácio de *A Gaia Ciência*, vimos que Nietzsche se valera de uma imagem semelhante, reportando dois tipos de filosofia a dois tipos de pessoa: para uma delas, para as doentias e carentes, são as necessidades que filosofam; para as outras, para as saudáveis e íntegras, são as forças transbordantes e o sentimento de plenitude que se transfiguram em

⁸ Ibid.

⁹ Id. p. 20s.

filosofia. Veremos que, no caso presente, antagonismo análogo se reproduz *no interior* do pólo doentio e sofredor.

“Mas existem dois tipos de sofredores, os que sofrem de *abundância de vida*, que querem uma arte dionisíaca e também uma visão e compreensão trágica da vida – e depois os que sofrem de *empobrecimento de vida*, que buscam silêncio, quietude, mar liso, redenção de si mediante a arte e o conhecimento, ou a embriaguez, o entorpecimento, a convulsão, a loucura.”¹⁰

A um desses tipos de sofredor corresponde o doente exaurido, prisioneiro de um ressentimento consumptivo, brotado da fraqueza, da incapacidade de reagir, que consome na chama ardente da vingança a inteira gama de sentimentos e afetos. No outro caso, em que o doente ainda mantém a posse de si mesmo, portanto, em que, mesmo sob a pressão da doença, “se pressupõe uma natureza rica”, com um excedente de força e instinto de cura, o ressentimento pode ser vivido como um sentimento entre outros; ou, como o diz o psicólogo Nietzsche, como “um sentimento *supérfluo*”.¹¹

Nesse caso, e somente nele, o ressentimento ainda pode *voltar-se contra si*, transfigurar-se naquela dietética e arte curativa figurada pelo fatalismo russo. Podemos tornar clara essa reviravolta dialética recorrendo à profusão de imagens e metáforas mobilizadas por Nietzsche na passagem correspondente a essa figura.

O conjunto das imagens visa, desde o início, um capcioso efeito de paradoxo, para desestabilizar certezas: as expressões são, à primeira vista, de pura passividade, mesmo letargia, renúncia; não há aqui apenas alusão a uma atmosfera propícia ao ascetismo. Sem véus, os próprios ideais ascéticos são diretamente convocados como expediente para prevenir e evitar a reação vingativa. Eles comparecem sob a forma da ‘diminuição e retardamento do metabolismo’, de ‘uma espécie de vontade de hibernação’; estratégias de des-tonificação de afetos perigosos.¹²

¹⁰ Nietzsche, F. *A Gaia Ciência*. Aforismo 370, op. cit. p. 272s.

¹¹ *Ibid.*

¹² Entretanto, é justamente por causa dessa equivocidade e proximidade aparente que toda precaução deve ser empregada para distinguir entre, por um lado, a renúncia entendida como um ativo abster-se de uma reação consumptiva (a continência) - que é sintoma de força -, e, por outro lado, a impotência para resistir à vingança, o não poder evitar a dissipatória reação ressentida, que leva à vontade de narcose, à anestesia da vontade - sintoma de debilidade e morbidez.

Não deixa de ser enaltecida sequer certa morbidez, alusiva ao sono fúnebre. “Alguns passos adiante nesta lógica e temos o faquir que durante semanas dorme em um túmulo...”¹³ E, contudo, não se trata aqui apenas do que Nietzsche denomina “coragem para a morte, mas conservação da vida nas circunstâncias mais perigosas”.¹⁴

Tais circunstâncias são particularmente perigosas porque, nesse caso, a vulnerabilidade do doente é como que potencializada. O desencadeamento dos afetos tônicos brotados do ressentimento, tais como a super excitada irritabilidade nervosa, a doentia vulnerabilidade, a ânsia e o desejo impotente de vingança - podem levar ao rápido esgotamento daquele doente incapaz de reagir, cujas energias nervosas são tragadas na voragem das lembranças negativas, ou contagiadas como feridas psíquicas purulentas.

Nessas circunstâncias, como foi dito anteriormente, a descarga imaginária dos afetos vingativos, em virtude de sua tonicidade e vigor, serve como narcótico para o sofrimento; entretanto, estando inibida a força plástica do esquecimento, não apenas permanece atuante a causa da dor, senão também que é re-investida a cada nova vivência, uma vez que o ressentimento se propaga por contágio. Portanto, aquela descarga interiorizada como narcótico não faz mais que extenuar. Esse tipo de reação consome, torna ainda mais fraco o doente, enredando-o mais profundamente em sua debilidade. É por causa disso que, de acordo com Nietzsche, o ressentimento é, para o doente, aquilo que é proibido em si.

Cabe aqui observar que, nesse contexto da clínica fisio-psicológica nietzscheana, que a transição do físico ao psíquico é sempre pensada em dupla direção. A condição *somática* de doença produz, como efeito, um esmorecimento do *instinto* de cura e resistência; o que é propício, por sua vez, à emergência dos *afetos* ligados ao ressentimento, como a hiper irritação, a vulnerabilidade às lembranças, o embotamento da capacidade de esquecimento e o desejo permanente de vingança. Inversamente, a descarga desses *afetos* gera efeitos de ordem *física*, como “rápido consumo de energia nervosa, um aumento doentio de secreções prejudiciais, de bÍlis no estômago, por exemplo”.¹⁵

¹³ Nietzsche, F. *Ecce Homo*, op. cit. p. 30.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ *Ibid.*

Nesse mesmo *ductus* de argumentação, ao mencionar aprovativamente o regime de *higiene* budista dos afetos, Nietzsche interpreta em chave fisiológica a dietética *espiritual* de Buda: como bom fisiólogo, este teria adivinhado a necessidade de proteger os seus doentes contra a mais natural inclinação dos fisiologicamente extenuados, ou seja, o ressentimento. A medicação prescrita por ele consistia em purgar da alma os afetos vingativos, de maneira que o bom resultado da higiene psíquica estava ligado à “eficácia da vitória sobre o ressentimento: libertar a alma *dele* – primeiro passo para a convalescença”.¹⁶

A partir de tais exemplos, podemos distinguir dois modos de viver o ressentimento e seus estados, bem como dois tipos opostos de ressentimento: o ressentimento brotado da impotência, que se caracteriza como aquele incapaz de evitar a forma mais grosseira e deletéria de reação. Esse é o ressentimento que envenena e esgota rapidamente a energia nervosa, tornando o doente incapaz de resistir, de se desvencilhar de suas lembranças. Nesse caso, falta o auto-domínio, que torna possível ao doente não se render ao contágio causado pelo desejo permanente de vingança. Aqui, não há vitória sobre o ressentimento, a alma é impotente para se libertar da vingança.

No outro tipo de sofrimento, também são vividos os afetos do ressentimento, porém não unicamente sob a forma infecciosa da vingança, com perda da capacidade de controle sobre as reações. Aqui vigora a lógica prudencial, cuja expressão terapêutica determina a dieta nietzscheana para a convalescença: “Porque nos consumiríamos muito rapidamente se reagíssemos, não reagimos mais: esta é a lógica”.¹⁷

Essa lógica traz consigo a confirmação de que a tensão e o contraste entre debilidade e força é retomado e retrabalhado por Nietzsche, agora numa perspectiva ainda mais interior: *num um só e mesmo doente*, na alternância de seus estados, pode-se discernir entre excedente de força e fraqueza, no próprio intercurso da enfermidade.

Referindo-se à disciplina que impusera aos sentimentos vingativos em seus piores e mais graves momentos de sofrimento, escreve Nietzsche: “Nos períodos de *décadence* eu os *proibi* a mim por prejudiciais: tão logo a vida voltou a ser rica e orgulhosa o bastante para isso, eu os *proibi* como *abaixo* de mim.

¹⁶ Id. p. 31.

¹⁷ Id. p. 30.

Aquele ‘fatalismo russo’ de que falei mostrou-se em mim no fato de que durante anos apeguei-me tenazmente a situações, paragens, moradas, companhias quase insuportáveis; uma vez que me haviam sido dispostas pelo acaso – era melhor do que mudá-las, do que *sentí-las* como mutáveis – do que revoltar-se contra elas.”¹⁸

Quando o pensamento se encontra extenuado sob a pressão de grave enfermidade, reagir, sob a forma da descarga de afetos vingativos, seria propriamente *dissipar-se*. Por essa razão, a sabedoria do fatalismo os proíbe como *nocivos*. Em seguida, quando as energias do paciente estão um pouco mais revigoradas, eles podem ser sentidos, porém proibidos como *supérfluos*, isto é, como *superados* pelo doente. Sentir como *abaixo de si* o desejo de vingança constitui, a ver de Nietzsche, quase que a prova inquestionável do retorno da força, o mais claro sintoma da convalescença e da transição para uma nova saúde.

Para libertar a alma do ressentimento faz-se, pois, necessário, *poder renunciar* ao desejo de vingança, ou seja, não se revoltar contra aquilo que incomoda, irrita, fere; não permitir que aquilo a que se está exposto e vulnerável também envenene. Para a fisiologia de Nietzsche, a eficácia do fatalismo russo consiste em que, com ele, supera-se o ressentimento, pela mais curiosa das medicações: o *amor fati*. “Tomar a si mesmo como um fado, não se querer ‘diferente’ – em tais condições isso é a *grande sensatez* mesma.”¹⁹

Não se revoltar contra a adversidade significa aqui acolhimento, mesmo daquilo que se opõe a nós e nos faz sofrer; para evitar o rancor que envenena e nos faz amaldiçoar a existência, é necessário poder não apenas resignar-se, mas acolher o adverso como não transformável, pelo menos durante aqueles estados de debilidade e consumpção das energias vitais, quando mais somos susceptíveis aos afetos vingativos.

Aqui, precisamente, é necessário demonstrar a resistência instintiva e a tenacidade do faquir; tornar afirmativa e positiva a inação, que permite conservar a vida, naquele ténue limiar em que ela ameaçava expirar. Para o doente extenuado, o ressentimento seria, nesses casos, a mais imediata e irresistível, mas também a mais funesta das tentações. Porisso mesmo, é preciso evitá-lo como nocivo; um passo mais adiante e poder renunciar a ele, enquanto senti-

¹⁸ Id. p. 31.

¹⁹ Ibid.

mento *supérfluo*, constitui clara demonstração de que somos convalescentes, de que já nos tornamos de novo fortes o suficiente para *dominá-lo*, de um *plus* de força que refoge à decadência, à anarquia dos impulsos, à consunção. Convalescer significa, antes de tudo, poder resistir, poder não reagir, reservar-se, evitar a tentação quase irresistível do ressentimento, considerado enquanto descarga interiorizada de afetos tônicos, com objetivo de anestesiá-la pela intensificação do sofrimento, transfigurado pela ilusão de plenitude e satisfação.

III - O Perdão, a Lei e a Graça

Num texto intitulado *Para uma Crítica da Violência*, Walter Benjamin considera que somente uma justiça divina - que precede o ato para que este não se realize - pode perdoar e libertar de toda culpa. A jurisdição da lei pelo contrário, é antecipação condenatória, nela o fundamento da obediência é apenas temor da punição, pois a lei *é produzida em vista do juízo e da inculpação - mesmo que o juízo se pronuncie finalmente pela absolvição*. Pois nele permanece válido o pressuposto de que o mandamento permanece comensurável com o ato, razão pela qual do mandamento pode ser derivado ou deduzido um juízo aplicável ao ato, portanto, sob a égide da lei, que, pela imputação, pressupõe e vive justamente da representação do mandamento como medida do ato. Nesse sentido, o juízo é reprodução da violência mítica e sangrenta, a perpetuação da culpa que elide a perspectiva da inocência e do perdão.

Não é possível deixar de discernir nessa passagem uma argumentação análoga àquela que podemos encontrar na dialética entre a justificação, o pecado e a lei, tal como tematizada pelo apóstolo Paulo na Epítola aos Romanos: *“7Que devemos concluir? Que a Lei é igual ao pecado? De maneira nenhuma! Mas, eu não conheci o pecado, senão por meio da Lei. Assim, não teria conhecido a cobiça, se a Lei não dissesse: Não cobiçarás. 8O pecado aproveitou-se da ocasião dada pelo mandamento e provocou em mim toda a espécie de cobiça. É que, sem a lei, o pecado é coisa morta.9Eu, sem a lei, estava vivo outrora. Mas, ao chegar o mandamento, ganhou vida o pecado 10e eu morri. E deparei-me com isto: o mandamento que me devia levar à vida, esse mesmo levou-me à morte. 11É que o pecado, aproveitando-se da ocasião dada pelo mandamento, seduziu-me e deu-me a morte, por meio dele. 12Por conseguinte, a Lei é santa e o mandamento é santo, justo e bom.13Será então que aquilo que é bom se*

transformou em morte para mim? De maneira nenhuma! O pecado é que, para se manifestar como pecado, se serviu do que é bom e foi causa de morte para mim. Foi por meio do mandamento que o pecado ganhou uma extrema força pecaminosa.”²⁰.

Já para Nietzsche, uma efetiva *espiritualização da potência* teria sido realmente alcançada quando a sociedade fosse suficientemente forte para superar a perspectiva da lei e do juízo, e, por exemplo, poder não fazer mais caso de crime e castigo. “Não é inconcebível uma sociedade com tal *consciência de poder* que permitisse o seu mais nobre luxo: deixar *impunes* seus ofensores: ‘Que me importam meus parasitas?, diria ela. ‘Eles podem viver e prosperar – sou forte o bastante para isso!’ ... A justiça, que iniciou com ‘tudo é resgatável, tudo tem que ser pago’, termina por fazer vista grossa e deixar escapar os insolventes -.”²¹

Apesar da barbárie e de todo ‘idiotismo’ de sua pré-história, a genealogia do sentimento de justiça pode apontar, como resultado tardio, a gestação de uma ‘boa vontade’, de um ‘espírito muito bom’, como predicados e virtudes do ‘homem justo’. São essas virtudes que animam a reconstrução de mais um percurso de auto-superação, que se desdobra a partir dessas virtudes, e que culminam na superação *da justiça pela graça*. Penso que essa figura corresponde à dissolução e à superação do vínculo mítico ancestral entre direito, justiça e violência, a partir de uma intensificação do sentimento de poder, que o altera substancialmente, transfigurando-o por sublimação.

“Se crescem o poder e a consciência de si de uma comunidade, torna-se mais suave o direito penal; se há enfraquecimento dessa comunidade, e ela corre grave perigo, formas mais duras desse direito voltam a se manifestar. O ‘credor’ se torna sempre mais humano, na medida em que se torna mais rico; e o quanto de injúria ele pode suportar sem sofrer é, por fim, a própria medida de sua riqueza. A auto-supressão da justiça: sabemos com que belo nome ela se apresenta – graça; ela permanece, como é óbvio, privilégio do poderoso, ou melhor, o seu ‘além do direito’.”²²

Essa (auto) superação da justiça da lei pela graça encontra um paralelo fecundo em outra figura de auto-superação: a transfiguração da força em bele-

²⁰ Epístola aos Romanos, VII, 7-13.

²¹ GM II, 10. Trad. De Paulo César de Souza, p. 62.

²² Ibid.

za, já presente em *Assim Falou Zaratustra*, assim como a sublimação da crueldade em cultura, tematizada desde os escritos do jovem Nietzsche, fio vermelho que, desde *Humano, Demasiado Humano* tece a trama de sua filosofia. Evidentemente, trata-se sempre de *vontade de poder*, mas sobretudo de sua transfiguração, de sua elevação a uma esfera cada vez mais efetivamente poderosa e consciente de poder, o que significa, ao mesmo tempo, que, em correspondência com essa consciência, prescinde da força bruta, da violência mítica.

O capítulo sobre *Os Sublimes*, do segundo livro de *Assim Falou Zaratustra* é paradigmático a respeito dessa transformação sublimadora. Sublimes são penitentes e heróis das mais prodigiosas façanhas do espírito. No entanto, a seriedade de sua altivez demonstra ainda a fixação num estado ainda primitivo, da força, porque ainda *zelosa*, ciumenta, grave, sem leveza, prodigalidade, beleza – isto é, transbordamento de força. “Ele dominou monstros, ele decifrou enigmas: mas ele ainda deveria também redimir seus monstros e enigmas, deveria ainda transformá-los em crianças divinas. Ainda não ensinou seu conhecimento a rir; sua paixão corrente ainda não se acalmou na beleza... O braço deitado sobre a cabeça: assim deveria repousar o herói, ele deveria superar também ainda seu repouso. Mas justamente ao herói o mais difícil é o *belo* de todas as coisas. Inatingível é o belo para toda vontade impetuosa. Um pouco mais, um pouco menos: justamente isso é aqui muito, isso é aqui o maior. Estar de pé com os músculos relaxados, com a vontade despreendida: isso é o mais difícil de tudo para todos vós, vós os sublimes! Quando o poder (*Macht*) torna-se clemente (*gnädig*) e vem cá para baixo, para o visível, a esse vir-cá-para-baixo eu chamo beleza”.²³

Nesse parágrafo, desenvolve-se uma curiosa e implícita dialética entre acima e abaixo, elevação (sublime) e supressão (*heben, aufheben*), denotando que a beleza é a suprassunção do que, no herói, ainda é gravidade, zelo, seriedade. Essa auto-supressão da gravidade a transfigura ou redime (esteticamente) em beleza. Os heróis do espírito e do corpo ainda não deixaram repousar o braço sobre a cabeça, ainda não redimiram o próprio cansaço e a necessidade de repouso: suas verdades são horríveis, eles são ricos somente em presas de caça, em vestimentas dilaceradas, ornados de espinhos terríveis, mas com *nenhuma rosa*. Ele ainda não foi elevado pelo éter, ainda não desaprendeu sua

²³ Nietzsche, F. *Also Sprach Zarathustra* (ZA), II, *Von den Erhabenen*. In: KSA, op. cit. vol. 4, p. 151s.

vontade heróica, a ponto de tornar-se desprendido de vontade (*ein Willenloser*).

No caso da justiça, da lei, do direito, do Estado, cuja origem é a violência e a força, a auto-supressão verifica-se sob a forma de uma *força de segunda potência*, de uma força suficientemente poderosa para ser clemente, dadivosa, graciosa. E isso a tal ponto que sua matéria prima bruta é transfigurada e redimida numa figura sublimada de poder, capaz de renunciar à sua primitiva materialidade e, de clemente tornar-se graciosa, ou seja purificar-se na *graça*, no duplo sentido teológico e estético. Essa é a lei da auto-supressão a que estão sujeitas as grandes coisas.

É a natureza paradoxal desse hegelianismo negativo que vem à luz na figura do indivíduo soberano, de maneira exemplar; pois nela Nietzsche investiga a história de proveniência da justiça a partir de seu oposto, a saber genealógicamente, a partir da violência, da violentação, do arbítrio, da crueldade. „A justiça provém, segundo Nietzsche, da troca de crueldades, que, com o tempo, exige a regulamentação pelo direito num Estado que, uma vez tendo conquistado para o direito suficiente validade, pode por fim renunciar completamente à crueldade na figura dos castigos, e, com isso, pode mirar sua autêntica justiça.“²⁴

Conclusão

Se até aqui pudemos sustentar uma relação cerrada entre perdão, legislação e ressentimento, isso não indica que tenhamos atingido a camada mais profunda dessa temática. Esta somente vem à tona quando divisamos o elemento ontológico-existencial de onde deriva genealógicamente o espírito de vingança, e, com ele, toda a perspectiva de culpa e castigo, bem como, e conseqüentemente, de possibilidade de perdão e redenção. Esse elemento radica na condição finita e temporal da existência humana, bem como na impotência da vontade, que nela tem seu abismo.

Num capítulo de *Assim falou Zaratustra*, significativamente intitulado: *Da Redenção*, escreve Nietzsche: “Assim se chama o ranger de dentes e a mais

²⁴ Stegmaier, W. *Hegel, Nietzsche, Heraklit*. In: Djuric, M. Simon, J. (Org). *Nietzsche und Hegel*. Würzburg: Königshausen & Neumann, 1992, p. 126. Para uma metódica investigação a respeito das diferentes figuras de auto-supressão em Nietzsche, cf. Zittel, C. *Selbstaufhebungsfiguren bei Nietzsche*. Würzburg: Königshausen & Neumann, 1995.

solitária tribulação da vontade. Impotente contra o que está feito – a vontade é um mau espectador para todo passado. A vontade não pode querer para trás: que não possa quebrantar o tempo nem a voracidade do tempo – essa é a mais solitária tribulação da vontade ... ‘O que foi, foi’ – assim se chama a pedra que [a vontade] não pode remover. E assim ela remove pedras por raiva e por aversão, e vinga-se naquilo que não sente, do mesmo modo que ela, raiva e aversão.”²⁵

Assim, vingança é repugnância e aversão da vontade contra o tempo. Nisso consiste também o essencial da impotência vontade- na *impossibilidade* de confrontar-se não só com uma dimensão do tempo, com um período ao lado dos outros, mas de suportar aquilo o que o tempo essencialmente confere, dispensa e lega - o passar e o que passou; e, ao legá-lo, ele também já o congela na dimensão de um ‘já era’ inamovível. O tempo só *doa* e concede o que ele tem, e ele tem o que ele é – a saber, o decurso, o transcurso, a travessia.

“A vingança é, para Nietzsche, a repugnância da vontade contra o tempo. Isso agora diz: A vingança é a repugnância da vontade contra o decorrer e seu decorrido, contra o tempo e o seu ‘era’. A repugnância da vingança dirige-se contra o tempo à medida que deixa estar o decorrido ainda apenas enquanto passado, que se congela na rigidez desse algo definitivo... A repugnância da vingança permanece acorrentada a esse ‘era’; assim como em todo ódio também se oculta a mais abissal dependência daquilo de que o ódio constantemente no fundo deseja tornar-se independente, o que, porém, nunca pode, e cada vez menos pode, enquanto odeia.”²⁶

A vontade, sem consciência da própria impotência, vinga-se, então, naquilo contra o que se quebranta sua força, contra o que sobre ela prevalece - o inamovível e definitivo, a que se acorrenta mais fortemente, a cada ato de vingança. A repugnância da vontade contra o fluxo do tempo é a outra face da adversidade contra o imutável. Dessa repugnância nasce todo desejo de Além-do-Mundo, toda necessidade de consolo metafísico.

Por isso Nietzsche pode dizer que *amor fati* significa amor pelo destino e pela totalidade do existente, sem acréscimo nem subtração – esta é sua fórmula

²⁵ Nietzsche, F. *Assim Falou Zaratustra*. II: *Da Redenção*. In: KSA. op. cit. p. 177s.

²⁶ Heidegger, M. *Que Significa Pensar?* Trad. Paulo R. Schneider. In: Schneider, P. R. *O Outro Pensar*. Ijuí: Editora Unijuí, 2005, p. 182s.

para uma postura dionisíaca em relação à totalidade da existência. “Uma tal filosofia experimental, como eu a vivo, antecipa até mesmo, a modo de experimento, as possibilidades do niilismo fundamental: sem que com isso fosse dito que ela permaneça em um Não, numa negação, numa vontade de não. Pelo contrário, ela quer, antes, transitar para o inverso disso tudo – para um dionisíaco *dizer-sim* ao mundo, como ele é, sem subtração, exceção, escolha – ela quer o ciclo eterno, - as mesmas coisas, a mesma lógica e não-lógica dos elos. Estado supremo que um filósofo pode alcançar: postar-se dionisiacamente em face da existência -: minha fórmula para isso é amor fati...”²⁷

A finitude infinita traz à luz a extrema impotência da vontade, que consiste, para Nietzsche, em sua aversão para com o (passar do) tempo, com a transitividade do tempo – na experiência de *não poder* querer para trás. Uma perspectiva existencial que remete ao ressentimento – pois este tem sua raiz na vingança contra o tempo, contra o passar do tempo, contra a dimensão do ‘foi’, contra a qual a vontade *nada* mais pode. Ressentimento é vingança contra essa impotência, vivida sob a forma da inexorabilidade do passado, de um passado que não se pode (não se deve?) esquecer nem se pode perdoar. Em que consiste, pois, a natureza e a verdade interna do ressentimento? Ressentimento é vingança. Ora, se assim é, qual seria, então a função desse vingar-se por impotência?

Com a Psicologia de Nietzsche, aprendemos que o ressentimento é entorpecente – um narcótico. Mais precisamente: o ressentimento é anestesia, mais ou menos duradoura para sofrimentos crônicos, que assediam a consciência, ou permanecem latentes em estado de infraconsciência. Narcose cujo modo de atuação é *uma descarga de afetos tônicos*. No registro da representação, sentimento e desejo de vingança são traduzidos como *responsabilização*, o que permite e justifica uma descarga violenta de afetos hostis sobre um objeto imaginário, com a finalidade de *aliviar a consciência do sofrimento*.

“Pois todo sofredor busca instintivamente uma causa para seu sofrimento; mais precisamente, um agente; ainda mais especificamente um agente *culpado* suscetível de sofrimento – em suma, algo vivo, no qual possa sob algum pretexto descarregar seus afetos, em ato ou *in effigie* [simbolicamente]:

²⁷ Nietzsche, F. Fragmento póstumo nr. 16[32], primavera-verão de 188. In: *Sämtliche Werke*. Kritische Studienausgabe (KSA). Ed. G. Colli und M. Montinari. Berlin, New York, München: de Gruyter, DTV. 1980, vol. 12. p. 492.

pois a descarga de afeto é para o sofredor a maior tentativa de alívio, de *entorpecimento*, seu involuntariamente ansiado narcótico para tormentos de qualquer espécie. Unicamente nisto, segundo minha suposição, se há de encontrar a verdadeira causação fisiológica do ressentimento, da vingança e quejandos, ou seja, em um desejo de *entorpecimento da dor através do afeto*”.²⁸

Como vingança, o ressentimento é um sentir de novo – portanto, um sentimento reativo, retorno inevitável de uma indisposição crônica, reação contra uma dor, sem cessar reposta pela irreversibilidade do tempo. Ressentimento é o grilhão que mantém o ressentido cada vez mais aferrado em seu sofrimento. O ressentimento é uma modalidade culpada, biliosa, envenenadora de ascetismo. Ele adoece, destrói. É assim que o único vivido se repete como o retorno do *mesmo*, atando o ressentido à roda de Ixion da culpa. O ressentimento - eterno retorno da vingança e seus aparentados -, é definitivamente, a impossibilidade de *acesso à inocência do vir-a-ser, que tem a forma da filosofia do amor fati*.

Esclarecer-se sobre o ressentimento é superar a aversão contra o tempo, contra o passar do tempo. É fazer uso de uma terapia que combate a incapacidade de esquecer e assimilar vivências negativas. Simulacro de medicação, a vingança só aprofunda a doença, envenena a ferida que finge curar. Saúde significa, em Nietzsche, uma autoterapia capaz de livrar alguém do venenoso sentimento do ressentido, pelo restabelecimento da força plástica de esquecimento. Só então haveria a possibilidade de um horizonte do perdão.

²⁸ Nietzsche F. *Genealogia da Moral*. III, 15. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 116.

A CONCILIAÇÃO NAS DEMANDAS DO PODER PÚBLICO COMO INSTRUMENTO DE PACIFICAÇÃO SOCIAL E EFICIÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO

CONCILIATION IN PUBLIC POWER DEMANDS AS
AN INSTRUMENT OF SOCIAL PACIFICATION AND
EFFICIENCY IN THE ADMINISTRATION

Fernando Machado de Souza¹¹

Joe Graeff Filho²²

Recebido em: 17/01/2017

Aprovado em: 09/08/2017

RESUMO

O presente artigo aborda dois importantes aspectos justificadores da conciliação, nas demandas que envolvem o Poder Público, sendo a pacificação social e o reflexo desta na eficiência da Administração Pública. Através da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, que inseriu expressa-

¹ Doutorando em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino – ITE. Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Paranaense UNIPAR (2015). Especialista em Direito Administrativo e em Direito Previdenciário (2013). Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (2011). Professor do Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direitos Difusos e Coletivos da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS). Professor de Direito Administrativo e Direito Internacional no Centro Universitário da Grande Dourados (UNIGRAN). Chefe da Assessoria Jurídica da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS).

² Possui graduação Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário da Grande Dourados-UNIGRAN (1998), com Especialização em Direito das Obrigações (1999), Atualmente é Coordenador do Curso de Direito, professor titular nos cursos de Direito (Direito Penal) e Engenharia Civil (Direito e Legislação em Engenharia Civil) do Centro Universitário da Grande Dourados e titular de Escritório de Advocacia. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal. É Mestre em Desenvolvimento Local da UCDB - Universidade Católica Dom Bosco. Doutorando regular do programa em Desenvolvimento Local da UCDB.

mente em seu texto o princípio da solução consensual dos conflitos, busca-se a aplicação dos métodos consensuais à Administração Pública, por ser esta individualmente, a maior litigante do Poder Judiciário.

PALAVRAS-CHAVE

Conciliação. Pacificação Social. Eficiência. Solução Consensual.

ABSTRACT

The present article addresses two important justificatory aspects of conciliation, in the demands that involve the Public Power, being the social pacification and the reflection of this in the efficiency of the Public Administration. Through the entry into force of the Code of Civil Procedure of 2015, which expressly inserted in its text the principle of the consensual solution of conflicts, it is sought the application of the consensual methods to the Public Administration, since it is individually, the largest litigant of the Judiciary.

KEYWORDS

Conciliation. Social Pacification. Efficiency. Consensus Solution.

1. Introdução

A conciliação como forma de solução de conflitos ganhou destaque no direito processual brasileiro, sobretudo a partir da Lei do Juizado Especial (Lei 9.099/95). Justo considerar, que o êxito demonstrado nas quase duas décadas de aplicação no rito sumaríssimo, serviu de inspiração para a alteração procedimental instituída pelo Código de Processo Civil atual, que, além da obrigatoriedade na realização da audiência de conciliação ou mediação, acertadamente estipulou que a mês a fosse realizada antes do início do prazo para contestação, seguindo assim a lição do experiente Juizado.

Outrossim, para que a conciliação, assim como a mediação e a arbitragem, possa representar um efetivo mecanismo de solução de conflitos, em termos quantitativos, deverá ser utilizada pelo Poder Público, pois o Estado é o maior litigante do Poder Judiciário.

Conforme o relatório intitulado *100 Maiores Litigantes do Poder Judiciário*³, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça com intuito de consolidar informações quantitativas e identificar os setores que mais utilizam do Poder Judiciário, *com vistas a suscitar o debate sobre o que pode ser feito para reduzir a excessiva litigância no Brasil*, onde juntos, os três Setores Públicos (Federal, Estadual e Municipal) respondem por 22,77% do total de ingresso de novas demandas judiciais, o que significa que aproximadamente um quarto da utilização da estrutura do Poder Judiciário é destinada para o próprio Estado, que a utiliza compulsoriamente para o tratamento de conflitos que, não raro, poderiam ser solucionados por outros meios, que não necessariamente a sentença de mérito.

Nesse sentido, o objetivo deste artigo é fundamentar a utilização da conciliação nas demandas que envolvem o próprio Estado, sob o aspecto da pacificação social e do ganho em eficiência decorrente da economia de recursos financeiros, decorrente da construção de uma solução por ambas as partes.

2. Princípio da Solução Pacífica dos Conflitos

Dentre os principais compromissos assumidos pelo Código de Processo

³ Disponível em <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/59351-orgaos-federais-e-estaduais-lideram-100-maiores-litigantes-da-justica>, acesso em 10 de janeiro de 2017.

Civil de 2015, está a solução pacífica dos litígios, tendo como uma de suas características a viabilização de significativa abertura para a autonomia privada das partes. (MARINONI, 2015, p. 97).

Para Medina (2015, p. 29), o recente Código amplia a acepção de acesso à Justiça, para compreender não apenas as “soluções decisoriais”, mas também os meios consensuais, como a mediação e a conciliação. Esses meios, antes tidos como alternativos, passam a ser estimulados pelo Novo Código de Processo Civil.

O Art. 3º do Código de Processo Civil possui dupla dimensão na persecução da solução pacífica dos conflitos: no §2º incumbe ao Estado a tarefa de buscar, sempre que possível, a resolução consensual das demandas, enquanto no §3º, atribui a responsabilidade pelo fomento da cultura de pacificação dos atores do processo em relação às partes.

Os problemas sociais, como alerta Medina (2013, p. 47), mostram cada vez mais sofisticados e variados, o que impõe ao órgão jurisdicional, não só a correta compreensão dos novos métodos observados na elaboração das leis, mas também sua inserção na realidade social. Nessa linha, o raciocínio quanto à solução dos conflitos segue a mesma vertente, exigindo-se do julgador uma nova interpretação dos métodos de solução dos conflitos.

Com a massificação dos litígios e a judicialização de direitos até então excluídos de apreciação judicial (direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos), é necessária a superação do conceito tradicional da lide, na busca da efetividade processual, assim definida por Jonatas Luiz Moreira de Paula (1999, p. 100), ao ensinar *que jurisdição efetiva é aquela que realiza concretamente os anseios dos litigantes, sobretudo ao vitorioso da demanda. Para tanto, é preciso consorciar dois binômios: efetividade e satisfação.*

A partir do referido dispositivo, a conciliação, a mediação e qualquer outra forma de convenção voluntária, deverão ser estimuladas pelos juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, independentemente da fase processual, o que nas palavras de Medina (2015, p. 42) significa que a autocomposição deve ser buscada de forma incidental em qualquer fase processual.

Outros dispositivos contidos na nova Lei Processual permitem visualizar a expansão do instituto de resolução consensual, como o Art. 139, V, que frisa ao juiz, o dever de promoção da autocomposição a qualquer tempo, preferencial-

mente com o auxílio de conciliadores e mediadores judiciais .

Os conciliadores e mediadores judiciais integrarão os centros judiciários de solução consensual dos conflitos, que serão responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a incentivar e auxiliar a autocomposição, conforme determina o Art. 165 do Código de Processo Civil de 2015. Como bem lembra Marinoni (2015, p. 230), todos os tribunais devem, obrigatoriamente, independentemente de suas especificidades organizacionais, criar centros de resolução pacífica dos conflitos como fomento à cultura da pacificação.

O Conselho Nacional de Justiça – CNJ, por meio da Resolução 125, de 29 de novembro de 2010, instituiu 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. Dentre os objetivos primordiais da mencionada Política estão a disseminação de uma cultura de solução alternativa, substituindo a sentença de mérito pela resolução consensual, implementando mecanismos e aperfeiçoando os já existentes, de autocomposição entre as partes.

A Resolução 125/2010 distribui no âmbito do Poder Judiciário, a responsabilidade pela implantação da Política Nacional de tratamento dos conflitos, de modo que compete ao próprio 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, conforme Art. 4º da Resolução .

Aos tribunais competem a criação de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, compostos por magistrados da ativa ou aposentados e servidores, preferencialmente atuantes na área, que deverão desenvolver a Política Judiciária de tratamento adequado dos conflitos de interesses, por meio de, dentre outras ações, proceder a instalação de 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.

Nos termos do Art. 8º da resolução 125/2010, dentro das atividades incumbidas ao Poder Judiciário:

Art. 8º Para atender aos Juízos, Juizados ou Varas com competência nas áreas cível, fazendária, previdenciária, de família ou dos Juizados Especiais Cíveis, Criminais 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.

No estado de Mato Grosso do Sul, o Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos foi criado pelo Provimento n. 230, de 30 de março de 2011, revogado pelo Provimento-CSM n. 340, de 11 de março de 2015, que alterou o funcionamento do mesmo. Em São Paulo, a criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (denominados de Centros), decorreu do Provimento 1.892/2011.

No estado de São Paulo, onde estatísticas são disponibilizadas pelo Tribunal de Justiça – TJSP, em 2014 foram realizadas 25.578 audiências de conciliação, durante a Semana Nacional de Conciliação, sendo homologados 13.056 acordos (pouco mais de 50% de êxito).

Os números demonstram um crescimento no índice de homologação de acordos, pois em 2007 foram realizadas 7.166 audiências de conciliação, em primeira instância, das quais foram solucionadas 2.901, o que representa cerca de um terço do índice de aproveitamento.

De acordo com os esses dados do Tribunal de Justiça de São Paulo, é possível aferir que após a implantação das diretrizes contidas na resolução 125/2010, houve um crescimento proporcional do índice de homologação de acordos, demonstrando uma sensível evolução qualitativa da política. Em 2010 foram realizadas 17.847 audiências, sendo obtida a conciliação em 6.348 destas, enquanto em 2013 (dois anos após a implantação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania) foram realizadas 17.214 audiências, com 7.782 acordos homologados.

3. Conciliação

Prevista no art. 165 do Código de Processo Civil de 2015, a conciliação integra a política de solução consensual incentivada pela nova lei, por serem parte da estratégia a ser desenvolvida pelos centros de resolução consensual de con-

flitos, que deverão ser implantados pelos tribunais, sem prejuízo do *desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição*.

Conforme destacado anteriormente, o Código de Processo Civil inovou ao prever a obrigatoriedade da audiência especificamente para a tentativa de conciliação (ou mediação), antes do início do prazo de constestação para o réu (art. 334, CPC). A única ressalva reside na hipótese de ambos manifestarem expressamente o desinteresse pela audiência, hipótese em que a mesma será dispensada pelo magistrado, ou quando não se admitir autocomposição (art. 334, §4º).

A conciliação é recomendada pelo art. 165, § 2º, para os casos em que, preferencialmente, não houver vínculo anterior entre os litigantes, com possibilidade de participação ativa do conciliador na propositura de soluções alternativas, sem qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

Mancuso (2014, p. 249) lembra que na conciliação há uma alteração na clássica das atribuições do juiz, que passa de destinatário na prova para uma postura mais pró-ativa, atuando como um *vetor de possível solução negociada da lide*.

A conciliação, além do destaque obtido no texto da lei processual, integra a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, desenvolvida pelo Conselho Nacional de Justiça. Convém ressaltar que esta entidade tem voltado sua atuação à solução dos conflitos por meios consensuais, adequados à sua natureza e peculiaridade.

A Política Judiciária Nacional foi regulamentada pelo Conselho Nacional de Justiça na Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, e vem sendo incentivada em campanhas como a da Semana Nacional de Conciliação, na qual processos que tenham a possibilidade de acordo são selecionados de ofício pelos Tribunais, ou mediante solicitação dos envolvidos, para tentativa de conciliação.

O esforço institucional pela valorização decorre do preconceito contra os métodos alternativos, que dentro da dogmática processual tradicional, superestima a sentença como o provimento jurisdicional nobre, em detrimento de outras formas de solução, como se estas não compusessem a atividade processual. A esse respeito, Dinamarco (1986, p. 42) ressalta há muito, que a conciliação constitui fase regular do processo, ao dispor que: *No processo das pequenas causas, a conciliação é atividade que se insere entre as atividades processuais e tem*

natureza processual também, não sendo correto afirmar que venha antes do processo.

Importante destacar que, além do Juiz, poderá este papel ser desempenhado pelo conciliador, auxiliar da Justiça, tentará, de acordo com sua competência, auxiliar as partes propondo soluções alternativas ou mesmo direcionando o diálogo entres estas.

Reitera-se, que de regra, que a conciliação deve versar sobre direitos patrimoniais disponíveis, a respeito do que foi tratado no que concerne à transação, acompanhando o disposto no art. 841 do Código Civil.

Caso as partes cheguem a acordo, que como dito acima, decorre de concessões recíprocas, transação, ou por abandono da pretensão ou da resistência (renúncia e reconhecimento do pedido, respectivamente), será seu conteúdo lavrado em termo, que disporá de força de título executivo . (MOREIRA, 2008, p. 81-82)

4. A Pacificação Social

A denominada pacificação social tem tomado lugar de destaque nas reflexões jurídicas contemporâneas, justificada pelas discussões do escopo da Jurisdição, que no plano do dever-ser, representa o instrumento de resolução dos litígios advindos da sociedade. Contudo, as mazelas do Poder Judiciário no plano do ser, transformaram a pretensa solução, na própria origem dos problemas. Seja em decorrência da Justiça tardia (que sequer é considerada Justiça), dos altos custos que envolvem as demandas, ou ainda da sensação de perpetuidade das relações jurídicas, motivadas pela interminável escalada dos degraus da jurisdição, o processo atual tem fracassado continuamente no escopo de pacificação social.

A preocupação com o escopo pacificador da jurisdição vem de longa data:

A angústia da via cara e complicada de acesso aos órgãos do Poder Judiciário, mais as prolongadas esperas pelo produto acabado dos demorados processos que esta celebra formalmente, constituem fatores que, se não os agravam, impedem que o Estado possa eficazmente eliminar os conflitos que, no convívio social, conduzem à infelicidade pessoal de cada um e a atitudes de perigosa desconfiança em face das instituições estatais e descrença dos valores em sociedade. (DINAMARCO, 1986, p. 1).

Nesse aspecto, o processo civil, necessariamente tem que amoldar-se às necessidades da sociedade, sobretudo na fase atual de implantação de nova ordem processual, uma vez que a sociedade não é estática, e do seu dinamismo, afirma Paula (2014, p. 204), “novas regras e valores sociais são construídos”. Candido Rangel Dinamarco (2016, p. 20), afirma que o principal escopo da Jurisdição é o social, que *consiste na pacificação de pessoas mediante a eliminação de conflitos com justiça*.

Para José Miguel Garcia Medina (2016, p. 74), o processo, deve, à luz do Código atual, *representar o lugar e o momento em que se compreende o problema social e se constrói o sentido da norma*. Com isso, será possível resolver a lide, alcançando-se a *paz jurídica*.

Como lembra Marinoni (2015, p.93), o Estado Constitucional deve adotar “condutas concretizadoras do ideal de protetividade” para com os jurisdicionados, instituindo um sistema de segurança jurídica e certeza de prestação jurisdicional.

É cediço que, as políticas de acesso à Justiça das duas últimas décadas (Juizados Especiais, ampliação da estrutura judiciária, jus postulandi, acesso à informação), permitiram considerável liberação da litigiosidade contida na sociedade. O cidadão comum, antes refratário aos balcões do Judiciário, atualmente o utiliza com a frequência de consumo de um bem perecível. Não raro, canaliza-se por meio do Judiciário uma série de frustrações advindas da má-prestação de serviços básicos (telefonia, transportes), decorrentes da frágil regulação promovida pelas agências supostamente reguladoras, ou ainda pelo uso predatório de grandes grupos econômicos, que alicerçados em poder econômico ou político (quando não, ambos), utilizam da sistemática processual como meio de potencializar lucros, como é o caso de instituições financeiras, convergindo para o Poder Judiciário as crescentes angústias da complexa vida contemporânea.

Corroborando o entendimento acerca do escopo social da Jurisdição, determina Jônatas Luiz Moreira de Paula (1999, p. 100) que a *Jurisdição deverá ser satisfativa, posto que não deve restringir apenas a uma declaração do Estado, mas concretamente realizar a pretensão dos litigantes, onde a tradução econômica da pretensão atendida pela jurisdição significa alcançar seus fins sociais*.

Nesse passo, ao se confirmar que o escopo social da Jurisdição se resume à pacificação social por meio da eliminação dos conflitos, pode-se afirmar com

precisão cirúrgica, que a paz representa um direito fundamental.

Devem ser garantidos como direitos fundamentais todos aqueles direitos vitais para os quais a garantia é condição necessária da paz: o direito à vida e à integridade pessoal, os direitos civis e políticos, os direitos de liberdade, mas também os direitos sociais à sobrevivência; em resumo todos os direitos em que a ausência de tutela e satisfação se degenera na violência opressiva dos mais fortes ou na revolta dos mais fracos. (FERRAJOLI, 2011, p. 108).

Não obstante a expressa menção no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o direito a uma vida pacífica representa reflexo direto e automático da garantia da dignidade para a pessoa humana, que conforme Cambi (2011, p. 417) consiste na “existência condigna”, que não recai somente sobre mera sobrevivência fisiológica, mas sobre o livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo enquanto ser.

Assim, o sentimento de paz social compreende um consectário lógico da própria vida digna, uma vez que: “Vislumbra-se, de um certo modo, uma finalidade de coexistência pacífica, em que se fomenta uma maior capacidade dos indivíduos enfrentarem a vida sem desacertos e sem intervenção do Estado”. (NETTO, 2015, p. 131)

Vale lembrar que o processo representa o recorte momentâneo de um conflito social. Representa, naquele instante (a lide), um microcosmo com diversos atores e interesses conflitantes, unidos por um interesse comum, qual seja, o término do litígio. Sendo assim, o processo atua como uma lente, que torna mais visível os conflitos que naturalmente emergem da convivência social.

Como afirma Paula (2014, p. 68), a função do processo civil é viabilização da pacificação social por meio da realização da justiça plena, pois não se pode esquecer que o direito processual *acaba por vocalizar uma expressão absolutamente essencial e nuclear do processo em si: a realização da justiça. que se desdobra em uma dimensão estruturante do processo ou numa dimensão funcionalista do processo.*

Por suposto, a pacificação social pela via processual, decorrente da realização da Justiça, exige que o processo se convole em um efetivo instrumento de terminação de litígios, o que, como demonstra-se no presente estudo, não pode depender exclusivamente da intempestiva sentença de mérito. Nessa linha, o sistema processual deve conter mecanismos de eliminação transversal das lides, por meio da condução da autocomposição de outros meios alternativos

de prestação jurisdicional. Corrobora esta afirmação, a lição de Luiz Fernando Coelho (2003, p. 190), que alerta que ao jurista caberá continuamente a solução dos conflitos sociais, pois é ele o mensageiro da paz, o portador do direito, o elo entre o direito e a sociedade.

Retomando alguns aspectos da transação em âmbito penal, convém lembrar que, como afirma José Laurindo de Souza Netto (2015, p. 123), acerca da cultura de prevenção dos conflitos: *As medidas não dessocializadoras, aplicadas por ocasião da transação, satisfazem à virtual necessidade de pena, refletindo uma resposta antecipada a um provável conflito penal.*

Para o autor, a Justiça deve se voltar não apenas para o transgressor, mas também para a vítima, pois por meio da conciliação, é possível a tutela mais eficiente dos interesses envolvidos (do Estado, da vítima e do infrator). Como exemplo, cita o autor que:

[...] a necessidade da realização de uma audiência preliminar, com a possibilidade de acordo entre o envolvido e a vítima (responsável civil), como forma de extinção da punibilidade, introduziu um novo paradigma de Justiça penal baseado no consenso, onde administra-se o conflito, restabelecendo no mundo fático a paz quebrada pelo litígio, passando a vítima a ser sujeito do processo, com status de protagonista da cena judiciária. (NETTO, 2015, p. 129)

Incomensuráveis são os benefícios oriundos da resolução de contendas pela via diplomática, dentre eles, a mitigação das figuras do “vencedor” e do “perdedor” naturalmente surgidas da prolação da sentença. A “derrota processual” gera no perdedor um profundo sentimento de aflição, que não raro o motivará a atuar com mais afinco durante a fase de execução forçada.

De outro vértice, a composição negociada da demanda elimina a figura do “perdedor”, pois as partes serão tratadas não mais como adversários, mas como construtores de uma solução benéfica (ou menos maléfica) para ambos. A inclusão das partes no processo produtivo traz como consequência lógica o desaparecimento da figura coatora do Estado-juiz, diminuindo a ingerência estatal e permitindo o desenvolvimento da autonomia privada.

Cabe ressaltar ainda, que em considerável parcela das pretensões resistidas, a “vitória” na contenda não significa a proteção ao direito colimado. É o caso das demandas que versem sobre direitos metaindividuais, a exemplo da tutela do meio-ambiente ou dos direitos do consumidor, pois como explica

Mancuso (2011, p. 269), ao defender a celebração de acordo em ações civis públicas, que:

[...] haverá casos em que a não celebração do acordo laboraria contra a tutela do interesse metaindividual objetivado, podendo-se figurar caso em que a empresa poluente, reconhecendo ser fundada a pretensão deduzida em ação civil pública, se predisponha a instalar os equipamentos necessários, comprometendo-se a encomendá-los tão logo homologada tal fórmula consensual. Em casos tais, a recusa ao acordo não se justifica, porque nas ações coletivas, o interesse reside menos em “vencer” a causa e, muito mais, em obter, do modo menos oneroso, ou menos impactante, a melhor tutela para o conflito.

Prossegue o autor, afirmando que a solução negociada que se pode conceber numa ação civil pública consiste naquela que, preserva o núcleo essencial do interesse judicializado, porém “flexibiliza em pontos tangenciais ou periféricos, como a fixação de um cronograma razoável para a supressão de uma propaganda enganosa”, com intuito de assegurar a máxima efetividade no resultado da demanda (MANCUSO, 2011, p. 269).

5. A Economia Processual

Historicamente, o Estado foi avocando para si a atribuição de resolução dos conflitos em sociedade, substituindo gradativamente a autocomposição pela jurisdição oficial. Desse modo, o desenvolvimento de uma complexa estrutura jurisdicional passou a vincular-se ao nível de organização social. Este *monopólio* acentuou-se a partir da consolidação dos direitos sociais de segunda geração, onde segundo Mancuso (2014, p. 55), a sociedade foi acumulando *créditos* em face do Estado, para que este pudesse provê-los. Contudo, *a assunção deste monopólio de resolução de litígios pelo Estado-juiz*, com relação aos conflitos instaurados entre particulares, ou entre estes e a Administração Pública, não foi acompanhada de igual interesse em desenvolver meios capazes de *gerir a imensa massa de processos que se avolumou nos escaninhos judiciários*.

Ademais, *a onda renovatória* do acesso à Justiça, na expressão eternizada por Capelletti, experimentada pela sociedade brasileira a partir de 1988, que prometeu ao brasileiro o atendimento aos mais diversos anseios, contribuiu para o crescimento exponencial dos índices de litigiosidade.

Em outras palavras, *o eldorado* constitucional deu ao brasileiro a esperança

dever atendidos todos os seus anseios pela via judiciária, configurando o Estado Democrático de Direito (Art. 1º, CF/88) em um réu universal, passível de ser acionado a qualquer tempo para assegurar a dignidade da pessoa humana e principalmente os direitos de segunda geração.

Por esse motivo, o Estado pode ser acionado a qualquer instante sob qualquer fundamento, pois mediata ou imediatamente, haverá demonstração de responsabilidade do Estado acerca de violação de alguma garantia constitucional. Ainda que alguma fundamentação possa facilmente ser refutada, o amplo texto constitucional em algum momento dará suporte a mais aventu-reira das arguições.

Pois bem. Dito que a leitura *exacerbada e muitas irrealista* do acesso à Justiça, nos dizeres de Mancuso (2014, p. 108), converteu o Judiciário no *desaguadouro* das mais diversas frustrações da sociedade, resta ao Estado-juiz gerir o contingente de demandas apresentadas em busca do provimento jurisdicional.

Ainda que partindo de uma visão eminentemente instrumental, o provimento jurisdicional (sentença) é um produto, pois se trata do resultado final a ser obtido após uma sucessão de atos preparatórios. Sendo assim, pode-se medir o valor do produto entregue pelo Poder Judiciário (a sentença) aos seus clientes (o jurisdicionado), pelo tempo médio de trabalho direto e indireto dos agentes públicos necessários para obtê-lo.

Conforme dados do anteriormente referido Comunicado nº 83, de 31 de março de 2011, elaborado pelo Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas - IPEA, o tempo médio total de tramitação do processo de execução fiscal na Justiça Federal é de 8 anos, 2 meses e 9 dias. No que concerne ao tempo médio de investimento de trabalho humano no processo, a tabela abaixo demonstra o trabalho empenhado, de acordo com o grau de envolvimento de cada agente público (BRASIL, 2011):

De acordo com o mesmo estudo, o valor médio cobrado nas ações de execução fiscal corresponde R\$ 22.507,51. No que concerne ao custo da tramitação de uma ação de execução fiscal na Justiça Federal, o referido estudo mostra que o custo médio de um processo de execução na Justiça Federal, para o ano de 2009, denominado pelo estudo de Processo de Execução Fiscal Médio (PEFM), é de R\$ 4.685,39, in verbis:

Tendo em vista os dados sobre o orçamento da Justiça Federal de Primeiro Grau, tem-se que seu custo diário é de R\$ 13,5 milhões e o custo médio do

processo no ano de 2009 foi de R\$ 1,58/dia. Logo, o custo médio total provável do Processo de Execução Fiscal Médio (PEFM) é de R\$ 4.685,39. Quando excluídos os custos com o processamento de embargos e recursos, esse valor é de R\$ 4.368,00. Este último valor é o indicador mais adequado à determinação do custo efetivo do processamento da execução fiscal, na Justiça Federal de Primeiro Grau. (BRASIL, 2011)

O resultado econômico desta análise é de simples silogismo: o Estado (Judiciário) emprega R\$ 4.685,39, no intuito de tentar arrecadar (Fazenda) o montante médio de R\$ 22.507,51, o que representa um possível retorno de um ativo igual a R\$ 17.822,12. Tal resulta deriva de um procedimento lógico-formal porque independente de se tratar de Poderes distintos (Judiciário e Executivo), os créditos e débitos envolvidos na operação tem uma origem comum: o Erário.

Ao se confrontar este dado, com o tempo médio de tramitação de uma ação de execução fiscal (8 anos, 2 meses e 9 dias), reitera-se a conclusão de alto custo de uma demanda judicial, pois o retorno médio de uma cobrança fiscal não passaria de, aproximadamente, R\$ 2.200,00 por ano.

Convém ressaltar, que tal saldo afirmado nestes exemplos, correspondem às execuções em que o Estado, porventura, seja vencedor da demanda. Como demonstra o mesmo relatório, somente em 33,9% dos casos a Administração Pública obtém êxito (pagamento integral do débito). Este percentual sobe para 45%, se considerado somente os casos em que há citação válida. Por outro lado, em 27,7% das ações, opera-se a prescrição da pretensão do Fisco, restando infrutífera a lide intentada.

Em tempo, no estudo aqui utilizado, as ações são dotadas da probabilidade de retorno de valores ao Tesouro, o que permite uma valoração monetária do resultado final. Ocorre que nem todas as demandas tem o Poder Público como credor. Nas hipóteses em que seja o ente público o devedor, o saldo será duplamente negativo: se vencedor, o Estado ainda terá arcado com as despesas da tramitação do processo; se sucumbente, arcará igualmente com tais despesas, acrescidas do valor da condenação.

Os prejuízos diuturnamente suportados pelo Estado, para manutenção de um burocrático e lento sistema judiciário-processual, devem servir de orientação para uma profunda reforma interinstitucional, que não obstante, invista em recursos materiais e tecnológicos, em especial promova a suplantação do modelo demandista atual, para um sistema racional do ponto de

vista processual e econômico.

Nesse sentido, a solução negociada desponta como meio acessível de resolução de contendas, com reais possibilidades de promover a otimização da máquina judiciária.

Por mais que lute pela celeridade processual e pela efetivação da tutela coletiva, não se pode olvidar que a máquina judiciária possui limites (orçamentários, técnicos, jurídicos, entre outros) e que os julgadores, como todos os seres humanos, estão sujeitos a erros. Nesse cenário, a conciliação mediante concessões recíprocas acerca do direito coletivo em jogo pode ser a melhor solução para o grupo no caso concreto, sobretudo quando houver fundado receio de sucumbência da demanda coletiva. (DONIZETTI; CERQUEIRA, 2010, p. 313).

As vantagens da solução negociada decorrem de uma série de fatores. Em primeiro, a autocomposição permite ao devedor e ao credor, a possibilidade de pactuar termos e condições passíveis de cumprimento para ambos. A pendência de ação judicial acarreta ao réu uma série de infortúnios de toda ordem (certidão positiva), de modo que este, invariavelmente, pode apresentar interesse na transação.

Sem embargo, por boas e conhecidas razões reza a sabedoria popular que “é melhor um mau acordo do que uma boa demanda”, ante os fatores imponderáveis e os custos inerentes a toda ação judicial, sem falar nas externalidades negativas, como as restrições diversas, decorrentes da própria pendência da controvérsia e da demora na sua resolução, por exemplo, o retardo na obtenção de financiamento para execução de um projeto ambiental, por conta de ação civil pública em andamento. (MANCUSO, 2011, p. 269).

Em segundo, a participação de ambos os contendores na solução do conflito reflete na cooperação destes com a cumprimento das obrigações avençadas. Segundo as informações do Comunicado nº 83, do IPEA, no *universo dos executados que aderem a programas de parcelamento, 64,4% cumprem integralmente com as obrigações pactuadas*, demonstrando assim, que a solução pacífica representa um interessante meio terminativo de litígios, pois aumenta consideravelmente a probabilidade de pagamento por parte do devedor, ao passo que diminui os custos com o processo, em decorrência de seu precoce encerramento.

Os programas de parcelamento são eficientes justamente porque permitem a construção dialética da forma de cumprimento da obrigação: o réu deveor

possui interesse no pagamento do débito, e o Estado por sua vez, interessado no recurso proveniente da obrigação, disponibiliza mecanismos que permitem a adesão flexível do devedor. Assim, quando o devedor constrói a solução compartilhando seus interesses com os do credor, aumentam as chances de efetivo cumprimento da obrigação, conforme demonstrado pelos dados expostos.

Nesse caso, a solução consensual do litígio permite ao Estado a economia de recursos com o tratamento da demanda, uma vez que cada ação em trâmite possui um custo para o Erário. A economia de recursos públicos no tratamento de pluralidade de demandas permitiria o redirecionamento destes recursos para outras finalidades, permitindo assim, melhoria na prestação da função pública (atividade jurisdicional).

Duplamente eficiente é a conciliação quando envolver demanda em que for parte o Estado. Superando eventuais discussões acerca de orçamento próprio de cada Poder, órgão ou entidade, onde por exemplo, determinado município possui seu interesse imediato distinto do interesse imediato do orçamento do tribunal de Justiça do estado federado, deve-se considerar que a finalidade mediata do Erário é a prestação de serviços públicos.

Por esse motivo, quando determinado órgão ou entidade pertencente à Administração Pública, se utiliza da conciliação para terminar um litígio, há a dupla economia: por se tratar de uma transação processual, há a renúncia mútua, o que trará vantagem para o ente parte, e o Poder Judiciário deixa de gerir uma demanda, podendo voltar sua atenção para as demais.

A renúncia mútua, ainda que pelo princípio da indisponibilidade do interesse público imponha determinados limites, será vantajosa quando importar em disposição de pontos tangenciais ou periféricos como multas, prazos ou parcelamento. Nesse caso, o ente flexibiliza o cumprimento da obrigação para obter a satisfação do crédito, enquanto o devedor recebe incentivos para quitação da obrigação.

Conclusão

Retomando o questionamento feito pelo *leigo* aos seus colegas juristas, em meados do século passado, que ao ler em um jornal sobre a entrada em vigor o novo código de Processo Civil, e questionando se seria certo que o novo código conseguiria operar esse milagre de transformar a justiça em um mecanismo de

precisão, percebe-se que passadas décadas a resposta continua a mesma. (CALAMANDREI, 2010, p. 11-12)

O Código de Processo Civil, *de per se*, não possui o condão de revolucionar o procedimento e de alcançar a tão sonhada efetividade no processo. Evidente que as normas positivas criam obrigações que devem ser seguidas, todavia, talvez o maior mérito do Código seja sua vocação hermenêutica de permitir a construção de um novo modelo de jurisdição, menos estatal e mais compartilhado, onde as partes construam em conjunto a solução mais adequada.

Permite-se com a lei processual vigente, que o conceito de Justiça estatal monopolizada vá, gradualmente, cedendo espaço à chamada *jurisdição compartilhada*, ensejando uma releitura de temas fundantes como a *universalidade da jurisdição* e a *função instrumental do processo*. (MANCUSO, 2014, p. 60). Nessa toada, aproximaria o processo do escopo social principal da jurisdição, qual seja, a *pacificação social*.

Paralelamente, a inserção da Administração Pública na cultura do perdão e da negociação, tende a se tornar um efetivo instrumento de eficiência (Art. 37, CF/88), pois os métodos autocompositivos impactam significativamente na redução do número de demandas, representando redução do custo com a gestão dos milhares de processos autuados diariamente nos escaninhos judiciários.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Comunicado nº 83 de 31 de março de 2011. **Custo Unitário do Processo de execução fiscal na Justiça Federal**. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/110331_comunicadoipea83.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2015.

CAMBI, E. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CALAMANDREI, Piero. **As boas relações entre juízes e advogados**. Tradução. Thais Miremis Santefelippo da Silva Amadio. São Paulo: Rideel, 2010.

COELHO, L. F. **Teoria crítica do direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DONIZETTI, E; CERQUEIRA, M. M. **Curso de processo coletivo**: contém jurisprudência temática e índice alfabético por assunto. São Paulo: Atlas, 2010.

DINAMARCO, C. R. **Teoria geral do novo processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2016

_____. **Manual das pequenas causas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

FERRAJOLI, L. **Por uma teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cadermatori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cadermatori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MANCUSO, R. de C. **Ação civil pública**: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Interesses Difusos**. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEDINA, J. M. G. **Novo código de processo civil comentado**: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Direito processual civil moderno**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **Parte geral e processo de conhecimento**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MOREIRA, J. C. B. **O novo processo civil brasileiro**. 27. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

NETTO, J. L. de S. **Processo penal**: modificações na lei dos juizados especiais. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2015.

PAULA, J. L. M. de. **Democracia e jurisdição**. Curitiba: JM, 2014.

_____. **Uma visão crítica da jurisdição civil**. Leme: LED, 1999.

_____. **A jurisdição como elemento de inclusão social: revitalizando as regras do jogo democrático**. São Paulo: Monole, 2002.

WOLKMER, A. C. **Elementos para uma crítica do estado**. Porto Alegre: S. Fabris, 1990.

REVOLUÇÃO PARADIGMÁTICA DA DECISÃO JUDICIAL

Mediação, Conciliação, Arbitragem em Equidade

PARADIGMATIC REVOLUTION OF JUDICIAL DECISION

Mediation, Conciliation, Arbitration in Equity

Carlos Aurelio Mota de Souza¹

Recebido em: 11/02/2017

Aprovado em 18/07/2017

RESUMO

Enaltecida há séculos, dos gregos aos romanos e da Idade Média aos tempos moderno e contemporâneo, a equidade tem sido a mais bela expressão jurídica da justiça humanizadora do Direito. Aristóteles nos legou o conceito de *epiêikeia* como a justiça mais bela e perfeita². Cícero e os juristas romanos a exaltaram como a *aequitas, ars boni et aequi*³. Os canonistas medievais

¹ Possui graduação em Geografia e História pela Universidade de São Paulo (1955), graduação em Direito - Instituição Toledo de Ensino (1963), mestrado em Direito pela Universidade de São Paulo (1985) e doutorado em Direito pela Universidade de São Paulo (1989). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Teoria Geral do Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: dignidade humana, ética, sociedade, direitos humanos e direito - filosofia

² Recordemos ainda uma vez o texto da *Ética Nicomaqueia*, Livro V, N. 11.

³ Jurisconsulto Celso: *Jus est ars boni et aequi (O direito é a arte do bem e do justo)*.

a chamaram de *benignitas, magnanimitas, misericordia*. São Tomás de Aquino a considerava a parte mais importante da justiça⁴; e no direito inglês, a *equity*. Nos séculos recentes, projetou-se nas legislações nacionais⁵, ingressou no Brasil pela Carta constitucional de 1824 (art. 179, inc. XVIII) e pela Constituição de 1934 (art. 113, inc. 37), que informou o CPC de 1939 (art. 114), com restrição no de 1973 (art. 127). Na atual reforma do Código de Processo Civil⁶ o instituto da equidade restou inscrito no art. 140, par. único, e nas expressões *equitativo* (art. 157, § 2º, sobre nomeação de peritos) e *equitativa* (art. 85, § 8º, sobre honorários advocatícios). Apesar dessas restrições legais, a equidade continua atuante nas regras pertinentes à Lei dos Juizados Especiais (art. 6º), da CLT (art. 8º), do CTN (art. 108), na prática das audiências de conciliação, mediação, na Lei da Arbitragem (art. 2º) e com apoio dos princípios gerais da Lei de Introdução; aliados ao bom senso e à prudência dos juízes, devem tais institutos contribuir para uma efetiva humanização dos processos, implícita no direito de acesso à justiça. Os magistrados se servirão de jurisprudência fundada em sólida doutrina para sustentação de decisões novas, pois a equidade, sendo conceito suprallegal, metajurídico, pode prescindir de expressa autorização legislativa, quando se sobrepõe o cumprimento das finalidades sociais da lei e a promoção do bem comum.

PALAVRAS CHAVE

Decisão Judicial - Mediação - Conciliação - Arbitragem - Equidade.

ABSTRACT

Exalted for centuries, from the Greeks to the Romans and from the Middle Age to modern and con-temporary times, equity has been the most beautiful legal expression of the humanizing justice of the Law. Aristotle bequeathed to us the concept of *epiêikeia* as the most beautiful and perfect justice. Cicero and the Roman jurisconsults exalted it as *aequitas, ars boni et aequi*. The medieval canonists called it *benignitas, magnanimitas, misericordia*. St. Thomas Aquinas considered it the most im-portant part of justice; and in En-

⁴ *Suma teológica*, Q. II-II, 120.

⁵ Adotada no Código Civil suíço desde 1908.

⁶ Lei N. 13.105, de 16/03/2015.

glish law, equity. In recent centuries, it was projected in national legislations, it entered Brazil by the Constitutio-nal Charter of 1824 (article 179, inc. XVIII) and by the Constitution of 1934 (article 113, inc. 37), which informed the Civil Procedure Code of 1939 (article 114), with restriction in the Civil Procedure Code of 1973 (article 127). In the current reform of the new Brazilian Civil Procedure Code (2015), the institute of equity was inscribed in articles 140, 157, § 2 (equitable, on appointment of experts) and in article 85, § 8 (equitative, on legal fees). Despite these restrictions, equity continues to operate in the rules pertaining to the Law of Special Courts (article 6), Labor Consolidation (article 8), Tributary Code (article 108), in the practice of conciliation hearings, mediation, in the Law of Arbitration (article 2) and with the support of the general principles of the Law Introduction; allied with the common sense and prudence of judges, should these institutes contribute to an effective humanization of processes, implicit in the right of access to justice. Magistrates will use jurisprudence based on solid doctrine to support new decisions, since equity, being a supralegal, metajuridic concept, can dispense with express legislative authorization, when it overcomes the fulfillment of the social purposes of the law and the promotion of the common good.

KEYWORDS

Judicial decision – Mediation – Conciliation - Arbitration - Equity.

INTRODUÇÃO - O paradigma da sentença judicial

(*Da mihi factum, dabo tibi ius*)⁷

Em todo processo se encontra uma *causa material*: as questões de fato, particulares, específicas a cada caso; uma *causa formal*: as questões de direito, genéricas, universais; uma *causa eficiente*: aquele que julga, com competência ética, moral, jurídica; uma *causa final*: dar aquilo que é justo a cada um, dissolver a controvérsia, alcançar a paz social, com espírito de fraternidade (“para que não voltem a litigar ...”).

Os códigos processuais de 1939 e 1973 instituíram um modelo para as sentenças, no formato tradicional, repristinado pelo atual CPC⁸:

1- *Relatório*, síntese da inicial do autor, resposta do réu, provas colhidas e razões finais (com ênfase nos fatos e sutilezas das leis);

2 - *Fundamentação*⁹, sobre os fatos e questões que levam o juiz a “ponderar/ sopesar” qual ou quais vão dirimir o conflito, quais motivam seu senso jurídico, sua intuição para a solução mais justa. Neste campo o juiz exerce plenamente sua *potestas*, poder de polícia, direção do processo, ponderação e escolha dos fundamentos;

3 - *Decisão*, a atuação da formação jurídica e consciência humana do julgador, em que cabe aplicar a regra de ouro, ver os “outros” no processo como a si mesmo; aqui o julgador exerce sua *auctoritas*, o saber jurídico na aplicação da *ratio decidendi*, a razão suficiente, a fundamentação final da sentença, justa e concreta¹⁰.

A fundamentação do *decisum*, após sólida motivação sobre as questões de

⁷ *Dê-me o fato, (e) te darei o direito.*

⁸ Art. 489 (458/73).

⁹ Os Códigos de 1973 e o atual denominam esta fase de *fundamentação*, contrariamente à Constituição Federal que exige do juiz sejam “fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade” (art. 93-IX), reservando a motivação para decisões administrativas (art. 93-X). Por isso entendemos, *data venia*, tratar-se aqui de mera *motivação*, pois o *fundamento* está reservado ao *decisum*, fase final da sentença. Cf. nosso *Fundamentação das decisões judiciais como dever de justiça* In: *Ética, Direito, Justiça*. S. Paulo, Letras Jurídicas, 2012, pg. 411. *Revista Ibero Americana de Filosofia Política e Filosofia do Direito*, PUCRS. Vol. 1, 2006, Pag.17.

¹⁰ “A normatividade não é mais o parâmetro definitivo e estável para resolução de conflitos”. José Renato Nalini, *A era da produtividade*, O Estado de S. Paulo, 06/01/2015, pg. A2.

fato e de direito, exige dos juízes uma *mirada hacia arriba*, considerando a transcendência da Justiça, e *una mirada hacia abajo*, quando descem à consideração das condições sociais subjacentes ao caso particular¹¹.

No exercício desta *auctoritas* o conceito de equidade (espírito da lei) deve inspirá-los a ampliar seus paradigmas de valoração do processo, sem formalismos em excesso nem apego extremo às minúcias procedimentais. Importa-lhes apreciar as questões humanas implicadas nos casos particulares, mais que apegar-se às leis a aplicar.

Em inúmeras regras inovadoras do CPC perpassa o espírito da *equidade*, que deve subsumir-se nas decisões judiciais. Sua missão é extrair das questões o justo particular específico a cada caso, no mais puro ensinamento aristotélico¹².

Embora presente como única norma expressa no CPC 2015¹³, a equidade vem implícita em seu art. 8º como princípio geral de direito¹⁴, ampliando dessa forma o art. 5º da Lei de Introdução, ao avocar a *função social da lei* e o *bem comum*, à luz da *dignidade da pessoa humana*.

Os juízes estão conscientes de haver uma distância ética entre o legislador e o julgador: a vocação daquele é formular a letra das normas, enquanto a missão do julgador é decidir pelo espírito equitativo das leis, sempre que possível. No pensamento de Jean Cruet¹⁵, o magistrado-legislador é (como) o pretor romano, criador do direito pretoriano (p. 22); o juiz é um legislador à força (p. 43); e o ponto de vista abstrato do legislador não é o ponto de vista concreto do juiz (p. 55).

Alcançada a *ratio decidendi*, fundamento específico da sentença, o juiz humanista costuma indagar se o veredito satisfaz aos interesses dos litigantes,

¹¹ Antonio Hernandez-Gil. *El ordenamiento jurídico y la idea de justicia*. Madrid, Real Academia de Jurisprudencia, 1981, p. 26.

¹² Aristóteles. *Ética a Nicômaco*, L. V, Cap. 10.

¹³ Art. 140 e par. único (art. 127 e par. ún. CPC73). Idem art. 721, par. ún., sobre Jurisdição voluntária.

¹⁴ *Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.*

¹⁵ Jean Cruet, *A vida do direito e a inutilidade das leis*. Paris, Flammarion, 1908. Ed. Portuguesa, Barcelona, Edit. Ibero-Americana, 1938.

aplicando a si mesmo a regra de ouro: *se fosse minha a causa, estaria em paz com a decisão? Aceitaria esta sem recorrer?* Mesmo em casos não conciliados previamente, constitui dever judicial decidir pela solução mais justa e menos danosa às partes, pois as decisões injustas causam danos, nem sempre reparáveis.

O novo juiz processualista deve, pois, armar-se de cultura, paciência e obstinação para enfrentar os males sociais que assolam a civilização, a dessacralização dos valores morais, a desconstrução das personalidades, a dissolução dos costumes sociais e cívicos, a desonra do corpo humano, o consumismo hedonístico, a trivialização do ensino, a alienação das mentes pela tecnologia das banalidades, o indiferentismo ético-político do povo, o reacionarismo populista reivindicatório, a cultura das superficialidades, o absentismo político às exigências públicas, o desrespeito e abandono às tradições históricas, enfim, a queda vertiginosa à infelicidade de viver. Embora pontuais, tais males têm força e destinação de se disseminarem globalmente.

II – Revolução Axiológica Processual: novos métodos alternativos de solução de conflitos

Conciliação, mediação, arbitragem, negociações, transações, representam modalidades de solução de litígios eticamente superiores aos métodos tradicionais; segundo Angel Ossorio, “as condições apreciáveis e indispensáveis para um bom procedimento judicial são: oralidade, publicidade, simplicidade e eficácia”¹⁶.

Sobre a matéria, dispõe o CPC 2015:

O conciliador [...] poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem. [...] A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada¹⁷.

¹⁶ *El alma de la toga*. Buenos Aires, Edit. Losada, 1940, p. 187.

¹⁷ Cf. arts. 165, §2º e 166; e 694 e 696, nas ações de família, do NCPC.

Recebida a petição inicial, o juiz designa de imediato audiência de conciliação ou mediação (art. 334), podendo haver mais de uma sessão necessárias à composição das partes (§ 2º). Também na audiência de instrução e julgamento o juiz tentará conciliar as partes, independentemente de tentativas anteriores (art. 359).

O mesmo ocorre nas ações de família, em que

[...] todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia [...] para a mediação e conciliação (Art. 694), [...] em tantas sessões quantas sejam necessárias para viabilizar a solução consensual... (Art. 696).

No Código Civil se prevê igualmente o compromisso judicial ou extrajudicial para resolver litígios (art. 851), e questões de estado sem caráter patrimonial (art. 852) ou em contratos (art. 853).

Conciliação e equidade

Maria Inês Moura Santos Alves da Cunha¹⁸, em sua obra *A equidade e os meios alternativos de solução de conflitos*¹⁹ renunciou a implementação ampla e efetiva de novos métodos, nomeadamente conciliação, mediação, arbitragem e juizados especiais, e o “ajustamento das lides coletivas perante o Ministério Público”. Correta foi a autora ao fundamentar estes institutos na equidade²⁰, e relacioná-la ao bem comum, como ressalta nas seguintes conclusões:

P. 67. Referir meios alternativos para solução de conflitos é mencionar também o uso da *equidade* na pacificação; p. 70. O *bem comum* é o supremo princípio diretor [...] sendo conceito [...] equivalente à equidade *lato sensu*; p. 72. As referências legais ao *bem comum* e aos *fins sociais da lei*, bem como à decisão mais justa e equânime [...] sinalizam uma autorização legal para o uso da *equidade*; p. 73. [...] sendo o *bem comum* (a) coordenação do bem de todos segundo princípio ético, exige do julgador [...] atenção às circunstâncias particulares, condições sociais, econômicas, políticas e culturais; p. 74. A atividade do juiz deve ser *humanizadora* e *participativa*, postando-se como intermediário dos valores prevaletentes na sociedade; p. 75. A decisão

¹⁸ Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo (+2014).

¹⁹ São Paulo, LTr, 2001. Dissertação de Mestrado em Direito Processual Civil na Universidade Mackenzie, orientada pelo Autor.

²⁰ *Idem*, Cap. 9.2, p. 117.

mais justa e equânime indicada pelo legislador é o justo revelado pela *equidade*, ou o equitativo de Aristóteles, dos romanos, da patrística, da escolástica e dos modernos [...] em um sentido de [...] complementaridade, em face das exigências de nossos tempos; p. 80. Dar prevalência ao *equitativo* em detrimento do legal significa *ampliar o espectro da justiça* para torná-la efetiva no âmbito das relações sociais e não apenas no nível jurídico e formal do discurso do Estado²¹. (Grifos nossos)

Pelo novo CPC os novos métodos de solução de conflitos revigoraram a conciliação e a mediação, minuciosamente detalhadas. Evidencia-se que o espírito que preside a ambas é o mesmo da equidade, a visão do homem e seu drama no processo e não a simples aplicação da letra das regras. O julgador moderno não é mais o servo ou escravo da lei (*la bouche de la loi*), mas o humanista de respeito à dignidade da pessoa (em seus direitos e deveres), que busca os *fins sociais da lei* e constrói a paz social, *bem comum* maior na sociedade (art. 8º, citado).

Na *conciliação*, nos casos em que não houve vínculo anterior entre as partes, o juiz estatal ou o particular sugerem, sem imposição ou constrangimento, a solução da pendência, que só se efetiva pelo livre acordo entre as partes²²; na *mediação*, para casos em que existe vínculo anterior entre as partes, predomina a neutralidade e a imparcialidade do mediador, que não sugere, impõe ou interfere na solução e apenas auxilia as partes a alcançar a solução do conflito, gerando benefícios mútuos²³. Nas duas hipóteses, o acordo entre os conflitantes resulta em uma *transação*, como também ocorre mediante advogados.²⁴ Quanto à *arbitragem*²⁵, o árbitro é juiz de fato e de direito, pode impor uma decisão por sentença (art. 12 da Lei), equiparada à heterocomposição judicial.

Há de se acrescentar a *automediação*²⁶, realizada pelos advogados das partes, fundada em princípios éticos e morais, em busca da eficiência e maximização

²¹ Ibidem, pp. 145, 146.

²² Art. 165, § 2º.

²³ Idem, § 3º.

²⁴ O anterior Código de Ética da Advocacia, em seu art. 2º, inc. VI, já recomendava *estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios*.

²⁵ Lei N° 9.307/1996. No Senado Federal, pelo Projeto de Lei N° 405/2013, propõe-se alteração da lei de arbitragem.

²⁶ Adalberto Simão Filho. *Automediação: uma proposta para solução ética de conflitos*. Revista da Faculdade de Direito FMU, n. 26, 2004, p. 141.

de valores, em que são evidentes os princípios éticos baseados na equidade.

Como se depreende destas soluções alternativas, ademais de atender à diminuição de ações judiciais, prevalece a intenção de se obter um resultado equitativo para as partes, o justo meio ou justa medida, preconizados por Aristóteles sobre a equidade.

III - O novo paradigma de solução de conflitos²⁷

Thomas Khun celebrizou-se pela análise da mudança de paradigmas nas ciências, citando como exemplos a física de Aristóteles, a astronomia copernicana, a dinâmica newtoniana, a química de Boyle, a teoria da relatividade de Einstein. Segundo ele, produz-se uma revolução científica quando um novo paradigma substitui o paradigma tradicional e, a cada revolução, o ciclo se reinicia e o paradigma instaurado dá origem a um novo processo de ciência normal²⁸.

Quando se fala, portanto, de mudança de paradigma, em geral tal mudança se refere a um momento revolucionário, tal como a referida revolução copernicana. Mas o que enfatizamos em relação à mudança no direito é a transformação de categorias jurídicas e a instauração de novos parâmetros, como é nos modos de conciliação e mediação.

Por que dizemos que tais categorias representam uma mudança de paradigma? Porque de um lado mostra-se um esgotamento do paradigma positivista clássico e de outro a abertura para soluções jurídicas que integram cessão consensual do direito e soluções equitativas de justa medida.

Sem prejuízo da jurisdição tradicional, o novo CPC disciplinou os institutos da conciliação, mediação e arbitragem visando acelerar o andamento das causas, oferecer justiça menos onerosa, aliviar processos nos tribunais, proceder à efetiva seleção dos conflitos, apaziguar os ânimos exaltados das partes.

Realizar a pacificação mediante métodos alternativos menos rígidos, constitui meta inteligente de se fazer justiça, otimiza o protagonismo dos juízes na direção do processo; versados em humanidades, serão sempre construtores da

²⁷ Arts. 165-175 NCPC.

²⁸ Para Khun, as ciências evoluem por meio de paradigmas, "realizações científicas universalmente reconhecidas, que durante algum tempo fornecem soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência". *A estrutura das revoluções científicas*. 7ª. ed. S. Paulo, Perspectiva, 1991, p. 13.

paz social, qualificados a promover a pacificação entre litigantes.

Jurista especializado em aplicação de leis, o juiz da pacificação é criativo, pioneiro, inovador de soluções extra e ante processuais. Na busca da pacificação judicial, por via da conciliação ou mediação, aplica o juiz a categoria da *fraternidade*, preconizada no Preâmbulo da Constituição: construir uma sociedade fraterna, pluralista, sem preconceitos.

Na realidade, ao buscar o cidadão a justiça mediante o processo, ele chama o Estado-juiz a intervir em sua vida e este assume o poder de tarifar sua liberdade, sua honra, seu salário, seu patrimônio. Nas conciliações as partes enxergam “o outro”, estabelecem um contraditório de fato, exercem uma cidadania ativa, responsável, expressão de autêntica democracia participativa (CF) ²⁹; “a interferência do juiz, na conciliação, é uma forma, tal qual uma sentença, de fazer oportuna justiça, porque ele atua no aperfeiçoamento da equitatividade ... buscada pelas partes”³⁰.

Os litigantes que ingressam no templo da Justiça podem enfrentar a impunidade, muitas vezes reiterada e a lentidão do Judiciário, o alto custo do processo e a imprevisibilidade na decisão. Em vez de simplesmente concretizar o justo pleiteado, o processo se torna finalidade em si mesmo. A causa formal (procedimentalista) e a eficiente (judicialista) acabam suplantando a causa final, que deveria expressar o fim do litígio mediante decisão justa, concreta, equânime e pacificadora.

Podemos vislumbrar no novo Código de Processo Civil que os renovados modelos de conciliação e mediação constituem um amplo paradigma a ser adotado em todas as audiências judiciais, segundo regras propícias à solução extrajudicial dos conflitos, haja vista a criação obrigatória de centros especializados por todos os tribunais (art. 165; CF art. 98, inc. I, e II, § 1º). Reconhece Elias Farah, renomado advogado trabalhista, que “... o importante e singular instituto jurídico conciliatório nas ações judiciais, é, sem dúvida, um dos meios mais promissores de evitar processos e ilidir conflitos”³¹.

²⁹ José Renato NALINI, O Que Pensar da Justiça? In: *Ética para o Juiz*. Um olhar externo. S. Paulo, Quartier Latin, 2014, p. 78.

³⁰ Elias Farah. *Cidadania*. São Paulo, Juarez de Oliveira, 2001, p. 331.

Esta disponibilidade para conciliar e mediar demandas permite ao juiz a aplicação constitucional da *fraternidade*, como espírito imanente à conciliação: petição inicial e resposta iniciaram o diálogo conciliatório; as questões foram lançadas para debates; a motivação pelos fatos e normas invocados permite equilibrar reivindicações extremadas; as razões pessoais, bem ponderadas, levam a amenizar os ânimos, abrem-se as mentes para particularidades não suspeitadas, caem distâncias psicológicas, aproximam-se os contendores; as partes se reconhecem uma à outra, em termos pessoais e jurídicos.

A palavra do conciliador/mediador é doutoral, tem ares de sacralidade, as partes confiam na imparcialidade do *expert* que vai orientá-los à decisão. Ao longo das audiências elas amadurecem e esclarecem o juiz na compreensão das raízes da controvérsia. Desde a leitura das primeiras peças o conciliador/mediador busca compreender o espírito dos que litigam, a razão psicológica da contenda e por quais razões evitaram um confronto prévio ao litígio judicial.

Qual deve ser a experiência exigida do juiz conciliador de conflitos nos apresenta Elias Farah:

... a neutralização dos ímpetus das partes precisa ser habilmente induzida por recomendações de um mediador paciente, equidistante, justo, qualificado e interessado, capaz de um diálogo conciliador, comedido, sem arrogância, encarnado na figura respeitável do juiz.³²

No curso do processo, é vezeiro que audiências formais sejam adiadas por circunstâncias várias, adiantado da hora, falta de testemunhas, petição das partes, e o tempo passa. Por que não adiar conciliações até se alcançar um veredito consensualmente justo, superior a uma sentença recorrível? Aqui, o tempo é lucro, não mera protelação.

Quanta vez se assiste, ao final de conciliações e mediações bem sucedidas, litigantes empedernidos se confraternizarem, refazendo relacionamentos, afastando rancores e agradecendo ao conciliador ou mediador! Saem gratificados pelos ganhos e o juiz pelo dever cumprido. O conciliador/mediador é o *juiz da fraternidade*, o humanista que exerce a cidadania na democracia participativa, que atua em benefício da *paz social* e do *bem comum*, resguardando e promovendo as pessoas, como exigências éticas e constitucionais.

³¹ Idem, p. 329.

³² Ibidem, p. 331.

É o julgador *equânime*, que vê e aplica a lei segundo o espírito de equidade; quando concilia ou media fundamenta-se mais na dignidade das pessoas do que no direito estrito, visando a construção daquela sociedade fraterna, justa e solidária, objeto do Bem comum (Preâmbulo da Constituição).

Vantagens e desvantagens da conciliação e mediação

Dentre as desvantagens das práticas conciliatórias avulta a recusa injustificada das partes, temerosas de um confronto pessoal ou constrangimentos pelo juiz³³; a reação de advogados que insistem na litigiosidade do contraditório judicialista e pragmático; a falta de preparação psicológica das partes; conta igualmente a reduzida vocação de alguns juízes para estabelecerem diálogos, às vezes exaustivos, indisposição temperamental, despreparo, arrogância, falta de humildade, irritabilidade para negociação.

Já as vantagens superam: as conciliações promovem a celeridade e o arquivamento de inúmeras causas; a audiência é exercício de humanização do processo; estabelece-se um contraditório pessoal, real, não oficioso e formalista; haverá sempre economia de custas pela redução do processo às provas já presentes; desburocratizam-se os procedimentos pela oralidade informal, reduzindo o acordo a uma folha de papel; o despacho inicial pode e deve sugerir a conciliação prévia, com indicação de subseqüentes³⁴.

Tenha-se em mente os propósitos salutares do novo Código para reduzir a morosidade processual, a litigiosidade recursal e a economia de custos do processo, em prestígio do justo acesso e humanização da justiça, garantias fundamentais da Constituição. Igualmente a busca do aperfeiçoamento dos juízes, através das Escolas da Magistratura, bem como o estímulo do Tribunal de Justiça de São Paulo a esses paradigmas.

³³ Art. 165, § 2º: "O conciliador ... poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem".

³⁴ As partes comparecerão à audiência para tentativa de conciliação prévia (art. 334). Se necessárias, serão realizadas audiências subseqüentes (§2º).

Conciliação e mediação em Cartórios

A Constituição Federal preconizou que as controvérsias de âmbito interno deveriam ser resolvidas através de conciliação e pacificação por meios não convencionais³⁵. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), à sua vez, propôs a adoção, pelos Tribunais, de modelos aptos à solução pacificadora de conflitos, de forma a eliminar a sobrecarga de processos, recursos e execuções na Justiça³⁶.

Como vimos, o CPC de 2015 ampliou as normas anteriores sobre conciliação e mediação (arts. 165 a 175). Através destes meios as partes podem dialogar e chegar a um entendimento que satisfaz seus interesses, mediante o cumprimento do acordo, válido como sentença judicial.

Referidos métodos extrajudiciais facilitam ao cidadão escolher a melhor forma de resolver suas contendas com os melhores benefícios. Cabe à sociedade valorizar estes meios e desenvolver uma nova cultura para solução de questões litigiosas. Nesta linha de atuações, os cartórios paulistas foram autorizados a praticar atos alternativos para melhor acesso à Justiça, desafogando o Poder Judiciário do acúmulo de processos, possibilitando maior agilidade e efetividade na resolução dos conflitos³⁷.

O Estado de São Paulo foi pioneiro ao estender aos cartórios a via extrajudicial, mediante lavratura de atos de conciliação e mediação³⁸, constituindo-se

³⁵ *A União e os Estados criarão juizados especiais para conciliação e juizados especiais federais* (CF, art. 98, inc. I, e II, § 1º).

³⁶ Pela Resolução nº 125/2010, o CNJ estabeleceu a obrigatoriedade de se implementar a conciliação e a mediação por todos os tribunais do País; disciplina mínima para a atividade dos mediadores e conciliadores, como critérios de capacitação, treinamento e atualização permanente; confidencialidade, imparcialidade e princípios éticos no exercício da função dos mediadores e conciliadores; estratégias para geração da nova mentalidade e da cultura da pacificação e controle pelo Judiciário dos serviços extrajudiciais de mediação e conciliação.

³⁷ É corrente que a sentença judicial não resolve o conflito. Parecer da Corregedoria Geral do Tribunal de Justiça de São Paulo (nº 178/2013-E, de 6 de junho de 2013), enfatizou que "o magistrado, vinculado às leis e às provas trazidas aos autos, termina por prolatar decisão que não agrada nem ao autor nem ao réu, ao passo que, na conciliação, participando diretamente das tratativas, os envolvidos já sabem de antemão o que poderão ganhar e perder, esquivando-se de eventual descontentamento com a sentença judicial e da prorrogação da lide até o final julgamento dos recursos".

³⁸ As serventias extrajudiciais estão autorizadas pelo Provimento a lavrarem atos de conciliação e mediação em casos que envolvam direitos patrimoniais disponíveis, relacionados à compra e venda de imóveis, acidentes de trânsito, dívidas bancárias e questões societárias. Além do cidadão comum, pessoas jurídicas e empresários individuais também podem usufruir do serviço.

em eficaz ferramenta para a desjudicialização, a exemplo dos resultados da Lei 11.441/07, que possibilitou a lavratura de separações, divórcios e inventários pelos Tabeliães de Notas³⁹.

Vimos que o instituto da conciliação, ora enfatizado pelo novo CPC, sempre foi de aplicação obrigatória no sistema judicial trabalhista, pelos princípios imperativos na solução dos conflitos laborais pela CLT (Arts. 764, §§ 1º, 2º, 3º)⁴⁰.

Há de se louvar a preocupação do legislador de 1943, atribuindo aos juizes trabalhistas “ampla liberdade na direção do processo”, velando “pelo andamento rápido das causas”, renovada preocupação do legislador processual (Art. 765), o que bem justifica serem os juizados e tribunais trabalhistas denominados “justiça de equidade”.

Lei da Arbitragem⁴¹

Foi estabelecido no art. 2º que a arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes, devendo constar da sentença se os árbitros julgaram por equidade (art. 26).

É característica da arbitragem, portanto, a utilização de um critério arbitral de julgamento que não seja estritamente legal, mas entendido pelo árbitro como sendo o mais justo, não podendo as partes se furtar ao resultado da decisão. Assim, arbitragem, mediação e conciliação constituem paradigmas instrumentais para a pacificação de conflitos de natureza civil, comercial e trabalhista, de forma rápida, amigável e informal, fora das lindes do Poder Judiciário.

Um dos mais altos fins alcançados pela aplicação da equidade consiste na humanização da Justiça, que exige um processo orientado pela oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, como preconizado no art. 2º da Lei dos Juizados Especiais.

³⁹ Os notários, registradores e prepostos autorizados a realizarem sessões de mediação e conciliação deverão adotar o Código de Ética de Conciliadores e Mediadores (Anexo III da Resolução nº 125, do CNJ). Cf. *Jornal do Notário*. São Paulo, N. 155, mai/jun 2013, pp. 25-29.

⁴⁰ Art. 764. “Os dissídios individuais ou coletivos submetidos à apreciação da Justiça do Trabalho *serão sempre sujeitos à conciliação*. § 1º. Para efeito deste artigo, os juizes e Tribunais do Trabalho empregarão sempre os seus *bons ofícios e persuasão* no sentido de uma solução conciliatória dos conflitos. § 2º. Não havendo acordo, o juízo conciliatório converter-se-á obrigatoriamente em *arbitral*, proferindo decisão na forma prescrita neste Título. § 3º. É lícito às partes celebrar *acordo* que ponha termo ao processo, ainda mesmo depois de encerrado o juízo conciliatório”. (Grifos nossos)

⁴¹ Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Conclusões

Aduziremos as seguintes observações metodológicas às análises ora expostas:

1º) os conceitos de equidade, como emanção do direito natural e como critério de julgamento, podem se sobrepor, porquanto ser equânime (dever natural do juiz) não é excepcional, pois está implícito no próprio ato do juízo, constituindo um direito-dever natural do julgador, que independe do sistema jurídico e pode ser exercido apesar dele;

2º) bem por isso, excluída a equidade cerebrina ou de tipo alternativo, os demais conceitos serão sempre um dever da função do magistrado, apenas se distinguindo as funções explicitadas pela lei e as implícitas no ordenamento; assim como não pode haver uma regra jurídica que não seja moral, também não pode deixar de ser aplicada equitativamente, sempre que couber.

Do exposto se constata que o conceito de equidade, aplicado nas conciliações, mediações e arbitragens, longe de ser considerado supérfluo ou despendioso, é historicamente considerado pela maioria dos juristas, com fundamento nas leis introdutória, processual e trabalhista, e aplicado com frequência, implícita ou explicitamente por árbitros e magistrados, orientados pelos conceitos de justiça social e bem comum, de raízes aristotélico-tomistas e jusnaturalistas.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, L. V, Cap. 10.

CRUET, Jean, *A vida do direito e a inutilidade das leis*. Paris, Flammarion, 1908. Ed. Portuguesa, Barcelona, Edit. Ibero-Americana, 1938.

FARAH, Elias. *Cidadania*. São Paulo, Juarez de Oliveira, 2001.

HERNANDEZ-GIL, Antonio. *El ordenamiento jurídico y la idea de justicia*. Madrid, Real Academia de Jurisprudencia, 1981.

KHUN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. 7^a. ed. S. Paulo, Perspectiva, 1991.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. Fundamentação das decisões judiciais como dever de justiça In: *Ética, Direito, Justiça*. S. Paulo, Letras Jurídicas, 2012. Revista Ibero Americana de Filosofia Política e Filosofia do Direito, PUCRS. Vol. 1, 2006.

NALINI, José Renato, *A era da produtividade*, O Estado de S. Paulo, A2, 06/01/2015.

_____. O Que Pensar da Justiça? In: *Ética para o Juiz*. S. Paulo, Quartier Latin, 2014.

OSSORIO, Angel. *El alma de la toga*. Buenos Aires, Edit. Losada, 1940.

SIMÃO FILHO, Adalberto. *Automediação: uma proposta para solução ética de conflitos*. Revista da Faculdade de Direito FMU, n. 26, 2004.

A PERSISTÊNCIA DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

THE PERSISTENCE OF VIOLENCE AGAINST WOMEN

Francisco Antonio Morilhe Leonardo¹

Recebido em: 25/05/2017

Aprovado em: 01/09/2017

RESUMO

O presente trabalho visa destacar a questão histórica da violência doméstica contra o gênero feminino, cuja discussão traz à baila as agressões praticadas e a Lei Maria da Penha, assim como sua efetividade, pois é considerada a principal lei de tutela feminina, cujo escopo é verificar, também, os principais prejuízos nas esferas sociais, psicológicas e ocupacionais das mulheres. Faz-se um panorama da violência, antes e depois do surgimento da Lei Maria da Penha e suas diretrizes, destacando os objetivos, objeto e contextos da violência de gêneros, pois é considerada uma grave violação aos direitos humanos e, a sociedade e o Estado, devem buscar, constantemente, soluções a fim de sanar a ideia cultural e histórica de nosso país, que sempre fez distinção aos sexos, já que esse mal gera prejuízos nas esferas sociais, psicológicas e ocupacionais das mulheres. Trata-se de pesquisa qualitativa, garantindo a isonomia do gênero,

¹ Mestre em Didática do Ensino do Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília-SP – UNIVEM. Professor de Direito Constitucional do Emaldicas Educacional e Márcia Garcia Redações, São Paulo, SP, Brasil. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/2646005331956002>

pois a segurança por ser um direito fundamental está vinculada ao princípio da dignidade da pessoa humana.

PALAVRAS-CHAVE

Violência Doméstica; Mulheres; Lei Maria da Penha.

ABSTRACT

The present study aims to highlight the historical question of domestic violence against the female gender, whose discussion brings to the fore the aggressions practiced and the Maria da Penha Law, as well as its effectiveness, since it is considered the main law of female guardianship, whose scope is to verify, also, the main damages in the social, psychological and occupational spheres of these women. An overview of the violence before and after the emergence of the Maria da Penha Law and its guidelines, highlighting the objectives, objects and contexts of gender violence, is considered a serious violation of human rights, and society and the State, must constantly seek solutions in order to heal the cultural and historical idea of our country, which has always distinguished the sexes, since this evil generates damages in the social, psychological and occupational spheres of women. It is a qualitative research, guaranteeing the equality of the gender, because security as a fundamental right is bound to the principle of the dignity of the human person.

KEYWORDS

Domestic Violence; Women; Maria da Penha Law.

1 Introdução

A violência, de modo geral, contra a mulher, é uma questão histórica e passível de reflexão. Caracterizá-la, desse modo, implica-nos a compreensão de como tal fenômeno é interiorizado e como a violência sofrida afeta e interfere em suas vidas, nas esferas do convívio social, na saúde, no psicológico, na qualidade de vida e na ocupação profissional.

As Organizações das Nações Unidas (ONU) define a “violência contra a mulher” como sendo todo ato de violência praticado por motivos de gênero, dirigido contra uma mulher (GADONI-COSTA; DELL’AGLIO, 2010, p. 152). Ao focar nesta interface, depara-se com amplas implicações ligadas ao fenômeno.

Nesse sentido, visando coibir tais atos e defender à honra feminina, foi instituída a lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) que define os tipos de violência, delimitando cinco domínios, a saber: físico, patrimonial, sexual, moral e psicológico. Assim, a violência física consiste na lesão corporal, desde a leve até grave; a violência patrimonial refere-se à destruição de bens materiais, objetos, documentos de outrem; já a violência sexual ocorre quando o agressor obriga a vítima, por meio de conduta constrangedora, a presenciar, manter ou a participar de relação sexual não desejada. A violência moral constitui em qualquer conduta que fira a honra (objetiva ou subjetiva) da mulher e, por fim, a violência psicológica ou emocional é a mais silenciosa, deixando marcas profundas, por não ter um caráter momentâneo e ter efeito cumulativo, sendo caracterizadas por qualquer conduta que resulte em dano emocional, como a diminuição da autoestima, coação, humilhações, imposições, jogos de poder, desvalorização, xingamentos, gritos, desprezo, desrespeito, enfim, todas as ações que caracterizem transgressão dos valores morais (BRASIL, 2006).

A violência doméstica contra a mulher repercute em várias áreas da sua vida, seja no trabalho, nas relações sociais e na saúde (física e psicológica). O Brasil possui delegacias especializadas em quase todos os estados visando tal proteção, sendo denominadas Delegacia de Defesa da Mulher, Delegacia para a Mulher e Delegacia Especializada no Atendimento à Mulher.

A ação violenta é, antes de tudo, uma grave violação aos direitos humanos. Pode estar associada a vários fatores, complexos e de natureza distinta, como também pode estar atrelada a questões conceituais referentes à distinção entre poder e coação; vontade consciente e impulso; determinismo e liberdade. A

violência contra a mulher é um fenômeno multicausal, multidimensional, multifacetado e intransparente (PEQUENO, 2007).

Em suma, cabe salientar que essas instituições citadas tornaram-se de grande vulto à sociedade, pois por meio do trabalho multidisciplinar de vários profissionais, aliado a implementações de políticas públicas, os esforços são diariamente empenhados no intuito de prevenir e erradicar o fenômeno da violência contra a mulher.

Enfim, de frisar, por relevante, que a pesquisa realizar-se-á sob o enfoque dedutivo, a ter como ponto de partida os fundamentos gerais sobre a natureza da violência contra a mulher e, a partir disso, demonstrar que, mesmo com uma lei específica e sua efetividade, tal problema encontra-se ainda inserto no bojo da sociedade, de modo histórico. Fundar-se-á no levantamento da pesquisa bibliográfica, ressaltando a necessidade de lê-la à luz do saber relativo aos direitos humanos.

2 A violência contra a mulher na história da humanidade

Desde o início da história bíblica da cultura feminina em nossa sociedade, o cristianismo infringia à mulher a culpa do primeiro e maior pecado da humanidade, a história de Adão e Eva, onde a figura feminina é responsável por desobedecer a uma ordem divina, castigando toda a humanidade por este ato.

Nesse viés, remeteu-se à mulher ao exclusivo papel de procriar e obedecer às vontades do sexo oposto, criando um ciclo, no qual cada mulher que nascesse, carregaria o fardo da obediência como uma forma de castigo, aceitando as limitações impostas ao seu gênero de forma passiva, tornando costumeira a visão da dona de casa, esposa e mãe, sem vontade própria, sem sonhos e perspectiva de vida.

Dessa forma, passou-se a viver, então, em uma sociedade patriarcal, onde o homem se intitulou como o “dono da família”, pois não era simplesmente um líder ou um exemplo a ser seguido, mas mandava na casa, na esposa e nos seus filhos, sendo que, incumbira à figura masculina o cargo de poder dentro do âmbito familiar.

Desde os tempos da Grécia Antiga, as diferenças de tratamento dadas ao homem e a mulher eram exorbitantes. Se por um lado o homem era tratado com dignidade e respeito, no polo oposto, a mulher se quer era considerada ci-

dadã; não possuía direitos jurídicos e políticos, sendo igualada aos escravos da época, possuindo apenas a função de gerar filhos.

Na Grécia Antiga havia muitas diferenças entre homens e mulheres. As mulheres não tinham direitos jurídicos, não recebiam educação formal, eram proibidas de aparecer em público sozinhas, sendo confinadas em suas próprias casas em um aposento particular (Gineceu), enquanto aos homens, estes e muitos outros direitos eram permitidos (PINAFI, 2013).

No caso em apreço, em meados da Idade Média, observou-se um dos episódios mais terríveis da história que coibira a liberdade feminina: as mulheres que possuíam comportamentos avessos à sociedade, ou seja, se solteiras e independentes do sustento masculino, eram queimadas na fogueira da Inquisição, sendo essas denominadas “bruxas”. Dessa forma, o objetivo era manter uma cultura padronizada de comportamento advindo da mulher.

Agredir, matar, estuprar uma mulher, independente da idade, são fatos que têm acontecido ao longo da história em praticamente todos os países ditos civilizados e dotados dos mais diferentes regimes econômicos e políticos. A magnitude da agressão, porém, varia. É mais frequente em países de uma prevacente cultura masculina, e menor em culturas que buscam soluções igualitárias para as diferenças de gênero. Organismos internacionais começaram a se mobilizar contra este tipo de violência depois de 1975, quando a ONU realizou o primeiro Dia Internacional da Mulher. Mesmo assim, a Comissão de Direitos Humanos da própria ONU, apenas há dez anos, na Reunião de Viena de 1993, incluiu um capítulo de denuncia e propõe medidas para coibir a violência de gênero (BLAY, 2003).

Na história nacional, na época do Brasil Colônia, era permitido pelas leis portuguesas que o marido que fosse traído por sua esposa a matasse. Entretanto, se a traição partisse do homem tal regra não valeria, pois as mulheres não tinham sequer algum direito. Sob tal prerrogativa, nos primeiros engenhos de açúcar do país permaneceram presentes as condições de dominação sobre ela, onde os homens da época, os senhores de engenho, tinham o livre acesso a toda a sociedade, enquanto suas senhoras permaneciam enclausuradas na casa grande, realizando apenas os caprichos de seus maridos. Esses mesmos homens também abusavam sexualmente de suas escravas por considerarem a figura feminina somente como objeto de prazer.

Koerner (2002) relata que a relação sexual da mulher, fora do casamento, constituía adultério – o que pelo livro V das Ordenações Filipinas permitia que

o marido matasse a ambos. O Código Criminal de 1830 atenuava o homicídio praticado pelo marido quando houvesse adultério. Observe-se que, se o marido mantivesse relação constante com outra mulher, esta situação constituía concubinato e não adultério. Posteriormente, o Código Civil (1916) alterou estas disposições considerando o adultério de ambos os cônjuges razão para desquite. Entretanto, alterar a lei não modificou o costume de matar a esposa ou companheira.

No caso vertente, era comum no Brasil, durante décadas, mulheres terem suas vidas ceifadas por seus esposos sob a alegação de legítima defesa da hora. Homens traídos ou que se sentiam desonrados por suas companheiras cometiam crimes passionais e não eram devidamente punidos pela justiça, muito menos condenados pela sociedade da época.

Somente a partir da década de 70, devido ao grande índice de violência contra a mulher e da elevada impunidade de seus agentes, retornaram mais fortemente algumas manifestações feministas no país, seguindo como modelo os movimentos internacionais que existiram ao longo do tempo, nas quais, tinham como objetivo o combate a todas as formas de exclusão em que ela se encontrava.

Os crimes passionais, um dos mais graves problemas da época, constituíam uma verdadeira “epidemia” para algumas feministas. Encabeçando o movimento contra estes crimes, Promotores Públicos, como Roberto Lyra, Carlos Sussekind de Mendonça, Caetano Pinto de Miranda Montenegro e Lourenço de Mattos Borges fundaram o Conselho Brasileiro de Higiene Social. Pretendiam coibir e punir os crimes passionais então tolerados pela sociedade e pela Justiça. Não era propriamente a defesa das mulheres que eles visavam, mas pretendiam, efetivamente, proteger a instituição família (BESSE, 1999, p. 90).

Tal alegação de matar a fim de defender uma honra ferida apenas teve uma tímida diminuição, quando após anos de batalha, devido à garantida à igualdade entre os gêneros, por meio da Constituição Federal de 1988, que em seu artigo 5º inciso I dispõe que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações” (BRASIL, 1988), e, portanto, colocou a mulher em um novo patamar social.

Ademais, mulheres que sofrem violência física e sexual têm maior probabilidade de utilizar constantemente os serviços de saúde, tais como psicólogos e psiquiatras. Entretanto, esses profissionais têm dificuldade de identificar a

maioria dos casos ou não reconhecem a violência doméstica e sexual contra elas, de modo a não fazer um elo dessa violência como sendo um problema de saúde pública, inclusive.

Huss (2011) aponta características proeminentes e merecedoras de atenção, dentre elas, a expressão de raiva e hostilidade. Alguns fatores que contribuem para tais comportamentos são o uso de drogas e álcool, sendo associados à violência doméstica, tanto em termos de abuso crônico quanto ao uso imediatamente anterior ou durante o episódio de violência.

Nas palavras de Huss (2011, p. 255), “o risco também aumenta com o uso imediato e não simplesmente com o uso crônico. Nos dias em que o perpetrador consome álcool, o risco de ele agredir sua parceira é oito vezes mais alto”.

Em consonância com isso, destaca-se que a violência contra o gênero feminino sempre foi um acentuado problema recorrente no país, principalmente devido à gravidade das causas e suas consequências, como o machismo exacerbado, uso de drogas, e a sensação de posse do homem sobre a mulher, entre outros. Com isso, originam-se na vítima muitas consequências, que em algumas vezes, são irreversíveis, visto que gera lesões físicas imediatas e sofrimentos psicológicos, mesmo depois de sanada a violência.

Quanto à mulher em situação de violência doméstica, um dos principais impactos a ela tem relação com sua autoestima. A autoestima diminuída está relacionada tanto ao abuso físico quanto ao psicológico. A violência psicológica ataca de forma direta a autoestima da vítima. A agressão emocional ocorre quando o perpetrador da violência utiliza-se da ameaça, humilhação, vindo a inferiorizar e amedrontar a mulher em situação de violência. Essa violência, mesmo vindo a ser a mais frequente, é a menos denunciada. Um dos fatores apresentados é o fato de ela não ter um diagnóstico técnico adequado, bem como a própria ciência da vítima que sofre esse tipo de violência, muitas vezes essa sendo uma predição da violência física (DIAS, 2012).

Por esse prisma, apesar de a violência ser encaixada em um único termo, testifica-se de várias formas, tais como em âmbito doméstico, psicológica, física, sexual, patrimonial, e moral. Dessa maneira, lamentavelmente, na maioria dos casos reais não há apenas um tipo único de violência, mas sim o conluio de crimes.

A violência presente atualmente na sociedade brasileira é destacada por Rocha (2007), como sendo “uma questão de saúde pública”, também, já que são constatados inúmeros casos concretos no mundo de vítimas com patolo-

gias psíquicas. O autor completa, relatando que se trata da:

A abordagem da violência de gênero tem sempre dois personagens: de um lado, uma mulher que sofre e é humilhada; de outro, um homem, provavelmente seu marido. Esse casal típico é pobre e compartilha níveis mínimos de escolaridade. Culturalmente, são identificados pela fidelidade da mulher e pela honra do homem (ROCHA, 2007, p. 91).

Todavia, a tutela que a lei Maria da Penha destaca, desde quando promulgada, vincula-se ao quesito do gênero feminino e entende-se que há uma herança cultural e histórica, substanciando ao patriarcado, assim como o predomínio do homem sobre a mulher, a qual tem a figura inculcada de submissão àquele, havendo uma uniformização de gênero social que deprecia a mulher, e que, por estar subjugada pela sociedade, acaba, ainda, por refletir no comportamento dos entes sociais, com uniões sendo balizadas por fator de hierarquia a um sexo em detrimento a outro.

Pode-se abstrair do exposto que, a discriminação de gêneros ainda é um entrave presente em nossa sociedade, mesmo com as mudanças advindas de uma nova Constituição, pois o Poder Judiciário e a sociedade em geral, até pouco tempo atrás, ainda possuíam a imagem da mulher culpada, de atos não recatados, que provocava seu esposo, desrespeitando-o até provocar a sua própria morte, retirando a culpa do marido e descaracterizando um crime brutal.

Portando, observa-se que a violência contra a mulher está arraigada na sociedade hodierna, o culto a superioridade masculina corroborou para que a mulher sempre seja vista como uma figura frágil e dependente do sexo oposto. Tornando, assim, tal violência um problema social que mesmo em tons mais amenos, continua presente na realidade da sociedade.

3 A violência doméstica anterior à Lei Maria da Penha

Em linhas gerais, a violência doméstica é um fenômeno que não possui um padrão de classe social, raça, idade, orientação sexual, grau de instrução e religiosidade. Nesse contexto, ela acompanha a vida de diferentes tipos de mulheres ao longo de toda sua existência, deixando um rastro de sofrimento em sua vida e das pessoas ao seu redor.

Na análise de Dias (2007, p. 06), sobre a violência contra a mulher, as con-

sequências são traduzidas como “sequelas não se restringem à pessoa da ofendida, comprometem todos os membros da entidade familiar, principalmente crianças, que terão a tendência de se transformar em agentes multiplicadores do comportamento que vivenciam dentro de casa”.

A violência é um nítido mal social, cria uma corrente viciosa por onde passa. Uma pessoa que nasce e cresce em um ambiente agressivo, vendo seus pais, fonte de maior exemplo, se agredindo, passará a encarar tal realidade com naturalidade e levará essa imagem consigo durante toda sua vida adulta, criando uma nova geração de pessoas violentas e fora do desejável para uma vida em família.

A cultura de submissão do sexo feminino perante o masculino, ao longo da história da humanidade, fez com que esse problema social permanecesse mascarado, oculto aos olhos da justiça. Uma mulher agredida por qualquer pessoa do seu ciclo familiar sentia - se inibida a denunciar, com medo das consequências de expor seu agressor e pelo costumeiro sentimento de impunidade que rodeia esse tema.

A origem na cultura brasileira da nefasta tese da legítima defesa da honra, que tem sido utilizada pela defesa de homens que assassinaram suas esposas, companheiras e namoradas, levava a julgamento pelo júri popular, onde esses homens eram absolvidos. Houve o posicionamento contrário do Superior Tribunal de Justiça em 1991 que rejeitou a legalidade da tese da legítima defesa da honra. O Código de 1916 apresentava, até 1962, mensagens diferenciadas para homens e mulheres, se casados fossem. Até 1932, a mulher maior de 21 anos, mesmo solteira e, portanto, com plena capacidade civil, não se constituía ainda em cidadã. Em 1962, uma importante alteração no chamado “Estatuto Civil da Mulher Casada”, concebeu à mulher a mesma capacidade civil do homem. Já na década de 1970, houve a adoção do divórcio (BARSTED, 2012, p. 92-94).

Sempre existiram casos de violência doméstica em todas as esferas sociais, entretanto, a procura pelo poder policial era um raro caminho a ser seguido. Mulheres pertencentes às classes mais baixas, na maioria das vezes, dependentes financeiramente de seus agressores, possuíam o medo de denunciar e se verem desamparadas, tanto pela falta de sustento quanto de moradia, para as elas e seus filhos. Em contrapartida, mulheres de classes altas e bem posicionadas financeiramente possuíam o medo da exposição de seus problemas, evitando escândalos a respeito da violência sofrida, preservando a ideia de família perfeita.

Ao longo dos anos, algumas providências no sentido de combater essa

violência foram tomadas. No ano de 1985, foi criada a primeira Delegacia da Mulher (DDM), departamento responsável pelo atendimento de vítimas dessa agressão. O trabalho era realizado por agentes do sexo feminino, justamente para as mulheres se sentirem mais a vontade ao denunciar seus agressores.

Mesmo sendo um importante passo social, ainda estava muito distante o fim da impunidade nesses casos, pois tanto o Estado, quanto a própria sociedade, ainda carregava a ideia de que ninguém deveria se meter em briga de marido e mulher. Barsted (2012) completa que:

Reafirmando os princípios da legislação civil de 1916, o Código Penal, de 1940, também estava imbuído de uma visão sexista ao deixar de punir o estupro que se casasse com a vítima, considerando tal violência sexual como um crime contra os costumes e não contra a integridade física da mulher. Esse Código inovou quanto à punição do adultério. No Código Criminal anterior, de 1890, o adultério masculino só se configurava se o marido tivesse ou mantivesse “concubina”, enquanto para a mulher bastava uma única infidelidade conjugal. Em 1940, o legislador considerou como adultério a simples infidelidade, seja do marido ou da esposa. No entanto, apesar da mudança da lei, o adultério masculino sempre foi visto com mais complacência no âmbito do poder judiciário, que julgava com mais severidade o adultério feminino. A preocupação com a legitimidade da prole e a visão de que as mulheres “honestas” eram necessariamente castas, reforçava essa maior severidade (BARSTED, 2012, p. 95).

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, algumas expressivas mudanças ocorreram no sistema processual atual, principalmente com o advento da Lei dos Juizados Especiais que colocava sobre responsabilidade de juízes competentes o dever de conciliar e julgar casos de menor potencial ofensivo, criando o rito sumaríssimo, possibilitando a aplicação de penas antes da efetiva acusação e criando um ritmo que acelerou a máquina judiciária atual.

Nesse sentido, pode-se constatar que, mesmo com a intenção de solucionar o problema da impunidade, o legislador de fato não colaborou nos casos de violência contra a mulher. Em uma sociedade onde a mulher é vista como submissa ao homem, na maioria das vezes, dependente psicologicamente e financeiramente de seus parceiros, não é de se esperar que as mesmas formalizem queixas contra seus agressores, devido ao medo, insegurança e até mesmo a falta de autoestima dessas vítimas.

Dias (2007) narra com maestria sobre o assunto:

Na ânsia de agilizar, olvidou-se a lei que não é possível condicionar a ação penal à iniciativa da vítima quando existe desequilíbrio entre agressor e agredido, hierarquização entre ambos. Não há como exigir que o desprotegido, o hipossuficiente, o subalterno, formalizem queixa contra seu agressor. Esse desequilíbrio também ocorre no âmbito das relações afetivas, já que, em sua maciça maioria, a violência é perpetrada por maridos, companheiros ou pais contra mulheres, crianças e adolescentes. Apesar de a igualdade entre os sexos estar ressaltada enfaticamente na Constituição Federal, é secular a discriminação que coloca a mulher em posição de inferioridade e subordinação frente ao homem. A desproporção quer física, quer de valorização social, entre o gênero masculino e feminino, não pode ser olvidada (DIAS, 2007, p. 22).

Era notório o sentimento de desamparo entre as vítimas da época. Se fossem omissas, as agressões permaneciam e, se tomassem coragem para denunciar corriam o risco de ser o alvo da vingança de seus parceiros. A falta de uma assistência a essas mulheres foi ficando cada vez mais evidente, contudo, o processo de evolução permaneceu lento e com poucas medidas de transformação. Em 1995 surgiu a Lei nº 9.099/95, especificamente a que deu origem aos Juizados Especiais Criminais. Faisting (2007), ao destacar a tutela ao gênero feminino, completa que:

Em síntese, o importante a ressaltar é que as análises existentes sobre os impactos da lei 9.099/95 sobre os conflitos de gênero sempre enfatizavam dois extremos: ou se considerava que a aplicação da lei era adequada porque correspondia às expectativas das mulheres que não desejavam a condenação do réu, ou se ressaltava a inadequação da lei ao demonstrar que a maior parte dos casos não eram resolvidos satisfatoriamente, desestimulando, assim, novas denúncias. O desafio, portanto, era equilibrar essas duas posições, pois ambas pareciam ser legítimas do ponto de vista dos interesses das vítimas (FAISTING, 2007).

Importante mencionar que o Brasil carrega cicatrizes de uma cultura machista onde a mulher é completamente dominada, primeiramente pelo seu pai, depois pelo namorado e, por fim, pelo marido. Há distinções de funções e posições para cada sexo, desde os serviços domésticos, esportes, comportamentos, escolhas profissionais e seus salários. São educadas desde o nascimento para brincar de brincadeiras só femininas, possuir uma postura recatada, casar, ter e cuidar dos filhos e abrir mão de seus empregos para cuidar da sua família.

Destarte, a Lei Maria da Penha foi resultado de apelos a tratados internacionais nas quais o Brasil faz parte, cujo propósito foi, não apenas tutelar a mulher, vítima de violência doméstica e familiar, mas também prevenir contra futuras lesões e deter os agressores. Tal lei almeja prevenir, punir e por fim à violência doméstica e familiar contra o gênero feminino. De acordo com Barsted (2012):

Mesmo considerando que a violência de gênero é um fenômeno que ocorre em quase todos os países, no Brasil essa violência foi, durante muitos séculos, garantida e absolvida pelo próprio Estado a partir de leis e de uma tradição jurídica que não reconhecia as mulheres como sujeitos de direitos. Assim, não podemos subestimar o impacto ideológico das Ordenações Filipinas, que vigoraram no Brasil mesmo após a nossa independência. Essas Ordenações declaravam explicitamente o direito do marido de matar a sua mulher por encontrá-la em adultério. Somente em 1840 tal direito foi revogado, embora fosse fartamente utilizado ao longo das décadas posteriores (BARSTED, 2012, p. 92).

Por derradeiro, observa-se que a figura feminina luta desde sempre para se livrar de um estereótipo de submissão e obediência perante o homem, tornando-se vítima das diversas formas de agressão dentro do seu próprio lar, pela sua própria família. Além de sofrer o mau que provêm daqueles que deveriam ser o seu ponto de bem-estar, fora de casa enfrenta o preconceito de uma sociedade machista e do desamparo de um judiciário falho e de punhos fracos.

O grande índice de violência e o excesso de impunidade acabaram desperdando o interesse de autoridades nacionais e internacionais, dando início a um processo de transformação em busca de uma legislação especial para esse terrível problema social. Nesse contexto, Maria da Penha Maia Fernandes entra para definitivamente mudar o destino de inúmeras outras vítimas.

4 O surgimento da Lei 11340/2006 “Maria da Penha”

A princípio, destaca-se que, com a ineficiência dos Juizados Especiais, uma vez que a força física era preponderante à da lei jurídica, e essas mudanças legislativas de pequeno vulto na sociedade não foram capazes de mudar todo o cenário nacional, pois a quantidade de mulheres que sofriam violência doméstica gerava um quadro cada vez mais progressivo.

Outrossim, tratava-se de crime de baixo potencial lesivo e, por tramitar nos

Juizados Especiais, o autor do delito ficava dispensado do flagrante se houvesse o comprometimento de comparecer em juízo, além de ter direitos que atenuam a pena, como a transação penal, concessão de sursis, aplicação de penas restritivas de direitos, e a dependência de representação se fosse caso de lesão de natureza leve.

Entretanto, se antes da Lei 11.340/2006 eram possíveis penas alternativas como forma de punição branda em detrimento da violência praticada, posteriormente a sua promulgação, proibiu-se a pecuniária, multa ou outras formas alternativas. Assim, a lei inovou tornando tal prática mais rigorosa em seu cumprimento, pois permitiu a prisão em flagrante e a preventiva do autor, a depender do caso concreto, sendo agravada se cometida no caso de portadoras de deficiência.

Essa lei, nomeada de Maria da Penha, não obteve essa denominação por acaso, o surgimento desta advém do sofrimento de uma guerreira brasileira, uma mulher que, como muitas outras, fez parte da enorme estatística de violência doméstica no país. Foi necessário que sua história tivesse um desfecho tão aterrorizante, que chamasse atenção de autoridades internacionais para o início de uma cobrança por transformações na legislação nacional.

Cabe destacar, nas palavras de Leonardo (2016) que a referida lei tutela às mulheres em relação à violência doméstica. O autor completa:

Resta salientar que a referida Lei não se enquadra em qualquer violência contra o sexo feminino, ela se restringe àquelas baseadas no gênero e que ocorram no âmbito doméstico, familiar ou de relação íntima de afeto; para os demais casos, existem outras legislações específicas. Se uma mulher for agredida em decorrência de um assalto, efetuado por um agente desconhecido sem vínculo afetivo, não será, nesse caso, julgado pelo prisma da lei 11.340/2006, pois não existiu uma questão de gênero, nem vínculo familiar, afetivo ou doméstico (LEONARDO, 2016, p. 203).

Assim, a triste história da mulher que deu nome a lei de proteção contra a violência feminina, Maria da Penha, foi vítima do próprio marido que tentou matá-la, forjando um suposto assalto e com uma espingarda e disparou um tiro que felizmente não retirou sua vida, mas deixou-a paraplégica.

Posteriormente tentou eletrocutá-la, provocando uma descarga elétrica enquanto a mesma tomava banho e, mesmo com a falta de amparo social da época e sem nenhuma estrutura que fornecia de fato uma segurança, a vítima

denunciou as agressões ocorridas e não se calou em busca da punição de seu agressor; uniu-se a movimentos feministas, lutou pela causa e anos depois até publicou um livro, onde relata todo o acontecido e suas sequelas.

Lima, *et al.*, (2008) destacam que, mesmo com a decisão proferida, o réu recorreu em liberdade, onde a defesa alegou a existência de vícios na formulação das perguntas dos jurados. O caso de Maria da Penha foi o início de uma luta pela erradicação desse problema. Em 20 de agosto de 1998, a Comissão Interamericana dos Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA), recebeu uma denúncia da então vítima, Maria da Penha Maia Fernandes, do Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e pelo Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM).

Destarte, diante desta imensa morosidade, o caso foi levado até a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA (Caso n. 12.051/OEA), que, em resposta, publicou o Relatório 54, de 2001, no qual consta a recomendação dirigida à República Federativa do Brasil para que fosse realizada uma profunda reforma legislativa com o fito de proporcionar um efetivo combate aos casos de violência doméstica praticada contra a mulher (LIMA, *et al.*, 2008).

Ademais, no caso em tela, existiam provas do mau comportamento do agressor durante todo o tempo que permaneceu casado, a autoria de violência contra a ex-esposa e seus filhos, bem como a falta de cumprimento quanto ao pagamento de pensão alimentícia da prole, proveniente da separação judicial das partes. Bem como, havia a comprovação da posse e propriedade do réu quanto à espingarda usada na tentativa de homicídio de Maria, deixando clara a culpabilidade do mesmo e tornando inexplicável a demora de ação do Estado perante esse caso.

Pressionado com as novas exigências, o Brasil passou a olhar com outros olhos esse eminente problema social, passando então a cumprir os tratados e convenções relacionados com o tema, dando novos destinos aos agentes da violência. Um projeto foi formado por ONGs que tratavam sobre violência doméstica, trazendo uma nova vertente ao país no ano de 2002, com uma legislação especial para tratar sobre o tema, sendo enviado para o Congresso Nacional em 2004, seguindo os trâmites da época.

A Assembleia Geral da OEA declarou, ainda, que a violência de gênero contra a mulher é uma ofensa à dignidade humana e uma manifestação de relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens. Com-

preendeu, também, que a violência contra a mulher transcende todos os setores da sociedade, independentemente de sua classe, raça ou grupo étnico, níveis de salário, cultura, nível educacional, idade ou religião, e afeta negativamente as bases da própria sociedade. Essa Convenção é o instrumento jurídico mais ratificado no sistema Interamericano de direitos humanos, contando com a ratificação de 32 Estados-Membros da OEA (BARSTED, 2012, p. 102).

A fim de que haja eficácia no cumprimento da Lei Maria da Penha, compete ao governo e a toda sociedade em geral, a busca pela compreensão e contribuição para formular soluções e propostas no âmbito do planejamento, implementação e avaliação de políticas e programas de proteção social feminino em âmbito nacional, especificidades e desafios da gestão de políticas públicas de combate à violência contra o gênero feminino, cujo escopo se traduz no aprimoramento e produtividade da lei.

A propósito, faz necessária uma intervenção psicossocial em relação à violência doméstica que gera uma gestão normalizadora da família, pois os exercícios judiciais resultam, muitas vezes, num distúrbio na inteligibilidade, ou seja, na relação entre o crime e o criminoso acerca da violência doméstica. Segundo Foucault, a inteligibilidade é requisito do castigo legítimo, pois a justiça criminal é exercida sobre aquilo que se é, e assim interpela a cada acusado: "Diga-me quem és, para que eu possa tomar uma decisão judicial que terá que estar, ao mesmo tempo, à altura do crime que cometeste, mas também do indivíduo que és" (FOUCAULT, 2014, p. 244).

Nesse viés, o agressor denunciado por um ato violento, seja ameaça, vias de fato, lesão corporal ou tentativa de homicídio (ou consumado) contra uma mulher com quem mantém uma relação afetiva ou doméstica, e esta família, não deveria ser desamparada devido a ameaça de prisão ao pai.

Ademais, seria necessária a intervenção psicossocial a fim de melhorar suas relações conjugais de forma preventiva, para que não haja violência, tutelando a integridade física e psicológica feminina, além de se estabilizar psicologicamente a família. Políticas públicas nesse sentido seriam fundamentais para a efetividade da Lei Maria da Penha, pois é necessário o acompanhamento psicológico, tanto da vítima, quanto dos familiares, e, porque não, dos agressores que, posteriormente ao cumprimento de possíveis sanções penais, não se tornem reincidentes nessa prática.

Por fim, a Lei Maria da Penha foi assim denominada homenageando a uma

mulher que lutou até as últimas consequências pelo direito de viver longe de qualquer ameaça e agressão de seu companheiro. Isto posto, trouxe esperança a todas as mulheres que vivem caladas a mercê da sorte e da fé por dias melhores e registrou um marco de vitória para todos os grupos feministas e simpatizantes por uma causa nobre, que até hoje lutam por uma sociedade sem distinção de gêneros, ou, pelo menos assim deveria ser, construída de maneira livre, justa e solidária.

5 Considerações Finais

Apresentou-se relevante estudo sobre a persistência da violência contra mulher sob o enfoque dos direitos humanos e fundamentais e da dignidade da pessoa humana. Pretendeu-se desenvolver o tema a fim de melhor compreender a sua dimensão no bojo do Direito, cuja proteção se dá, atualmente, em detrimento da Lei Maria da Penha.

As mulheres vítimas de violência doméstica sofrem todos os tipos de violência. Assim, na maioria das vezes, manifestam-se reações pela violência sofrida com passividade, vergonha, decepção, culpa e sofrimento. Nesse sentido, carregam traumas, desamores e insensibilidades, reduzindo seus índices de qualidade de vida e inserção social.

Delimitou-se o presente estudo em apresentar as ocorrências de violência contra a mulher, de modo geral, desde os primórdios, onde somente houve um pequeno avanço na cultura machista com o advento da Constituição Federal de 1988 que igualou os homens e mulheres em direitos e deveres. Ademais, mesmo com a declaração do princípio da isonomia, a violência contra o gênero feminino persistiu.

Por esse viés, demonstrou que havia delegacias especializadas a fim de coibir tal prática, mas que se fazia necessária, ainda, a promulgação de uma lei específica. Entretanto, somente em 2006, devido várias lutas e sofrimento feminino é que fora instaurado a Lei Maria da Penha, fruto da imposição da Comissão Interamericana dos Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA), que verificou a omissão do Brasil nessa ótica.

Por via de consequência, focar nessa perspectiva a partir dessa ótica é imprescindível, não somente no nível de conhecimento e exploração do fenômeno, mas também no que seus resultados e intervenções possam contribuir para minimizar o

sofrimento psíquico da mulher. Todavia, a mulher que se sentir ameaçada deve procurar a delegacia especializada e solicitar do Estado a proteção que a Lei oferece, a fim de minimizar o direito infringido e tornar mais eficaz a tutela.

É certo que houve avanço em prol dos direitos fundamentais; não menos certo, porém, é o fato de haver uma cultura machista ainda existente, resistente aos princípios fundamentais e da dignidade humana. Nesse prisma, abstrai-se a conclusão de que a Lei Maria da Penha será efetiva à medida que se reconheça a violência de modo a agredir as mulheres constantemente.

Por fim, pode-se abstrair do exposto que a Lei Maria da Penha alterou significativamente a estrutura e as práticas do Poder Judiciário nacional. Pode-se destacar a instalação e criação de varas ou juizados de competência exclusiva para ações referentes aos crimes previstos no tocante à violência contra as mulheres. Mas o que deve ser mudado, também, é a cultura do brasileiro no que tangem ao exercício do respeito, da aceitação, do apreço à diversidade das culturas, à dignidade, e à igualdade, pois são direitos inerentes a todos os seres humanos.

Em última análise, cabe ao Estado a função de fazer realmente o papel protetor frente à violência doméstica e dar continuidade à integração das unidades de proteção feminina, maior divulgação nos meios de comunicação cujo escopo é prevenir a violência e promover a saúde da mulher, para que ela se sinta apoiada e se sinta competente e integrada de sobremodo a lhe ajudar a não integrar o ciclo de violência, fazendo.

REFERÊNCIAS

BARSTED, Leila Linhares. **O Avanço Legislativo Contra a Violência de Gênero: a Lei Maria da Penha**. Revista EMERJ, Rio de Janeiro, v. 15, n. 57 (Edição Especial), p. 90-110, jan.-mar. 2012.

BESSE, Susan K. **Modernizando a desigualdade**. São Paulo, Edusp, 1999.

BLAY, Eva Alterman. **Violência contra a mulher e políticas públicas**. Estudos avançados, v. 17, n. 49, p. 87-98, 2003.

BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.

_____. **Lei 11.340/2006, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm. Acesso em: 22 set. 2016.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **A Lei Maria da Penha - A efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. São Paulo - Editora Revista dos Tribunais, 2012.

FAISTING, André Luiz. **Violência doméstica e Justiça Criminal: uma contribuição para o debate atual**. Revista Sociologia Jurídica. N. 05 - Julho-Dezembro/2007. In: <http://sociologiajuridica.net.br/revista-sociologia-juridica>.

FOUCAULT, Michel. **Obrar mal, decir la verdad: Función de la confesión en la justicia**. Curso de Lovaina, 1981. 1a. ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.

GADONI-COSTA, Lila Maria; DELL'AGLIO, Débora Dallbosco. **Mulheres em situação de violência doméstica: vitimização e coping**. Interinstitucional de Psicologia, 2(2), 151 - 159. 2010.

HUSS, Matthew T. **Psicologia Forense: Pesquisa, prática e aplicações**. Porto Alegre - Artmed, 2011.

KOERNER, Andrei. **Posições doutrinárias sobre direito de família no pós-1988. Uma análise política**. Em Fukui, Lia (org.). Segredos de Família. São Paulo, Anna-blume, 2002.

LEONARDO, Francisco Antonio Morilhe. **A efetividade da lei Maria da Penha quanto à orientação sexual**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 6, n. 3, 2016.

LIMA, Cristiano M. Cubas de; FONSECA, Leandro Warde; ANDRADE, Cláudio César. **A implementação de políticas públicas estaduais para atendimento da mulher vítima de violência doméstica**. 2008. Disponível em <http://www.escoladegestao>.

pr.gov.br/arquivos/File/formulacao_e_gestao_de_politicas_publicas_no_parana/volume_I/capitulo_4_seguranca_publica/4_5.pdf. Acesso em 02 mar 17.

PEQUENO, Marconi José Pimentel. **Direitos Humanos e Violência**. 2007. Disponível em <http://www.colegiointegral.com.br/EM/AULAS/2ano/SOC-violencia.ppt>. Acesso em 02 mar 17.

PINAFI, Tânia. **Violência contra a mulher: políticas públicas e medidas protetivas na contemporaneidade**. 2013. Disponível em: <http://www.historica.arquivoestado.sp.gov.br/materias/anteriores/edicao21/materia03/>. Acesso em: 19 set. 2015.

ROCHA, Martha Mesquita da Rocha. **Violência contra a mulher**. In: TAQUETTE, Stella R. (Org.). **Violência contra a mulher adolescente/jovem**. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2007.

O DESAFIO DE TRANSFORMAR OS CONFLITOS EM UMA IDEIA POSITIVA

THE CHALLENGE OF TURNING CONFLICTS INTO A POSITIVE IDEA

Alinne Cardim Alves¹
Cassiane de Melo Fernandes²

Recebido em: 29/05/2017
Aprovado em: 14/08/2017

RESUMO

Atualmente, buscamos sempre uma maneira de lidar com as diferenças. Pensar no conflito somente no viés negativo é incentivar que as amargas disputas familiares aumentem, processos judiciais se eternizem e guerras se iniciem. E o saldo final é a perda de oportunidades em resolver os conflitos de forma satisfatória para todos os atores envolvidos. O mundo globalizado e democrático é responsável por uma indústria de conflitos que emergem à medida que as pessoas têm mais acesso às informações. Todavia, os conflitos são necessários, inevitáveis e úteis e geralmente geram novas ideias. Seria difícil pensar em corrigir uma situação injusta se o conflito não aparecesse. Por isso, a ideia não é eliminar o conflito e sim transformar o modo como lidamos com as diferenças, algo importante no mundo de hoje. O acesso à justiça possibilita aos cidadãos levarem suas demandas ao judiciário na tentativa de ter seus conflitos resolvidos, porém a justiça sem sempre

¹ Mestre em Direito Constitucional pelo Centro de PósGraduação da Instituição Toledo de Ensino – ITE/Bauru. Especialista em Direito Constitucional pela Università Degli Studi di Pisa. Membro da Asociación Mundial de Justicia Constitucional, Membro Adjunto da Asociación Argentina de Justicia Constitucional e Membro da Asociación Colombiana de Direito Processual Constitucional. Advogada e Professora.

² Mestre em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto/SP – UNAERP. Especialista em Direito Empresarial pela Faculdade Barretos (FB). Conciliadora do Poder Judiciário. Docente da Faculdade Barretos. Membro da Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Membro Adjunto da Asociación Argentina de Justicia Constitucional e Membro da Asociación Colombiana de Direito Processual Constitucional. Advogada.

representa a voz das partes. O Estado, então, buscando corresponder aos anseios dos cidadãos na solução dos seus conflitos por meio das políticas públicas de tratamento adequado de conflitos de interesses, institui a Resolução 125/2010 que, entre outras atribuições, determina aos tribunais a criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC). Com isso, o juiz deixa de ser a única porta de acesso, surgindo um sistema de justiça multiportas. Nesta nova justiça, a justiça estatal clássica deixa de ser primazia nos litígios e passa a permitir a abertura para autocomposição. O acesso ao Direito vem sendo incentivado, de preferência sem contato ou passagem pelos Tribunais, buscando, assim, a tutela dos direitos de forma adequada, tempestiva e efetiva.

PALAVRAS-CHAVE

Autocomposição, Resolução 125/10, Conciliação, Mediação, Conflito.

ABSTRACT

Today, we are always looking for a way to deal with differences. To think of conflict only in the negative bias is to encourage bitter family disputes to escalate, lawsuits to perish, and wars to begin. And the final balance is the loss of opportunities to resolve conflicts in a way that is satisfactory to all actors involved. The globalized and democratic world is responsible for a conflict industry, which emerge as people have more access to information. However, conflicts are necessary, inevitable and useful, and usually generate new ideas. It would be difficult to think of correcting an unjust situation if the conflict did not arise. Therefore, the idea is not to eliminate conflict, but to transform the way we deal with difference, something important in today's world. Access to justice enables citizens to take their demands to the judiciary in an attempt to have their conflicts resolved, but justice does not always represent the voice of the parties. The State, seeking to respond to citizens' wishes to resolve their conflicts through public policies for the proper treatment of conflicts of interest, established Resolution 125/2010, which among other tasks, determines to the courts the creation Judicial Centers for Conflict Resolution and Citizenship (CEJUSC). With this, the judge ceases to be the only door, and a multi-court justice system emerges. In this new justice, the classic state justice, ceases to be primacy in litigation, allowing openness to self-composition. The access to the right, has been encouraged, of preference without contact or passage through the Courts. Thus, we seek the protection of rights in an appropriate, timely and effective manner.

KEYWORDS

Self-composition; Resolution 125/10; Conciliation; Mediation; Conflict.

Introdução

A Constituição Brasileira sedia o acesso a justiça no artigo 5º XXXV e com previsão no Novo Código de Processo Civil Brasileiro em seu artigo 3º, *caput*.

Esse “acesso a uma determinada justiça desenfreada” deve ser reanalisado. No mundo atual, globalizado, outros caminhos encontram-se abertos para equalizar os conflitos. O acesso à justiça, descrito na Constituição Brasileira de 1988, trouxe uma explosão de litígios cujas suas respostas deixam a desejar. Assim, criou-se um ambiente propício para a crise do judiciário aumentando a litigiosidade, sem que o Estado tenha condições para atendê-la.

Portanto, diversas pessoas acabam por não satisfazerem o seu direito e tão pouco solucionar seu litígio. A insatisfação pode ser tanto do autor como do réu ante uma sentença baseada nos fatos expostos nos autos, posto que as provas podem não terem sido produzidas adequadamente.

Porém, numa sessão de mediação ou em uma audiência de conciliação, um diálogo conduzido de forma correta, permite que sejam apresentados pelas partes outros fatos e acontecimentos que mudam o deslinde do encontro. Precisamos entender que o conflito sempre é maior do que o pedido realizado na petição inicial, assim, a abertura do diálogo incentiva as partes a exporem os motivos que estão impedindo que o conflito seja resolvido.

Uma sessão de mediação permite que se possa trabalhar com os sentimentos e, muitas vezes, aquele pedido expresso na petição inicial, perde o sentido, frente ao restabelecimento do diálogo entre as partes.

Incentivamos, assim, o interesse e afastamos os super poderes que as partes acreditam ter sobre o outro, objetivando o gerenciamento do conflito de forma adequada no entendimento de que este fenômeno surge naturalmente como produto interação interpessoal e que o mesmo não é tão ruim.

Assim, os conceitos estão em constante evolução e transformação, bem como como os conflitos que, de acordo com a teoria moderna do conflito, passou a ser visto pelo espiral positivo e não negativo.

Dessa forma, precisamos adequar a linguagem apresentada pela legislação brasileira e apresentar os métodos adequados de conflito e não meios alternativos dele. É preciso ter em mente que não são métodos alternativos de conflito, porque não posso pensar que pode ser um ou outro, trabalhar no plano do “tanto faz”, é preciso entender que para cada caso concreto deve ser realizado

um estudo individual para saber qual o método mais adequado para se chegar a um resultado positivo sobre aquele conflito.

Para isso, foram instalados meios de resolução e mediação dos conflitos a fim de desenvolver ações para alcançar o acesso à justiça de modo efetivo e célebre visto que este não conseguia atender a inúmeras demandas ajuizadas dos cidadãos que a procuravam.

Neste contexto, foram desenvolvidas, em âmbito federal, as políticas públicas de tratamento adequado de conflitos de interesses, que instituiu a Resolução 125/2010 que entre outras atribuições, consta a determinação aos tribunais de criar Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC).

A resolução do Conselho Nacional de Justiça trouxe a busca da transformação do judiciário, visando um judiciário mais humanista, uma vez que de nada adianta a implementação da resolução com inúmeros verbos impositivos como: deverão, criarão, farão, se não mudarmos a nossa concepção sobre a visão positiva do conflito e trazer mais humanidade às relações.

Desta forma, o maior desafio da Resolução do Conselho Nacional de Justiça é trazer a ideia de que o conflito deve ser visto de forma positiva e não de forma negativa, bem como respeitar a escolha dos interessados e garantir que ela seja feita em igualdade de condições. Por fim, deve se adequar aquele conflito ao meio de tratamento correto, ressaltando que não há superioridade da justiça estatal em relação aos meios de solução de controvérsias.

Assim, os meios adequados de solução de conflitos são uma oferta justa e tempestiva, que favorecem a desjudicialização dos conflitos a fim de evitar que as partes se tornem adversas e ao final que se produza um resultado de vencedor e perdedor. Ao contrário, o que se busca, é o binômio: ganha-ganha – que alcança o resultado pretendido por ambas as partes afastando a adversidade e abrindo espaço para o diálogo.

1. **Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça.**

Criou-se uma verdadeira política pública judiciária que cuida dos processos, mas que também deve criar e incentivar os métodos adequados de conflitos, leia-se: mediação e conciliação.

A criação da resolução do Conselho Nacional de Justiça que trata da mediação e da conciliação é forma de política pública de tratamento adequado na

solução de conflitos, visando à prevenção das demandas, implementando as atividades pré-processuais de conciliação e mediação. A criação da Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça veio para apoiar as práticas que alguns Tribunais e Comarcas já se utilizavam.

Os objetivos da resolução são bem delineados como:

- a) disseminar a cultura da pacificação social e estimular a prestação de serviço auto-compositivo de qualidade (Art.2º);
- b) incentivar os tribunais a se organizarem e planejarem programas amplos de auto-composição (Art.4º);
- c) reafirmar a função de agente apoiador da implantação de políticas públicas do Conselho Nacional de Justiça (Art.3º).

Ao Conselho Nacional de Justiça compete atuar de forma administrativa e financeira no Poder Judiciário, zelar pelo cumprimento do artigo 5º e 37 da Constituição Federal, pela eficiência operacional ao acesso à Justiça e pela ordem jurídica justa.

Conforme leciona Kazuo Watanabe (2017).

Problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites dos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa.³

Desta forma, o Conselho Nacional da Justiça, tenta cumprir com suas atribuições, desenvolvendo as políticas públicas de tratamento adequado de conflitos de interesses, cujas ações têm o intuito de dar cumprimento aos preceitos da nossa Carta Magna, para tornar efetiva a eficiência operacional do Poder Judiciário aos seus jurisdicionados, garantindo o acesso à justiça de forma célere e justa, por meio da conciliação e mediação, de forma padronizada, sem ignorar as especificidades de cada esfera, Estadual, Federal e do Trabalho, e de cada região.

O artigo 1º da Resolução instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento de conflitos de interesses, com o objetivo de assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados, deixando claro que incumbe ao Poder Judiciário

³ WATANABE, Kazuo apud MINGATI, Vinícius Secafen; RICCI, Milena Mara da Silva. Conceito de acesso à justiça: a efetividade do processo como garantia de acesso à uma ordem jurídica justa. Disponível em: <<http://eventos.uenp.edu.br/sid/publicacao/artigos/1.pdf>>. Acesso em: 23 jan. 2017. p. 05.

rio, 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.⁴

O Conselho Nacional de Justiça tem envidado esforços para mudar a forma com que o Poder Judiciário se apresenta, uma vez que o Estado tem falhado na sua missão pacificadora em razão de fatores como, dentre outros, a sobrecarga dos tribunais, as elevadas despesas com os litígios e o excessivo formalismo processual.

O ideal é adotar o sistema multiportas proposto por Frank Sander, que compõe um Judiciário como um centro de solução de disputas, com distintos processos, baseado na premissa de que há vantagens e desvantagens de cada processo que devem ser consideradas em função das características específicas de cada conflito.

Assim, ao invés de existir apenas uma porta (o processo judicial), trata-se de um amplo sistema com diversas portas as quais forma um “centro de justiça” os quais as parte direcionam podem ser direcionadas ao processo adequado.

Art. 7º Os tribunais deverão criar, no prazo de 30 dias, Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Núcleos), coordenados por magistrados e compostos por magistrados da ativa ou aposentados e servidores, preferencialmente atuantes na área, com as seguintes atribuições, entre outras:

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.⁵

Para tanto, o Judiciário hoje tem que responder a seguinte indagação:

Como devo abordar essa questão para que os interesses que estão sendo pleiteados sejam realizados de modo mais eficiente, com maior satisfação do jurisdicionado e no menor prazo?

Neste contexto de se estimular o uso de práticas cooperativas em processo

⁴ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUGGARTTEN; Michele Pedrosa. Os desafios para a integração entre o sistema jurisdicional e a mediação a partir do Novo Código de Processo Civil: quais as perspectivas para a justiça brasileira? In: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha (Coord.). A mediação no novo código de processo civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 21.

⁵ Ibid.

de resolução de disputas, o acesso à justiça deve, sob o prisma da autocomposição, estimular, difundir e educar seu usuário para melhor resolver conflitos por meio de ações comunicativas.

O que se busca é uma transformação progressiva dos núcleos com mais centros e mais atuação com maior número de conciliadores e mediadores capacitados, alterando a natureza, qualidade e quantidade dos serviços judiciários.

Assim, a resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça busca a transformação de uma cultura de litígios para uma cultura mais colaborativa e cooperativa, tentando afastar a figura paternalista e impositiva do jogo social.

Portanto, o Judiciário caminha para se tornar um prestador de serviço com produtos diferenciados, customizáveis e que garantam colocar as partes no centro do jogo jurídico, retornando os profissionais legais à posição de assistentes.

A pacificação social e a criação da paz sempre foram uma “velha” vontade do Estado Democrático de Direito, tanto que trouxe uma previsão no preâmbulo da Constituição Federal Brasileira do princípio da fraternidade, justiça e solidariedade, mas que ainda encontra muita resistência pelos seus fatores culturais, históricos e políticos.

O maior desafio talvez seja a implementação da política pública trazida pelo Conselho Nacional de Justiça em âmbito nacional, refletindo sua existência em âmbito internacional na via cooperativa, cuja maior batalha é fazer com que os conflitos sejam resolvidos de forma satisfatória e as pessoas envolvidas naquele caso, alcancem a pacificação social.

Tal alcance possibilita que o conflito não seja instaurado novamente e que outros conflitos não insurgam tão facilmente. Somente assim, a política pública, de alteração da estrutura do judiciário, poderá ser modificada, se não conseguirmos com que a nação seja mais humanista.

2. Lei da Mediação n. 13.140/2015

A Lei da Mediação disciplinou o instituto que vinha sendo aplicado extrajudicialmente e judicialmente para garantir maior efetividade e segurança jurídica aos procedimentos de conciliação e mediação.

Neste sentido, afirma Walsir Edson Rodrigues Júnior (2006):

Desta forma, a finalidade da Lei da Mediação não será a autorização do uso dessa forma de resolução de disputas no Brasil, pois ela pode e já esta sendo em-

pregada por várias instituições públicas e privadas como comprovadas neste estudo. O objetivo maior da lei será, portanto, a regulamentação da atividade da mediação e dos seus procedimentos.⁶

Conforme artigo 2º e seus incisos, a mediação deve ser conduzida com imparcialidade do mediador, dando tratamento igual às partes, mediante manifestação oral, sendo requisito entre outros, a informalidade, para que seja compreensível, sem utilizar termos judiciais de difícil compreensão e respeitando a autonomia da vontade das partes, ou seja, somente haverá a participação na mediação, com a concordância das partes, primando pela boa-fé de todos envolvidos, de forma que a mediação seja conduzida para a expressão da justiça.

Neste sentido, para uniformizar e reger os procedimentos dos profissionais, a resolução traz previsão dos artigos 9º a 12º, dos requisitos necessários para mediador extrajudicial e judicial, bem como da remuneração que deverá ser fixada pelos tribunais e custeada pelas partes.

Conforme resolução, o mediador extrajudicial pode ser qualquer pessoa capaz, que tenha a confiança das partes, e que tenha capacitação específica para conduzir a mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade ou classe, ou que nele esteja inscrito.

Quanto ao mediador judicial, exige-se que tenha graduação por pelo menos dois anos em curso superior de instituição devidamente reconhecida e que seja capacitado em escola reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) ou pelos tribunais, de acordo com o Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça.

A qualificação imposta aos candidatos a mediador traz qualidade aos trabalhos, como preleciona Maria Lúcia Pizzotti (2013).

Seguindo a ideia de qualificação impositiva desses profissionais, o Conselho Nacional de Justiça prudentemente se preocupou com a parte prática do trabalho em si, especificando que fará parte do aperfeiçoamento do profissional, além de um treinamento que pode ser feito inicialmente por dinâmicas, durante o curso realizado, deverá se dar por meio de estágio obrigatório, vez que ao exercitar os ensinamentos ministrados nos cursos, poderá adequá-los á realidade dos conflitos verdadeiros, quais sejam, envolvendo casos reais, com pragmatismo,

⁶ RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. A prática da mediação eu acesso à justiça. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 209.

concretizando a teoria na prática, o que, repito, é vital para a boa qualidade dos trabalhos de conciliação.⁷

Cabe aos tribunais desenvolver ferramentas necessárias para cadastros efetuados pelos próprios mediadores, que podem escolher a jurisdição onde querem atuar e manter os dados atualizados dos candidatos autorizados e dos eventuais desligamentos, para consultas dos interessados e jurisdicionados.

Na mediação, as partes poderão ser assistidas por advogados ou defensor público sendo que, caso uma das partes esteja desacompanhada, deverá ser a mediação suspensa para realização em outra data, em que estejam todas assistidas.

Neste sentido, o acompanhamento de advogado ou defensor público na mediação, assistindo as partes, cumpre com o que prescreve o artigo 133 da Constituição Federal, e confirma a necessidade de mudança no paradigma cultural da litigiosidade, estimulando os advogados e defensores públicos a auxiliarem na busca de solução de conflitos, primando pela liberdade de escolha das partes.

A maior crítica à adoção do sistema multiportas são as dificuldades culturais dos operadores brasileiros, a necessidade de qualificar e preparar os profissionais para o exercício da mediação e da conciliação, a criação de centros para as sessões de mediação e audiências de conciliação, etc.

Fernanda Tartuce (2013) destaca a empatia, como ferramenta essencial a parte e seu advogado para se obter bons resultados na mediação:

Na literatura americana consta ainda a advertência de que o advogado deve estimular que seu cliente seja empático com a outra parte. Não há dúvidas de que tentar colocar-se no lugar do outro é conduta muito produtiva e valiosa para que a animosidade ceda espaço a posturas colaborativas.⁸

Ainda neste sentido, quanto à importância da presença e participação dos advogados na conciliação e mediação, destaca Marcela Rodrigues Souza Figueiredo (2016), que:

⁷ PIZZOTTI, Maria Lúcia. Conciliação e mediação: da necessidade de adequada capacitação para obtenção de resultados efetivos. In: SILVA, João José Custódio da; AMORIM, José Roberto Neves (Coord.). *A Nova Ordem das Soluções Alternativas de Conflitos e o Conselho Nacional de Justiça*. São Paulo: Gazeta Jurídica, 2013. p. 236.

⁸ TARTUCE, Fernanda. *Advocacia e meios consensuais: novas visões, novos ganhos*. In: SILVA, João José Custódio da; AMORIM, José Roberto Neves (Coord.). *A Nova Ordem das Soluções Alternativas de Conflitos e o Conselho Nacional de Justiça*. São Paulo: Gazeta Jurídica, 2013. p. 139.

Essa atuação profissional ético-colaborativa dos assessores jurídicos, norteadada pela primazia da construção de consenso, representa um novo significado sobre o sentido e a finalidade dessa atividade. A advocacia (pública ou privada) e a defensoria pública deixam de ser vistas como instrumentos de fomento ou perpetuação do litígio, tornando-se, essencialmente, potencializadoras da concretização dos interesses individuais, coletivos e sociais.⁹

A uniformização dos procedimentos da mediação, com a participação ativa de partes e advogados, possibilita a avaliação com maior segurança jurídica dos resultados para alcançar maior efetividade no cumprimento da lei, que se ampliou em 2015 com a promulgação do atual Código de Processo Civil, com capítulo próprio totalmente dedicado a Conciliação e Mediação.

3. Código de Processo Civil de 2015 e a Mediação

O procedimento da conciliação e mediação deixou de ser um instrumento baseado somente em experiências aplicadas individualmente por cada comarca, para ser um procedimento uniformizado e regulamentado pela Lei da Mediação e pelo Novo Código de Processo Civil, Lei 13.105/2015.

Corroborando, Diogo Assumpção Rezende de Almeida e Fernanda Medina Pantoja (ano), destacam que

O Novo Código de Processo Civil enuncia, de forma inédita, dentre as suas normas fundamentais, a promoção da solução consensual dos conflitos pelo Estado, a ser estimulada por todos os operadores do Direito (art. 3º, §§ 2º e 3º). A legislação reforça, assim, a devida importância da conciliação e da mediação, ao lado do processo judicial, como instrumento de pacificação social e de realização do direito de acesso à Justiça.¹⁰

Promulgado em 2015, o atual Código de Processo Civil estabelece que os métodos de solução consensual de conflitos devem ser promovidos pelo Esta-

⁹ FIGUEIREDO, Marcela Rodrigues Souza. Considerações prático-teóricas da atuação dos assessores jurídicos na mediação. In: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha (Coord.). A mediação no Novo Código de Processo Civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 298.

¹⁰ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende; PANTOJA, Fernanda Medina. Técnicas e procedimento de mediação no Novo Código de Processo Civil. In: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha (Coord.). A mediação no Novo Código de Processo Civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 139-140.

do e serem estimulados em qualquer fase do curso do processo, em consonância com os artigos 1º, 2º e 3º:

Art. 1º-O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

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

§ 3º-A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.¹¹

E estabeleceu no seu artigo 165 que os tribunais devem providenciar a criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos - CEJUSC, que ficarão responsáveis pela realização das audiências de conciliação e mediação e autocomposição, não deixando de cumprir com o artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, de que “não excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”.¹²

Regulando o Código de Processo Civil, “tanto a atividade judicial em sentido estrito, quanto os meios de solução consensual de controvérsias”¹³, oferecendo ao jurisdicionado um novo caminho para quem se sente ameaçado ou lesado em seu direito, para optar entre prosseguir com o processo confiando na aplicação da tutela jurisdicional, ou em escolher entre a conciliação ou mediação, pelo meio consensual que se entenda como mais adequado.

O objetivo maior de busca alcançar a paz social, neste sentido Petronio Calmon (2015).

Em resumo, diante do conflito, alguém que queira fazer valer os seus direitos em face de outrem possui duas alternativas: buscar a solução amigável (autocomposição) ou provocar a jurisdição (e o poder que lhe é inerente) a favor de sua

¹¹ BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.

¹² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 de jan. 2017.

¹³ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende; PANTOJA, Fernanda Medina. Técnicas e procedimento de mediação no Novo Código de Processo Civil. In: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha (Coord.). A mediação no Novo Código de Processo Civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 41.

pretensão. E ainda que tenha sido buscada a via jurisdicional, a qualquer momento os envolvidos podem se compor. Todos os meios, no entanto, possuem um escopo maior, a restauração da paz social.¹⁴

Cada tribunal teve a atribuição de compor e a organizar os centros, estabelecendo regras para atuação do Conciliador e Mediador.

Sendo que, no Capítulo V do referido código, encontramos o maior estímulo à autocomposição, sendo que uma das técnicas à autocomposição é a designação de uma audiência obrigatória de mediação ou conciliação, antes do oferecimento da resposta pelo réu, conforme previsto no artigo 334 do Código de Processo Civil.

Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.¹⁵

A conciliação e a mediação veem como obrigatoriedade quanto à ciência das partes da possibilidade de se utilizar deste mecanismo, porém sendo aplicado o princípio de autonomia da vontade das partes, podendo as partes se manifestarem pela concordância na participação da conciliação ou mediação, ou caso não tenham interesse poderão se manifestar com antecedência declarando expressamente pelo desinteresse, conforme parágrafos 4º e 5º, do artigo 334 do atual Código de Processo Civil.

Caso o autor manifeste o desinteresse na mediação, mesmo que o requerido não se manifeste no prazo quanto a sua concordância ou não, o Juiz poderá neste caso, designar a sessão.

Contudo, a mediação, se for imposta, trará uma visão do Estado se impondo quanto à vontade das partes, deixando de ser a pacificação do conflito objetivo da mediação, o que não atende a proposta deste instituto.

Vale ressaltar que essa possibilidade de solução adequada de conflito vem resguardar e privilegiar a dignidade da pessoa humana, metadireito que deve

¹⁴ CALMON, Petronio. Fundamentos da mediação e conciliação. 3. ed. São Paulo: Gazeta Jurídica, 2015. p. 20.

¹⁵ BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.

ser efetivado sempre, posto que a autonomia de vontade das partes preserva a dignidade da pessoa humana quando o privilegia a ter direito de escolher entre ter seus conflitos resolvidos com a ajuda de um terceiro facilitador ou por meio da tutela jurisdicional.

E ainda podem optar quanto à aplicação da melhor técnica para solução do conflito e não apenas para por fim ao processo, conforme ressaltam Diogo Assumpção Rezende de Almeida e Fernanda Medina Pantoja (2016).

A mediação pode, com efeito, auxiliar na redução do número de processos. A experiência do já citado tribunal multiportas, no qual a mediação e outros mecanismos de solução de conflitos estão à disposição dos jurisdicionados, demonstra que podem ser desviados conflitos do curso da jurisdição para outras vias. Entretanto, a ideologia por trás desse modelo é a da adoção do mecanismo mais adequado para o enfrentamento de cada conflito, e, não a simples mudança de trajetória que sirva apenas à diminuição de litígios endereçados à jurisdição. Destarte, é apropriada a utilização da mediação desde que as suas técnicas se apresentem mais condizente a idiosincrasias do caso, dada a natureza do conflito, e não simplesmente se determinada corte ou juízo está assolado de trabalho.¹⁶

A mediação e conciliação não podem ser vistas como um meio de desafogar o judiciário, mas como opção para uma melhor forma de tratamento dos conflitos. O atual regramento processual estabelece que as ações de família devam ser conduzidas com todo esforço para solução consensual dos conflitos, com auxílio de profissionais de mediação e conciliação, podendo o andamento dos autos ser suspenso enquanto estiver em procedimento de mediação ou atendimento multidisciplinar, conforme artigo 694 do Código de Processo Civil:

Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação.

Parágrafo único. A requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar.¹⁷

¹⁶ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende; PANTOJA, Fernanda Medina. Técnicas e procedimento de mediação no Novo Código de Processo Civil. In: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha (Coord.). A mediação no Novo Código de Processo Civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 146.

¹⁷ BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.

Demonstra que o legislador se preocupou em conduzir de forma adequada os conflitos familiares, instituto que merece uma grande atenção e cuidado no tratamento dos conflitos, com responsabilidade e delicadeza com as pessoas envolvidas, adultos e menores que necessitam não somente do empenho judicial, mas também de tratamento psicossocial e, neste contexto, a conciliação e mediação vêm como reforço a fim de restabelecer o diálogo entre as partes.

Assim, a mediação visa o restabelecimento da comunicação, com o reconhecimento dos seus sofrimentos, e principalmente com a possibilidade do mediador desenvolver a escuta entre as partes. Ao mediador cabe harmonizar os sentimentos dos conflitantes, visando que eles mesmos elaborem a melhor solução para o problema, enfrentando, uma vez que a solução alcançada de forma integrativa gera sentimento de satisfação e plenitude entre as partes, evitando que outras demandas sejam lançadas contra o outro.

Nas ações judiciais individuais, os acordos não dependem de controle judicial, em regra e, na maior parte dos casos, as partes litigam sobre direitos disponíveis, não havendo necessidade de intervenção do poder judiciário para assegurar os seus direitos.

Importante ressaltar que a mediação e a conciliação também podem ocorrer no âmbito dos direitos coletivos, as quais permitem um espaço de negociação, como por exemplo, na Ação Civil Pública, todavia, nestes casos, primeiro há necessidade de tutela do objeto litigioso do processo, presente o interesse público, por se tratar de direitos de natureza coletiva; segundo, há necessidade da participação de grupos que serão afetados pela decisão e da participação dos colegitimados, pelo menos potencialmente, no âmbito do acordo a ser firmado; terceiro, há intervenção obrigatória do Ministério Público em todos os processos que tratam de direitos coletivos em sentido lato¹⁸.

Os bons trabalhos de voluntariados desenvolvidos não exige o Estado de reconhecer o direito à remuneração dos trabalhos do conciliador e mediador.

Neste sentido defende Valéria Ferioli Lagrasta Luchiari (2012),

Entretanto, o que se percebe é que essa remuneração é fundamental para assegurar a qualidade e a continuidade do serviço prestado junto ao Setor de Conci-

¹⁸ NALINI, José Renato. Justiça Multiportas. Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflito. In: Hermes Zaneti Jr. E Trícia Navarro Xavier Cabral. Capítulo 1. É urgente construir alternativas à justiça. Salvador: Juspodivm, 2016. p.54.

liação e Mediação, propiciando ao mediador motivação, inclusive, para aprimorar seus conhecimentos.¹⁹

Ressalta-se que os conciliadores e mediadores mereceram a atenção por parte do legislador, que promulgou a Lei n. 15.804/2015, que trata da remuneração dos trabalhos de conciliação e mediação. Contudo, a lei ainda não vem sendo cumprida, sendo a regulamentação quanto à forma do pagamento dos referidos honorários é de responsabilidade de cada Estado.

Assim, como novos fatos e acontecimentos vêm surgindo durante as gerações, não basta a legislação acompanhar as mudanças na sociedade, necessita também o Legislador cuidar para tornar efetivo seu cumprimento.

Desta forma, encontram-se inseridos no atual Código de Processo Civil, os procedimentos para tratamento adequado dos conflitos de interesses, seja no âmbito familiar ou cível, uma Lei específica para mediação e uma Lei para pagamentos dos conciliadores e mediadores, e para que se efetive o cumprimento das normas editadas, faz-se necessário também aliar a legislação o tratamento das partes, em um ambiente propício para tratar dos novos procedimentos propostos.

4. Do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania

A Resolução 125/10 instituída por meio da política pública de tratamento adequado de conflitos de interesses estabeleceu procedimentos para seu devido cumprimento. Para prosseguimento de efetivação dos meios consensuais estabelece a Resolução em seu artigo 1º, § único, a necessidade de que os cidadãos sejam orientados, através de atendimentos pelos Centros Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC), órgãos judiciais em estruturas judiciárias centralizadas para incentivar a autocomposição, cujas unidades serão “preferencialmente, responsáveis pela realização ou gestão das sessões e audiências de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão”.²⁰

¹⁹ LUCHIARI, Valéria Ferioli Lagrasta. Implantação efetiva dos métodos consensuais de solução de conflitos no judiciário. In: GRINIVER, Ada Pelegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Mediação judicial: análise da realidade brasileira origem e evolução até a Resolução n. 125, do Conselho Nacional de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 101.

²⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 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. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 21 abr. 2017.

Utilizando para criação dos centros da experiência dos “Setores de Conciliação e Mediação do Estado de São Paulo e do Fórum de Múltiplas Portas ou Tribunal Multiportas (Multidoor Courthouse) do Direito norte-americano”.²¹

Sobre o Tribunal Multiportas, Valéria Ferioli Lagrasta Luchiari (2012) assim preleciona,

O Fórum de Múltiplas Portas ou Tribunal Multiportas constitui uma forma de organização judiciária, na qual o Poder Judiciário funciona como um centro de resolução de disputas, com vários e diversos procedimentos, cada qual com suas vantagens e desvantagens, que devem ser levadas em consideração no momento da escolha, em função das características específicas de cada conflito e das pessoas nele envolvidas. Em outras palavras, o sistema de uma única porta, que é a do processo judicial, é substituído por um sistema composto de variados tipos de procedimento, que integram um centro de resolução de disputas, organizado pelo Estado, composto de pessoas treinadas para receber as partes e direcioná-las ao procedimento mais adequado para o seu tipo de conflito. Nesse sentido, considerando que a orientação ao público é feita por um funcionário do Judiciário, ao magistrado cabe, além da função jurisdicional, que lhe é inerente, a fiscalização e o acompanhamento desse trabalho (função gerencial), a fim de assegurar a efetiva realização dos escopos do ordenamento jurídico e a correta atuação dos terceiros facilitadores, com a observância dos princípios constitucionais.²²

A conciliação e mediação podem ser comparadas a portas autocompositivas por meio dos procedimentos conduzidos pelos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) instalados pelos tribunais de todos os Estados, para auxiliar na defesa dos direitos além da porta judicial.

A resolução estabelece aos tribunais de justiça por meio do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos o dever de instalar os Centros ou CEJUSC - Centros Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania,

²¹ LUCHIARI, Valéria Ferioli Lagrasta. Implantação efetiva dos métodos consensuais de solução de conflitos no judiciário. In: GRINIVER, Ada Pelegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Mediação judicial: análise da realidade brasileira - origem e evolução até a resolução n. 125, do Conselho Nacional de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 92.

²² LUCHIARI, Valéria Ferioli Lagrasta. Implantação efetiva dos métodos consensuais de solução de conflitos no judiciário. In: GRINIVER, Ada Pelegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Mediação judicial: análise da realidade brasileira - origem e evolução até a resolução n. 125, do Conselho Nacional de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 105.

“nos locais onde existam 2 (dois) Juízos, Juizados ou Varas com competência para realizar audiência”²³, enquanto que nos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça “é facultativa a implantação de Centros onde exista um Juízo, Juizado, Vara ou Subseção desde que atendidos por centro regional ou itinerante, nos termos do parágrafo anterior”²⁴.

Neste contexto seguem os artigos 24 da Lei da Mediação e 165 do atual Código de Processo Civil determina a criação dos centros judiciários de solução de conflitos e cidadania (CEJUSC) que serão responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, pré-processuais e processuais, e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.²⁵

A cada tribunal cabe a atribuição de compor e organizar os centros, conforme previsão do Conselho Nacional de Justiça, de que deverão os centros ser compostos pelo setor de solução de conflitos pré - processual, setor de solução de conflitos processual e setor de cidadania. Neste sentido, quanto à estrutura do CEJUSC pondera João José Custódio da Silveira,

O que se espera dos órgãos diretivos é a implantação de centros modelares, com estrutura física e funcional adequada, capitaneados por um juiz com dedicação gerencial exclusiva, para que os índices de solução atingidos demonstrem a viabilidade do investimento - em muito inferior à criação de novas varas judiciais.²⁶

A possibilidade do CEJUSC de estabelecer parcerias com outros órgãos de atendimento à população em cumprimento ao setor de cidadania, além de incluir no espaço estrutural, salas de audiências, ambiente ao Ministério Público, Defensor Público, procuradores, advogados, conciliadores e mediadores, requer a necessidade de se estruturar o ambiente e a devida capacitação dos

²³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 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. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 21 abr. 2017.

²⁴ Ibid.

²⁵ Ibid.

²⁶ SILVEIRA, João José Custódio da. Desafios à Nova Ordem de Soluções Diferenciadas para Acesso à Justiça. In: SILVEIRA, João José Custódio da; AMORIM, José Roberto Neves (Coord.). A Nova Ordem das Soluções Alternativas de Conflitos e o Conselho Nacional de Justiça. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 172.

servidores para atendimento adequado à população.

A conciliação e mediação deixaram de ser um meio alternativo de solução de controvérsias, sendo reconhecido como meio adequado a ser oferecido antes de ajuizar as ações, nos termos do art. 334 do Novo Código de Processo Civil combinado com o art. 27 da Lei de Mediação, com o objetivo de se evitar uma solução adjudicada que poderá extinguir e arquivar um processo, mas pode não por fim ao conflito. Quanto à judicialização e ao incentivo à conciliação e à mediação, José Renato Nalini (2013) enfatiza,

*A judicialização (grifo do autor) de todos os conflitos amarra a sociedade, mantém-na calada, sob a blindagem formalística do processo. Inibe a criatividade, sepulta a solidariedade, torna fraternidade (grifo do autor) uma palavra destinada à arqueologia semântica. Ao contrário: estimular as alternativas de resolução das controvérsias treina o ser humano para a maturidade. Faz com ele passe a desenvolver uma discernimento racional (grifo do autor) e não apenas atuar com o insuficiente discernimento instintivo (grifo do autor). Torna o direito um compromisso diuturno, vital para o convívio, não um conglomerado de regras destinadas a conhecimento apenas para iniciados. A justiça é virtude que pode e deve ser praticada por todos os humanos, não é um terreno minado de dificuldades, óbices, empecilhos e armadilhas, quais as hoje encontradas naquela arena de astúcias ou quintal de espertezas (grifo do autor) que é a instrução judicial.*²⁷

O incentivo pode ser visto como forma de lei, que prevê nos artigos 319 a 320 do Código de Processo Civil, de que as partes devem se manifestar expressamente quanto ao interesse ou não pela conciliação ou mediação, que caso haja omissão, terá a parte a oportunidade de regularizar dentro do prazo, e somente se decorrido o prazo sem manifestação ocorrerá o indeferimento da inicial.

O legislador chama a atenção para a oportunidade da solução consensual, e também incentiva a participação quando oferece a isenção de custas, prevista no artigo 29 da Lei da Mediação: “[...] solucionado o conflito pela mediação antes da citação do réu, não serão devidas custas judiciais finais”.²⁸

²⁷ NALINI, José Renato. Implicações éticas nas alternativas de resolução de conflito. In: SILVEIRA, João José Custódio da; AMORIM, José Roberto Neves (Coord.). A Nova Ordem das Soluções Alternativas de Conflitos e o Conselho Nacional de Justiça. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 212.

²⁸ BRASIL. Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei n. 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto n. 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei n. 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 02 maio 2017.

A obrigatoriedade da manifestação sobre o interesse ou não pela conciliação, e da aplicabilidade de multa ante a ausência não justificada em audiência prevista no parágrafo 8º do artigo 334 do CPC, não impõe a via consensual, posto que o legislador oferece as partes a oportunidade de se manifestarem até dez dias antes da audiência, deixando aqui implícito o respeito à voluntariedade.

Neste sentido, ressalta Humberto Dalla,

Por outro lado, não concordamos com a ideia de uma mediação ou conciliação obrigatória. É de essência desses procedimentos a voluntariedade. Essa característica não pode ser jamais comprometida, mesmo que sob o argumento de que se trata de uma forma de educar o povo e implementar uma nova forma de política pública.²⁹

A obrigatoriedade traria a decisão adjudicada, o que não se pretende com a política judiciária de tratamento adequado de conflitos, que para isso prevê ferramentas para incentivar e não obrigar a aplicação dos métodos consensuais

Desde a conciliação aplicada no judiciário nacional ao longo de décadas até o movimento para implantação das políticas públicas de tratamento adequado de conflitos de interesses, o judiciário nacional tem sido foco de legisladores para oferecer aos cidadãos um acesso à justiça de maneira célere e eficaz, cuja metodologia para resolução dos processos tem sido modificada ao longo destes últimos anos, para a solução de conflitos de forma adequada.

O movimento se estendeu e teve com a política judiciária nacional instituída através da Resolução 125/2010 um avanço na legislação com a promulgação da Lei da Mediação n. 13.140/2015 e com capítulo próprio no atual Código de Processo Civil, além de estabelecer que a cada estado caberia a regulamentação da remuneração dos conciliadores e mediadores, cuja determinação no estado de São Paulo foi cumprida através da Lei n. 15.804/2015.

Conclusão

Vivemos em um cenário constitucional de ampliação aos direitos e garantias fundamentais, em que se destacam o acesso à justiça e à inafastabilidade do Judiciário, que são catalizadoras do crescimento das ações judiciais.

²⁹ DALLA, Humberto. Prefácio. In: SPENGLER, Fabiana Marion; BEDIN, Gilmar Antônio (Org.). Acesso à justiça, direitos humanos & mediação. Curitiba: Multideia, 2013. p. 12.

É inegável que o Poder Judiciário perdeu o controle da situação, sendo necessário implementar medidas para transformar esta situação.

Neste cenário, em 2010, o Conselho Nacional de Justiça editou a resolução 125 que dispõe sobre a política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses, apresentando suas diretrizes básicas para transformar o judiciário em um ambiente mais humanizado, impondo metas aos Tribunais na criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC).

Na esteira dessa e de outras iniciativas, dois importantes instrumentos legais surgem para mudar esse cenário, beneficiando toda a sociedade e fazendo tribunais, empresas e cidadãos se adaptarem a uma nova cultura jurídica.

O novo Código de Processo Civil, em vigor a partir do ano de 2016, contempla a mediação ao lado da conciliação e da arbitragem, como meios adequados de solução de conflitos, determinando que profissionais do direito, de juízes a advogados, defensores a membros do Ministério Público, estimulem esses mecanismos.

Por sua vez, a Lei nº 13.140/15, conhecida como lei da mediação, não apenas regulamenta o uso dessa forma de solução de conflitos, mas o torna obrigatório em alguns casos, antes de iniciar um processo adversarial.

Assim, estes novos instrumentos, têm como desafio fazer com as pessoas entendam que o conflito, deve ser visto de forma positiva e não negativa.

Portanto, quando encaramos o conflito de forma positiva, temos a aproximação dos conflitantes, o amadurecimento e autoconhecimento das partes.

O maior ganho de se valer dos meios adequados de solução de conflitos e que as partes muitas vezes ganham sentimentos que as sentenças não conseguem atingir é o sentimento de que o conflito acabou de uma forma justa.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende; PANTOJA, Fernanda Medina. Técnicas e procedimento de mediação no Novo Código de Processo Civil. In: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha (Coord.). **A mediação no Novo Código de Processo Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e conciliação**. 3. ed. São Paulo: Gazeta Jurídica, 2015.

DALLA, Humberto. Prefácio. In: SPENGLER, Fabiana Marion; BEDIN, Gilmar Antônio (Org.). **Acesso à justiça, direitos humanos & mediação**. Curitiba: Multi-deia, 2013.

FIGUEIREDO, Marcela Rodrigues Souza. Considerações prático-teóricas da atuação dos assessores jurídicos na mediação. In: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha (Coord.). **A mediação no Novo Código de Processo Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TARTUCE, Fernanda. Advocacia e meios consensuais: novas visões, novos ganhos. In: SILVA, João José Custódio da; AMORIM, José Roberto Neves (Coord.). **A Nova Ordem das Soluções Alternativas de Conflitos e o Conselho Nacional de Justiça**. São Paulo: Gazeta Jurídica, 2013.

LUCHIARI, Valéria Ferioli Lagrasta. Implantação efetiva dos métodos consensuais de solução de conflitos no judiciário. In: GRINIVER, Ada Pelegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). **Mediação judicial: análise da realidade brasileira origem e evolução até a Resolução n. 125, do Conselho Nacional de Justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

NALINI, José Renato. **Justiça Multiportas. Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflito**. In: Hermes Zaneti Jr. E Trícia Navarro Xavier Cabral. Capítulo 1. É urgente construir alternativas á justiça. Salvador:- Juspodivm, 2016

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUGGARTTEN; Michele Pedrosa. Os desafios para a integração entre o sistema jurisdicional e a mediação a partir do Novo Código de Processo Civil: quais as perspectivas para a justiça brasileira? In: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende;

PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha (Coord.). **A mediação no novo código de processo civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PIZZOTTI, Maria Lúcia. Conciliação e mediação: da necessidade de adequada capacitação para obtenção de resultados efetivos. In: SILVA, João José Custódio da; AMORIM, José Roberto Neves (Coord.). **A Nova Ordem das Soluções Alternativas**

de Conflitos e o Conselho Nacional de Justiça. São Paulo: Gazeta Jurídica, 2013.
RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **A prática da mediação eu acesso à justiça.** Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SILVEIRA, João José Custódio da. Desafios à Nova Ordem de Soluções Diferenciadas para Acesso à Justiça. In: SILVEIRA, João José Custódio da; AMORIM, José Roberto Neves (Coord.). **A Nova Ordem das Soluções Alternativas de Conflitos e o Conselho Nacional de Justiça.** Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

WATANABE, Kazuo apud MINGATI, Vinícius Secafen; RICCI, Milena Mara da Silva. **Conceito de acesso à justiça:** a efetividade do processo como garantia de acesso à uma ordem jurídica justa. Disponível em: <<http://eventos.uenp.edu.br/sid/publicacao/artigos/1.pdf>>. Acesso em: 23 jan. 2017.

Sites:

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 24 maio. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25 de maio. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 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. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 28 abr. 2017.

**O AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL:
UMA RELEITURA À LUZ DO TRIDIMENSIONALISMO
DE MIGUEL REALE**

THE PRIOR PROPORTIONAL NOTICE:
A RELEASE IN THE LIGHT OF THE TRIDIMENSIONALISM
OF MIGUEL REALE

Fausto Siqueira Gaia¹

Recebido em: 29/05/2017
Aprovado em: 01/09/2017

RESUMO

O presente artigo científico analisa o instituto do Direito do Trabalho do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço à luz da Teoria Tridimensional do Direito desenvolvida por Miguel Reale. O cotejo dos historicismos factual, axiológico e normativo permitirá compreender que os institutos jurídicos demandam do intérprete autêntico uma compreensão evolutiva, sem que haja a necessidade de alteração legislativa, considerando as alterações dos cenários social e econômico. O direito fundamental social do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço sofre, desde a sua regulamentação legislativa ocorrida no ano de 2011, necessidade de reinterpretação, diante da alteração do cenário macroeconômico, que impacta a dinâmica das relações de emprego.

¹ Doutorando em Direito do Trabalho – PUC/SP
Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais – FDV

Juiz do Trabalho Substituto – TRT 17

PALAVRAS-CHAVE

Aviso prévio proporcional. Tridimensionalismo.

ABSTRACT

The present scientific article analyzes the institute of Labor Law of the preliminary notice proportional to the time of service in light of the Three - Dimensional Theory of Law developed by Miguel Reale. The comparison of factual, axiological and normative historicisms will allow us to understand that legal institutes demand from the authentic interpreter an evolutionary understanding, without the need for legislative change, considering the changes in social and economic scenarios. The fundamental social right of prior notice proportional to the length of service has suffered, since its legislative regulation occurred in 2011, the need for reinterpretation, given the change in the macroeconomic scenario, which impacts the dynamics of employment relations.

KEYWORDS

Prior proportional notice. Tridimensionalism.

INTRODUÇÃO

A Teoria Tridimensional do Direito desenvolvida por Miguel Reale marcou a quebra do paradigma do purismo da Ciência do Direito, que compreendia o fenômeno jurídico apenas sob o aspecto da norma jurídica. Competiam às áreas da Sociologia Jurídica e da Filosofia do Direito as análises relativas aos fatos sociais e aos valores, de forma isolada e sem comunicação recíproca com outras searas do conhecimento científico.

A compreensão de que o Direito era adstrito apenas ao campo normativo limitava o intérprete autêntico na sua aplicação diante do caso concreto. Esse cenário demandava da Ciência do Direito a aplicação e o desenvolvimento da Teoria das Lacunas, para o constante acertamento do estado de incorreção do sistema jurídico.

O tridimensionalismo de Miguel Reale permitiu compreender que a norma jurídica é fruto da tensão dialética constante entre os aspectos factuais e axiológicos. Rompe-se, com isso, a noção de que a norma jurídica é um produto pronto e acabado a ser utilizado pelo aplicador do direito. As mudanças dos cenários factuais e axiológicos autorizam a compreensão evolutiva do fenômeno normativo. Permite-se ao intérprete autêntico reconhecer que o estado de incorreção do sistema é apenas aparente e não uma realidade.

O presente artigo científico pretende analisar, à luz da Teoria Tridimensional do Direito, o instituto do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, direito fundamental social previsto no artigo 7º da Constituição da República, que sofreu regulamentação legislativa por meio da Lei nº 12.506/2011. Procurar-se-á investigar se o instituto do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, tal como regulamentado pelo legislador ordinário, é instituto aplicável apenas em benefício do trabalhador ou também se o empregador poderá se valer do mesmo, em situações de rescisões unilaterais do contrato de trabalho decorrentes da iniciativa do trabalhador?

Para isso analisaremos as concepções do fenômeno jurídico que antecederam Miguel Reale no século XIX como forma de demonstrar a evolução histórica do pensamento sobre essas concepções. Trataremos ainda do conceito de sistema e faremos uma comparação entre o sistema concebido por Hans Kelsen e aquele concebido por Miguel Reale. Em seguida trataremos da teoria tridimensional do direito de Miguel Reale propriamente dita.

O tridimensionalismo de Miguel Reale permitirá compreender que, na análise dos fenômenos jurídicos, como é a situação do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, devem ser observados conjuntamente os elementos factuais, axiológicos e normativos. Estes elementos, como será visto ao longo do presente trabalho, estão em constante tensionamento e se relacionam em uma forma peculiar da dialética – a dialética da complementariedade.

1 A ONTOGNOSEOLOGIA E O HISTORICISMO

A Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale analisa a experiência jurídica a partir de uma compreensão ontognoseológica, ou seja, de uma teoria do conhecimento que representa a correlação entre conhecimento e realidade, a partir de uma dialética própria, qual seja a dialética da complementariedade (REALE, 2002, p. 300).

Para Miguel Reale, a ontognoseologia representa duas formas de pesquisas sobre as condições do conhecimento em um primeiro momento, tanto no âmbito subjetivo (gnoseologia), quanto no âmbito objetivo (ontologia em sentido estrito). Na ontognoseologia, enquanto teoria do conhecimento, são indagados os valores envolvidos na atividade de conhecer e como esses valores fazem produzir o conhecimento objetivo.

Posteriormente, afirma o professor Miguel Reale que, nesses âmbitos, “... após essa apreciação de caráter estático, culmina em uma correlação dinâmica entre sujeito e objeto, como fatores que se exigem reciprocamente segundo um processo dialético de complementariedade” (2002, p. 30), onde o sujeito e o objeto não podem ser pensados e compreendidos de forma segregada, mas sim de forma integrada.

O fenômeno jurídico, portanto, representa tanto uma forma de manifestação da realidade quanto do conhecimento. Nesse sentido, propõe Miguel Reale que a ontognoseologia, enquanto uma teoria do conhecimento, representa uma forma de integrar os campos do fato, do valor e da norma, superando a dimensão fragmentada por justaposição de análise proposta por Gustav Radbruch (MASCARO, 2012, p. 331).

João Maurício Adeodato afirma que tanto Emil Lask quanto Gustav Radbruch compreendem os três planos, quais sejam, do fato, do valor e da norma de forma segregada, o primeiro a partir de uma concepção integradora desses

três planos e o último de uma forma justaposta (2002, p. 84).

Além de superar essa visão segregada, pretendeu-se, com a Teoria Tridimensional do Direito, superar a concepção do Direito como algo pronto e acabado, ou seja, um “dado natural”. Na realidade, a Teoria Tridimensional do Direito desenvolvida por Miguel Reale concebe a compreensão do fenômeno jurídico de forma dialética, ou seja, em constante movimento, e não como algo dado e estático.

No entanto, afirma Miguel Reale que a experiência jurídica pode ser analisada também sob o prisma ético ou da *praxis*, além da concepção gnoseológica, ou seja, do chamado historicismo axiológico, “quando o processo ontogenoseológico se põe como objetivação histórica, em termos de experiência axiológica ou histórico-cultural” (1994, p. 79).

A história não deve ser restrita ao conhecimento de fatos do passado. A perspectiva histórica deve ser compreendida dialeticamente “condicionando a coexistência humana no hoje e no amanhã, a partir de ações do passado” (BITTAR, 2016, p. 632), fazendo com que haja interdependência entre presente, passado e o futuro.

O Direito é um fato histórico e cultural e, como tal, cambiante no tempo e no espaço. Qualquer forma de conhecimento, inclusive do Direito, se compreendido de forma despida de sua dimensão histórica, implicaria um manifesto equívoco, já que o homem é um ente manifestamente histórico e, como tal, evolutivo.

O Direito não pode, no entanto, ser compreendido em um historicismo fechado, ou seja, determinado por fatos do passado, sem a possibilidade de modificação do futuro, sob pena de rompimento. O direito, assinala Miguel Reale, compreende um “*historicismo aberto*, que leva em conta o fator decisivo do *ineditismo da liberdade*, como componente do futuro, para a vivência do presente e diagnóstico do passado” (1994, p. 83) (destaques no original).

Não apenas as normas devem ser compreendidas em uma perspectiva histórica, mas também os fatos e os valores. O Direito não se reduz apenas às normas, como sustentam os normativistas, como Hans Kelsen, em sua Teoria Pura do Direito, mas também aos fatos e valores.

Os valores não são objetos estáticos, mas devem ser inseridos e compreendidos em sua perspectiva histórico-evolutiva. Não é possível, assim, o valor se reduzir de forma permanente ao real, sob pena de, como assinala Miguel Reale

em sua Filosofia do Direito, perder “a sua essência que é a de superar sempre a realidade graças à qual se revela e na qual jamais se esgota” (2002, p. 207).

Além dos aspectos normativos e axiológicos, o aspecto factual também é histórico e cultural, podendo, inclusive, o mesmo fato ser estudado de forma distinta por cientistas de áreas de saber distintas.

A possibilidade de mudança é a condição para a própria permanência e estabilização das relações sociais. Tudo é mutável e cambiante, como já assinala Heráclito de Éfeso (JAEGUER, 2001, p. 227) em sua filosofia.

Assevera Miguel Reale que, além da dimensão histórica, o ato de conhecer apresenta polaridade e, ao mesmo tempo, complementariedade e correlação entre a teoria e a prática (1994, p. 82). Essa visão de Miguel Reale supera a concepção kantiana de que separação entre as instâncias teóricas e as instâncias práticas.

Cumprir acrescentar, outrossim, que é por meio da dialética da complementariedade é possível estabelecer a ligação entre as experiências gnoseológica e ética. A gnoseológica representa o ramo da filosofia que estuda o conhecimento, sua origem e a sua natureza.

A dialética da complementariedade, contudo, não se confunde com a dialética material marxiana, esta concebida como implicações entre os opostos, ou seja, entre a tese e a antítese que se superam em busca de uma síntese. A dialética da complementariedade, assinala Miguel Reale, representa o tensionamento das contradições, mantendo a correlação entre si, sem que os elementos deixem de serem contrários (1994, p. 72).

2 O SISTEMA NA TEORIA TRIDIMENSIONAL DO DIREITO: AS DIMENSÕES DO FATO, DO VALOR E DA NORMA

A ciência do Direito era polarizada essencialmente em duas teorias que tentava reduzir o fenômeno jurídico apenas à esfera da norma, ora à esfera do mundo fático. O primeiro grupo era representado pelos normativistas, que reduzia o Direito à norma positiva (KELSEN, 1983, p. 17). O segundo grupo, que reduzia o fenômeno jurídico à dimensão fática, era marcado pela influência do sociologismo, em suas múltiplas vertentes, dentre elas a Escola do Direito Livre de Oskar Von Büllow (LARENZ, 1983, p. 70), do direito social e do direito concreto.

A Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale representou uma ruptura a essa tensão desses dois polos que compreendia o fenômeno jurídico, ora adstrito apenas como norma, ora apenas como fato social.

A compreensão da Teoria Tridimensional do Direito não pode ser adstrita pura e simplesmente na compreensão que a experiência jurídica se reduz ao fato, ao valor e à norma. Miguel Reale elaborou um tridimensionalismo específico, concreto e dialético, ou seja, a compreensão de que a tridimensionalidade da experiência jurídica deve ser compreendida a partir de uma visão integrada das dimensões do fato, do valor e da norma (2000, p. 28).

A Teoria Tridimensional do Direito, para o próprio Miguel Reale, representou uma evolução da sua concepção sobre a experiência jurídica, já que afirma que, em 1940, quando da confecção da sua tese intitulada “Fundamentos do Direito”, afirmara que havia uma realidade tão-somente bidimensional, “de substrato sociológico e de sentido axiológico-normativo” (1994, p. 91).

O giro apresentado pelo professor Miguel Reale foi marcado pelo reconhecimento do elemento “valor”, como elemento autônomo, ao lado dos elementos normativos e factuais, e, posteriormente, com a compreensão da dialética da complementariedade.

Miguel Reale, por meio da concepção histórica dos valores, afastou-se de outras tendências, como a dos subjetivistas, da sociologia do valor, a dos ontologistas do valor e do historicismo cultural.

No subjetivismo e no utilitarismo de Jeremy Bentham, o elemento “valor” é considerado como sendo algo intrínseco ao indivíduo, ou seja, uma ideia que parte do próprio indivíduo e de sua consciência (VÁSQUEZ, 2003, p. 288). Em lado oposto, a sociologia do valor de Émile Durkheim concebe o elemento “valor” em uma dimensão coletiva, superando o individualismo do paradigma do Estado liberal. O “valor” deriva de uma consciência coletiva (DURKHEIM, 1973, p. 273).

Nicolai Hartman, por sua vez, considera o “valor” como algo que está presente nas coisas e não no homem, de quem é independente. Esta concepção representa manifestação crítica direta ao subjetivismo. O valor, portanto, é apreendido pelo conhecimento, já que não está presente no próprio homem (HARTMANN, 2011, p. 54). Já o historicismo cultural situa o valor como algo do passado, na história.

Insta frisar, por oportuno, que o elemento “valor” para Miguel Reale (1994,

p. 94) não se confunde com a noção de “objetos ideais”. Os chamados “Objetos ideais”, para Carlos Cossio da Escola Ecológica e referidos por Maria Helena Diniz (2009, p. 137) em sua obra, apresentam como características essenciais o fato dos mesmos serem irrealis, ou seja, não têm existência no tempo e no espaço, e, além disso, não estão na experiência e são neutros ao valor e são conhecidos por meio de atos de inteligência.

Os “objetos ideais”, portanto, são inespaciais e atemporais, ou seja, não ocupam lugar no espaço e no tempo, não pertencem à experiência sensível e são neutros em relação aos valores.

Já o elemento “valor”, para Miguel Reale, se distingue dos chamados “objetos ideais” por serem caracterizados por quatro aspectos diferenciadores, quais sejam: pela “realizabilidade”, ou seja, se apresenta como algo real e realizável no plano fático, bem como pela “inexauribilidade” ou sua inesgotabilidade, não se exaurindo quando da sua realização, pela “transcendentalidade” decorrente da extrapolação do caso particular em que é aplicado ou reconhecido, e, por fim, pela sua “polaridade”, ou seja, a sua compreensão deve se dar pensando também em seu oposto, de forma complementar (bem x mal, justo x injusto, etc.) (REALE, 1994, p. 94).

O valor, para Miguel Reale, pertence à esfera do “dever-ser”. O Valor, portanto, representa uma “intencionalidade historicamente objetivada no processo da cultura, implicando sempre o sentido vetorial de uma ação possível” (REALE, 1994, p. 94).

Além da dimensão valorativa, o fenômeno jurídico também apresenta a sua dimensão fática, na Teoria Tridimensional do Direito. O fato no Direito tanto pode decorrer de uma atividade intencional do homem, ou seja, produto da própria ação humana, como pode ser algo que acontece independentemente de sua intervenção.

Assim como os valores, os fatos assumem uma dimensão histórica, ou seja, o fato de que cuida o jurista “é algo que somente o é enquanto se situa no envolver na história, recebendo significado no contexto ou na estrutura em que ele ocorre” (REALE, 1994, p. 95). Além disso, para Miguel Reale todo o fato no historicismo axiológico recebe uma qualificação axiológica, ou seja, somente é pensável com uma referência ao elemento “valor”, mas a este elemento não se reduz (1994, p. 95).

Dessa forma, compreende-se que na Teoria Tridimensional do Direito fato

e valor não são elementos estanques e incomunicáveis. Pelo contrário, são dimensões entrelaçadas em si que se tencionam mutuamente.

Nesse sentido, Miguel Reale realiza a concepção normativa de Kelsen, para quem a norma jurídica é uma proposição inicial, lógica e dada. Para Miguel Reale:

não nos é possível enunciar uma norma jurídica obedecendo tão-somente a conexões lógicas *a priori* do pensamento *in abstracto*, ainda quando nos propomos atingir hipoteticamente um resultado; nem podemos conceber a norma jurídica como uma relação neutra e objetiva, como se fosse simples cópia ou retrato de conexões de natureza factual. Toda norma jurídica assinala uma tomada de posição perante os fatos em função tensional de valores (REALE, 1994, p. 96).

Dessa forma, há que se compreender em Miguel Reale a construção de um normativismo concreto, ou seja, ligado a fatos e aos valores. Daí porque se pode compreender a afirmação de que a “norma jurídica é a sua interpretação” e que “Direito é uma integração normativa de fatos segundo valores” (REALE, 1994, p. 97).

A norma jurídica representa, portanto, a qualificação valorativa de um fato em determinado contexto histórico. A norma jurídica não pode ser considerada como algo dado e nem pode ser considerada imutável no tempo, já que tanto os valores quanto os fatos são dimensões históricas e, como tais, cambiantes.

As mudanças da norma jurídica podem ser decorrentes tanto de alterações semânticas, quanto de alterações supervenientes de fatos e dos valores que regem dada sociedade podendo implicar, inclusive, a sua revogação (REALE, 1994, p. 101).

Os elementos fáticos e valorativos permanecem em constante tensão e evolução no tempo e no espaço, o que, por consequência, implica alterações na norma em seu sentido. A sociedade é cambiante e, como tal, os fatos sociais e os valores. Daí porque para Miguel Reale:

A regra jurídica, destinada a reger os comportamentos humanos ou de ordenar serviços ou instituições, jamais se desprende da vida social, exercendo influência sobre a sociedade e alterando o seu significado em virtude da reação de seus destinatários (REALE, 1994, p. 101).

A compreensão da norma jurídica como algo estático deve ser superada, já que o Direito pertence ao mundo da vida e, a este, está interligado

e inter-relacionado.

A dialética da complementariedade, na Teoria Tridimensional do Direito, representa esse movimento e a constante tensão entre os elementos fáticos, axiológicos e normativos, historicamente considerados.

O sistema na Teoria Tridimensional do Direito desenvolvida por Miguel Reale é um sistema aberto, múltiplo, dinâmico e prospectivo, onde não há hierarquia entre os seus elementos. A análise dos elementos do Direito é feita concomitantemente, ou seja, fato, valor e norma são analisados em igualdade estrutural.

O sistema para Miguel Reale apresenta abertura e em comunicação constante dos seus elementos constitutivos, já que os mesmos são compreendidos e estudados conjuntamente. Há, assim, no sistema de Miguel Reale, subsistemas de fatos, de valores e de normas que se comunicam constantemente, um socorrendo o outro. Diferentemente se apresenta o sistema do modelo desenvolvido por Hans Kelsen, onde o sistema é fechado e retrospectivo.

O ordenamento jurídico para Miguel Reale é o conjunto de normas, de fatos e de valores que se encontram em pé de igualdade e devem, deste modo, ser compreendidos conjuntamente. Permite-se, assim, para este autor, que qualquer problema que se verifique no subsistema normativo, os subsistemas fáticos e valorativos poderão ser acionados para socorrê-lo.

Diante desse grau de abertura e dinamismo do sistema para Miguel Reale, será analisado na próxima parte do nosso trabalho os impactos do tridimensionalismo na compreensão do instituto do Direito do Trabalho do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço.

3 O TRIDIMENSIONALISMO DE MIGUEL REALE E O AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL AO TEMPO DE SERVIÇO

O direito poderá, como já afirmado na parte anterior do nosso trabalho, sofrer alterações ao longo do tempo, tendo em vista a sua dimensão viva e histórica. Como já foi dito, a tensão dialética entre a dimensão axiológica e a dimensão fática provoca a alteração normativa, já que a norma jurídica está inserida no chamado mundo da vida e, como tal, é cambiante no tempo e no espaço.

Sendo a norma jurídica produto da tensão dialética entre os campos dos valores e dos fatos, tem-se que a alteração de quaisquer dessas dimensões pro-

vocará invariavelmente alteração da norma jurídica, ainda que não se modifique o texto normativo.

Os dados linguísticos contidos no texto normativo por si só representam apenas os elementos visíveis na atividade de concretização da norma jurídica, ou seja, a “ponta do iceberg” (MÜLLER, 2013, p. 86) de onde parte o operador do direito na atividade intelectual. Os dados da realidade representam nesta toada fatores relevantes na atividade de constituição da norma jurídica, considerando que o Direito e a realidade são influenciáveis entre si.

O papel do texto da norma é apenas o de estabelecer o marco inicial da atividade de concretização diante do caso posto. Daí porque se tem a necessidade de verificar os elementos concretos do caso, ou seja, do mundo dos fatos, para a constituição da norma jurídica.

A compreensão da Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale pode ser melhor apresentada a partir de situações do caso concreto, onde é possível verificar a tensão dialética entre os elementos valorativos e factuais que redundam a compreensão do alcance da norma jurídica.

No âmbito do direito material do trabalho, valemo-nos do instituto do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, positivado na Constituição da República. O direito ao aviso prévio é um direito fundamental social, assegurado pela Constituição da República de 1988 em seu artigo 7º, XXI. Dispõe o texto da norma jurídica que é assegurado o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, de no mínimo trinta dias, nos termos da lei.

Antes mesmo do reconhecimento do direito ao aviso prévio como direito fundamental social, a Consolidação das Leis do Trabalho já previa o direito ao aviso prévio, tanto aplicável em favor do empregado, quanto em favor do empregador.

Na dicção do texto consolidado, especialmente do artigo 487, tem-se que o aviso prévio é um direito que pertence às partes do contrato de trabalho, e não apenas ao empregado. Desse dispositivo da Consolidação das Leis do Trabalho extrai-se que aquela parte que pretende resilir unilateralmente o contrato de trabalho deve avisar a parte contrária com antecedência de pelo menos 30 dias, uma vez que a Constituição da República de 1988 não recepcionou o inciso I do artigo 487 da CLT, que previa o aviso prévio de 8 dias para aqueles que percebessem remuneração por período semanal ou inferior.

O instituto do aviso prévio tem como valores subjacentes o da proteção e

o da segurança das partes do contrato de trabalho, permitindo que a parte da relação empregatícia que recebe o aviso prévio possa se antever da extinção do contrato e, no caso do empregado, buscar uma nova recolocação profissional no mercado de trabalho e, no caso do empregador, procurar um substituto legal para o empregado demissionário.

Após quase 25 anos da data da promulgação do texto constitucional, o legislador ordinário regulamentou o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, suprimindo ato omissivo decorrente de norma constitucional de eficácia limitada, especialmente após diversas decisões do Tribunal Superior do Trabalho que vinham, por meio de acórdãos proferidos em casos individuais, dando contornos a este direito fundamental social, que pendia de regulamentação normativa.

A edição da Lei Federal nº 12.506/2011 reconheceu que o aviso prévio, de que trata a Consolidação das Leis do Trabalho, será proporcional ao tempo de serviço, na variação de no mínimo 30 dias, como constitucionalmente assegurado, e assegurado ainda 3 dias para cada ano completo no serviço, observado o limite de 90 dias.

O problema que se coloca a partir da regulamentação legislativa é se o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço é um direito de proteção exclusivo do empregado – parte mais vulnerável no contrato de trabalho – ou se também se aplicaria ao empregador?

O Tridimensionalismo de Miguel Reale é capaz de demonstrar que a alteração do cenário factual permitiria a interpretação variante do instituto do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço.

O Brasil, no ano de 2011, ano de elaboração da Lei nº 12.506, passava por um período economicamente próspero, com índices de desemprego que era de 4,7% da população economicamente ativa no mês de dezembro, segundo dados estatísticos do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE².

Nesse cenário macroeconômico, de baixa taxa de desemprego, era observada uma elevada taxa de rotatividade de mão-de-obra, onde era bastante comum pessoas com vínculo empregatício deixarem seus postos de trabalho, em razão de novas oportunidades surgidas, inclusive com melhores salários.

O cenário fático do Brasil no período imediatamente após a elaboração da

² Conforme dados colhidos no Portal Brasil, acessado em 11 de abril de 2017 às 15h35, no sítio <http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2013/01/pais-fecha-2012-com-menor-taxa-de-desemprego>

Lei nº 12.506 era caracterizado por situação de pleno emprego, o que permitiu a compreensão jurisprudencial no sentido de reconhecer que o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço também era aplicável em favor do empregador, de modo a permitir a proteção desta parte do contrato de trabalho que muitas vezes dispendia valores no treinamento de empregados e necessitavam de tempo para buscar substitutos, sendo surpreendidos com a decisão unilateral destes em deixarem seus postos de trabalho.

A partir do ano de 2014, com o agravamento da crise econômica que passou a assolar o país, a taxa de desempregados saltou para quase 13,2% da população economicamente ativa no primeiro trimestre de 2017, segundo dados atualizados do IBGE³. Diante dessa relevante alteração do cenário do mundo dos fatos, verificou-se uma alteração do posicionamento dos Tribunais Regionais do Trabalho, no sentido de afirmar que o direito ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço seria um direito subjetivo apenas do empregado, parte mais vulnerável na relação de emprego.

E não apenas o cenário fático sofreu alteração. O próprio valor de proteção sofreu alteração em seu grau, pois o valor de proteção e de segurança do trabalhador ganhou maior importância em detrimento da proteção e da segurança do empregador.

O Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região, em maio de 2015, inclusive sumulou posicionamento jurisprudencial nesse sentido, considerando a alteração do cenário fático, conforme verbete número 35, *verbis*:

SÚMULA nº 35. AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL. LEI Nº 12.506/2011. PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL. DIREITO EXCLUSIVO DO TRABALHADOR. Em respeito ao princípio do não-retrocesso social, o aviso prévio proporcional instituído pela Constituição Federal (art. 7º, inciso XXI) e regulamentado pela Lei nº 12.506/2011 é direito exclusivo do trabalhador.

As alterações dos cenários fático e dos valores ocorridas entre o momento da edição da Lei nº. 12.506, que regulamentou o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, e aquele da edição da súmula do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região evidencia que a interpretação da norma jurídica variou no

³ Consoante dados colhidos no sítio do IBGE, acessado em 11 de abril de 2017, às 15h59, no sítio: http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/pesquisas/pesquisa_resultados.php?id_pesquisa=149

tempo, em razão da alteração dos elementos factual e valorativo, que permaneceram em constante tensão dialética, ainda que não houvesse a alteração do texto da norma jurídica.

A Teoria Tridimensional do Direito desenvolvida por Miguel Reale permite compreender que a norma jurídica está inserida no mundo da vida e, como tal, é cambiante no tempo e no espaço, conforme eventuais alterações dos cenários do mundo dos fatos e dos valores.

CONCLUSÃO

Direito representa a integração de fato, valor e norma. Miguel Reale transcende os limites do juspositivismo, tal como defendido por Bobbio, Kelsen e Hart. Kelsen em sua teoria da normatividade do direito compreende o fenômeno jurídico como sendo adstrito unicamente ao elemento da norma jurídica.

Embasa Miguel Reale a sua Teoria defendendo o culturalismo jurídico, que rompe com a normatividade estrita e fechada kelseniana. No culturalismo, tem-se que o Direito se lastreia no mundo da cultura, sendo resultado de um processo histórico e, como tal, cambiante no tempo e no espaço.

Há na Filosofia do Direito os mundos do “ser” e do “dever-ser”. O mundo do “ser” ou dos fatos é representado pelo mundo da realidade social, tal como ele se apresenta. Já o campo do “dever-ser” manifesta-se pela realidade social desejada. Dessa forma, compreende-se que o direito positivado está sempre indo ao encontro dos fatos, tentando regular as situações fáticas ainda não contempladas pelo legislador.

A Teoria Tridimensional do Direito compreende o fenômeno jurídico como sendo representado pelo tensionamento dos elementos fáticos, axiológicos e normativos, em sua mútua implicação. Não é possível no tridimensionalismo pensar a esfera normativa desvincilhada das esferas axiológicas e fáticas.

O processo de formação das normas jurídicas, portanto, decorre do complexo axiológico, factual e normativo. Na dimensão fática do fenômeno jurídico, o Direito é compreendido como uma realidade histórico-cultural. Na dimensão axiológica, o Direito é compreendido a partir de valores que, por sua realizabilidade, inexauribilidade, transcendência e polaridade, se distinguem dos chamados objetos ideais. Por fim, na dimensão normativa do fenômeno, o Direito deve também deve ser visto como norma jurídica.

Todo fato social deve ser visto e analisado sob o viés axiológico, ou seja, a partir dos valores existentes em dada sociedade organizada. Do tensionamento dos fatos com o elemento valorativo são produzidas as normas jurídicas. Deve ser destacado, por oportuno, que o fato isolado, da mesma forma que o valor, não são capazes de produzir a norma jurídica.

A Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale rompe com o normativismo estrito e fechado para compreender que o Direito deve ser compreendido não apenas como norma jurídica, mas também como fato social jungido de valores. Não se reduz, assim, o fenômeno jurídico a uma sociologia jurídica ou apenas a uma filosofia moral.

Para Hans Kelsen o direito é um sistema de normas e a ciência jurídica limita-se ao conhecimento e descrição de normas jurídicas, bem como às relações entre fatos e as mesmas normas jurídicas.

O jurista kelseniano somente se preocupa com a norma jurídica posta, com a conduta humana, enquanto esta constitui o conteúdo da norma jurídica. Os fatores que interferem na produção da norma jurídica bem como os valores que nela se encerram são estranhos ao objeto da ciência jurídica. Para Kelsen, o estudo desses elementos cabe à sociologia, à psicologia, à ética. Isso porque o conhecimento jurídico, para ser científico, deve ser neutro no sentido de que não deve ser emitido qualquer juízo de valor acerca da opção feita pelo legislador.

O sistema de Kelsen, portanto, é um sistema fechado construído de forma piramidal segundo o qual a norma inferior retira seu fundamento de validade da norma hierarquicamente superior. A norma hipotética fundamental é uma grande hipótese que dá ao jurista kelseniano condição de criar seu sistema. Para Kelsen a ciência do direito é uma ciência teórica e o conteúdo da norma não é do interesse de estudo do jurista. Como o jurista kelseniano só pode criar sistema que analise competência para elaborar norma (e não seu conteúdo), esse sistema é dinâmico, razão pela qual o método usado por Kelsen é o lógico-transcendental.

Feitas essas considerações pode-se perceber a quebra de paradigma instituída por Miguel Reale com sua teoria tridimensional do direito, que veio romper com o primado da ótica kelseniana então vigente.

O sistema de Miguel Reale adota o método lógico-dialético pois analisa a norma e relaciona essa norma aos valores e ao fato. Não há hierarquia para ele. A ciência do direito serve para guiar a atuação do aplicador do direito e é uma ciência prática. O sistema é aberto, múltiplo, dinâmico, composto de vários

subsistemas fáticos, valorativos e normativos que se relacionam e se auxiliam reciprocamente. Os elementos fato, valor e norma devem ser analisados concomitantemente e são estruturalmente iguais.

O sistema na Teoria Tridimensional do Direito desenvolvida por Miguel Reale é um sistema aberto, múltiplo, dinâmico e prospectivo, onde não há hierarquia entre os seus elementos. A análise dos elementos do Direito é feita concomitantemente, ou seja, fato, valor e norma são analisados em igualdade estrutural. Há, assim, concomitantemente, os subsistemas de fatos, de valores e de normas.

O sistema do tridimensionalismo jurídico apresenta abertura e está em comunicação constante dos seus elementos constitutivos, já que os mesmos são compreendidos e estudados conjuntamente. Há, assim, no sistema de Miguel Reale, subsistemas de fatos, de valores e de normas que se comunicam constantemente, um socorrendo o outro. Diferentemente se apresenta o sistema do modelo desenvolvido por Hans Kelsen, onde o sistema é fechado e retrospectivo, consubstanciado na estrutura piramidal.

O ordenamento jurídico para Miguel Reale é o conjunto de normas, de fatos e de valores que se encontram em pé de igualdade e devem, deste modo, ser compreendidos conjuntamente. Permite-se, assim, para este autor, que qualquer problema que se verifique no subsistema normativo, os subsistemas fáticos e valorativos poderão ser acionados para socorrê-lo.

Miguel Reale unifica as esferas da razão e da realidade em visão dialética, o que o aproxima da filosofia hegeliana. Na dialética da complementaridade, os elementos factuais e axiológicos estão em constante movimento, sem que haja superação e exclusão mútua. A norma jurídica redundante, assim, do processo dialético complementar em constante tensionamento das esferas factual e axiológicas.

O Direito, desta forma, não pode ser visto como exclusiva manifestação normativa ou factual ou axiológica, mas sim da compreensão conjunta e integrada dos elementos fato, valor e norma.

O aviso prévio proporcional ao tempo de serviço deve ser compreendido, neste sentido, sempre à luz das alterações da realidade social e dos valores nela presentes. Em um cenário econômico de elevação do número de desemprego, a proteção ao trabalho é valor essencial que se deve ter em mente pelo operador do direito. Assim, o direito ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço deve ser compreendido como garantia de proteção, nos dias atuais, apenas ao trabalhador, parte hipossuficiente na relação de emprego.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DURKHEIM, Émile. Da divisão do trabalho. In: **Os pensadores**. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

HARTMANN, Nicolai. **Ética**. Madrid: Encuentro, 2011.

JAEGER, Werner Wilhelm. **Paidéia**: a formação do homem Grego. Tradução de Artur M. Parreira. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1983.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. Tradução de Peter Naumann. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Teoria do direito e do Estado**. 5. ed. Saraiva: São Paulo, 2000.

_____. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

VÁSQUEZ, Adolfo Sanchez. **Ética**. 24. ed. Rio de Janeiro: Civilizações Brasileiras, 2003.

DA MEDIAÇÃO NA ALIENAÇÃO PARENTAL: UMA VIA ABERTA PARA A PACIFICAÇÃO FAMILIAR, COMO FORMA DE ACESSO À JUSTIÇA À LUZ DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E DA LEI DE MEDIAÇÃO

PARENTAL ALIENATION MEDIATION: AN OPEN AIRWAY FOR FAMILY PEACE, AS A FORM OF ACCESS TO JUSTICE UNDER THE CODE OF CIVIL PROCEDURE AND MEDIATION LAW

Valéria Silva Galdino Cardin*
Ivan Aparecido Ruiz**

Recebido em: 29/05/2017
Aprovado em: 25/07/2017

RESUMO

A família brasileira organizou-se sob a influência das famílias romana, canônica e germânica e, até 1962, vigorou em nosso ordenamento jurídico o então “pátrio poder” (arts. 379 a 395 do CCb de 1916), como atributo paterno. Com o advento da Lei n. 6.515/1977, da Constituição Federal de 1988, da Lei n. 8.060/1990, e do Código Civil de 2002, o então pátrio poder, agora chamado de “poder familiar”, passou a ser exercido em igualdade de condições, independentemente de os pais estarem unidos ou não. Nesse contexto, surgiu a alienação parental, que se caracteriza pela ausência de poder familiar responsável, em que

* Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (1986), mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1997), doutorado em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2002) e pós-doutorado pela Universidade de Lisboa, em Portugal (2013). Atualmente é professora associada da graduação, na Universidade Estadual de Maringá e professora, da graduação e do mestrado, no Centro Universitário de Maringá. Tem experiência na área de Direito Civil, atuando principalmente nos seguintes temas: guarda compartilhada, responsabilidade civil do médico, adoção internacional, direito de família e responsabilidade civil, novos direitos e direitos fundamentais.

** Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual de Maringá - UEM (1984), mestrado em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina - UEL/PR (1996) e doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP (2003). Pós-doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa - FDUL (2013). Atualmente, é professor associado da Universidade Estadual de Maringá (UEM/PR). É avaliador e supervisor do MEC/SESu, atuando em verificação especial e supervisão. É membro integrante do Comitê Assessor Local de Bolsas de Iniciação Científica (CABIC), pelo curso de graduação em Direito do Centro de Ciências Sociais Aplicadas (CSA) da Universidade Estadual de Maringá (UEM).

um dos pais faz com que seus filhos não tenham nenhum vínculo afetivo com o outro genitor. Os direitos da personalidade do menor e do genitor alienado, como a convivência familiar, a afetividade, a integridade psíquica, a dignidade humana e a solidariedade são atingidos, em razão dessa prática; contudo, ao menor, os danos podem ser irreversíveis, acarretando diversas patologias. Surgem, então, os conflitos de interesses, que precisam ser dirimidos para se restabelecer não só a ordem jurídica, mas também a paz social. O caminho normal para a busca da solução seria o Poder Judiciário, que tem a missão constitucional de prestar a tutela jurisdicional. No entanto, atualmente, ante o congestionamento das vias judiciárias, (re)surgem os meios alternativos de solução de interesses. Dentre eles, aponta-se com destaque a *mediação*, que em matéria do Direito de Família e, em particular, na *alienação parental*, parece um meio adequado, útil e eficiente para o restabelecimento das relações familiares, com a pacificação.

PALAVRAS-CHAVE

Alienação Parental. Mediação Familiar. Direitos da Personalidade.

ABSTRACT

The Brazilian family has been organized under the influence of Roman, Canonical and German families and, until 1962, our law was ruled by *parental rights* (arts. 379 a 395 of Civil Code, 1916), as a parent attribute. Although, when the Brazilian Constitution and the laws n.º 6.515/1977, 80.60/1990 and Civil Code (2002) were established, the so called *parental rights* began to be exercised by both parents, whether they were living together or not. In this context, the *parental alienation* (lack of responsible *parental rights*) has arisen, in which a parent forbids children to have contact with the other genitor. The infant's and the *alienated* parent's personality rights, such as affection, psychiatry integrity, human dignity and sympathy are harmed by this practice; the infant, however, may suffer its effects forever (including pathologies). The conflict of interests that arises shall be solved so that the jurisdiction and social peace may be reestablished. The solution to this problem is generally given by judges, who have the mission to provide a way of dealing it. But, nowadays, the alternative ways of solving the *parental alienation* are good options for those who do not want to wait for long years to receive a judge's respond. *Mediation* is one of these alternative dispute resolutions (ADR), and it can provide efficient reestablishment of familiar relationship.

KEYWORDS

Parental Alienation. Family Mediation. Personality Rights.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRF/1988) trouxe inúmeras inovações na esfera do Direito de Família, ao determinar, por exemplo, que no planejamento familiar fosse respeitado o princípio da dignidade da pessoa humana e que a parentalidade fosse exercida de forma responsável. Isso, porém, nem sempre ocorre quando se discute a guarda ou a visitação dos filhos, desencadeando-se a alienação parental. Esta consiste em um processo no qual um dos pais programa o (s) filho (s) para que odeie aquele que não detém a guarda e infringe vários *direitos da personalidade* do menor e do genitor alienado.

Assim, como se verá adiante, na presença de um conflito de interesses envolvendo alienação parental, acredita-se que o processo, como instrumento de jurisdição, manipulado pelo juiz estatal, como representante do Poder Judiciário, não se mostra o método mais adequado e eficiente à espécie²; isso porque a solução apresentada nos autos do processo é sempre adversarial, imposta ao revés da mediação, que consiste num método autocompositivo, não adversarial, em que as próprias partes, auxiliadas por um terceiro, o mediador, trabalham o conflito de interesses, brotando daí a solução como mera consequência para a pacificação. O diálogo, aqui, tem importância capital.

Não é por outra razão que o atual Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), na Parte Geral, no Livro I (*Normas Processuais Cíveis*), Título Único (*Das Normas Fundamentais e da Aplicação das Normas Processuais*), Capítulo I (*Das Normas Fundamentais do Processo Civil*), no art. 3º., § 3º., estabelece que a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. O novo diploma processual, como se vê das *normas processuais fundamentais*, está embasado na filosofia da solução consensual de conflitos. Aliás, não somente o CPC/2015, mas o ordenamento jurídico de uma forma geral, tanto que antes da inserção da mediação nesse diploma processual, a Lei federal n. 13.140, de 26 de junho de 2015, já

² Evidentemente, não se advoga a tese de se afastar a utilização do processo, mas, sim, de se utilizar, ao lado dele, mais um meio para pacificar os conflitos de interesses, principalmente quando envolve matérias tão delicadas, como sói acontecer com o Direito da Família e os direitos da personalidade.

dispôs sobre a mediação³ entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição no âmbito da administração pública, contemplando tanto a *Mediação Extrajudicial*, quanto a *Mediação Judicial*.

Registre-se que, nesse ambiente – *mediação* –, poderão participar como *co-mediadores* o psicólogo, o assistente social, os advogados, os defensores públicos, os membros do Ministério Público ou juízes aposentados. Todavia, antes de tratar desse conteúdo, passa-se à evolução das relações familiares, da alienação parental, para, somente ao final, então trabalhar a mediação.

2. DA ALIENAÇÃO PARENTAL E DA IMPLANTAÇÃO DE FALSAS MEMÓRIAS

A síndrome de alienação parental (SAP) foi detectada pela primeira vez nos Estados Unidos, por Richard Gardner (1931-2003) e, segundo Jorge Trindade, caracteriza-se por um conjunto de sintomas pelos quais um genitor, denominado cônjuge alienador, transforma a consciência de seus filhos, mediante diferentes formas e estratégias de atuação, com o objetivo de impedir, obstaculizar ou destruir seus vínculos com o outro genitor, denominado cônjuge alienado, sem que existam motivos reais que justifiquem essa condição. (TRINDADE, 2007, p. 104-111.).

A SAP geralmente ocorre após divórcios judiciais litigiosos, em que aquele que detém a guarda realiza um processo de programação mental no filho, com o intuito de romper os vínculos afetivos com aquele que exerce apenas a visita. (SOUZA, p. 29-39). Tais condutas sempre existiram, mas somente agora, com a valorização do afeto nas relações familiares e com a conscientização da parentalidade responsável, é que passaram a ter relevância para a sociedade, que passou a exigir que os pais sejam mais atuantes na educação dos filhos, e não apenas meros mantenedores, já que a convivência familiar é um direito garantido às crianças e aos adolescentes⁴.

³ O legislador definiu a Mediação no parágrafo único do art. 1º., da referida Lei, nos seguintes termos: “[...] Parágrafo único. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”.

⁴ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Foram esses novos anseios sociais determinantes para que o tema adquirisse contornos jurídicos e tratamento legal específico. Assim, foi promulgada a Lei nº 12.318/2010, que passou a disciplinar sobre a alienação parental, definindo-a em seu artigo 2º, *caput*, como a “interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente [...] para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este”.

O processo de alienação parental pode ser desencadeado não apenas pelo genitor, mas também pelos avós, irmãos e outras pessoas do grupo familiar e o grande desafio é detectar quando a síndrome existe ou quando o filho apenas rejeita o pai em decorrência das próprias atitudes deste.

Essa abrangência e complexidade de se constatar na prática a alienação parental foi observada pelo legislador que, acertadamente, fez constar na Lei nº 12.318/2010 um rol exemplificativo de ações mais comuns utilizadas pelo alienador, conforme se extrai do parágrafo único do artigo 2º⁵ do diploma legal supramencionado, dando ao aplicador um referencial no momento de aplicar a norma ao caso concreto.

Podem ser citadas, a título de exemplo, as atitudes que denotam a ocorrência da alienação parental: denegrir a imagem da pessoa do outro genitor; organizar atividades para o dia de visitas de modo a torná-las desinteressantes ou mesmo inibi-las; não comunicar ao outro genitor fatos importantes relacionados à vida do filho (como rendimento escolar, consultas médicas, doenças etc.); tomar decisões importantes sobre a vida do filho sem consulta prévia ao outro genitor; viajar e deixar os filhos com terceiros sem a comunicação ao outro genitor.

Frise-se que não é o divórcio, por si só, o causador de problemas psicológicos no menor. A morbidez é gerada pelo conflito, pelo estado de tensão, pela discórdia familiar, pela instabilidade das relações e, conseqüentemente, pela insegurança que acarreta, já que o filho perde os referenciais em que até então se apoiava. (SOUZA, 2009).

⁵ Art. 2º [...]. Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros: I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade; II - dificultar o exercício da autoridade parental; III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor; IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar; V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço; VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente; VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

Atualmente, confere-se uma amplitude maior às condutas que caracterizam a alienação parental, a fim de tornar mais fácil identificá-la em qualquer circunstância que envolva críticas exageradas e sistemáticas e que denote o ódio que o alienador tem do outro genitor.

3. DAS CARACTERÍSTICAS DO ALIENADOR

O alienador costuma ser o ex-cônjuge inconformado com o fim do *relacionamento*⁶ e incapaz de reconstruir a vida sem antes destruir a do outro. Para essa pessoa, os filhos são instrumentos de *vindicta*. Acrescente-se que o alienador nem sempre é uma pessoa má, porém não consegue separar sua individualidade da dos filhos e, para alcançar o seu intuito, não respeita nenhuma pessoa, regra ou autoridade.

Normalmente, o genitor alienador tem baixa autoestima, é sedutor, criativo, manipulador e se coloca em posição de vítima. É resistente à terapia ou a qualquer outro auxílio profissional. Não tem escrúpulos para envolver outras pessoas na lavagem emocional dos filhos. Culpa o outro pelo mau comportamento dos filhos e repassa informações importantes sobre estes (como rendimento escolar, doenças etc.). Não respeita decisões judiciais e é litigante contumaz.

Em relação aos filhos, é superprotetor, proíbe-os de usarem as roupas e os presentes que o outro cônjuge comprou; alega que este não tem disponibilidade para visitação; cria falsas denúncias de abuso físico, emocional ou sexual; apresenta o novo cônjuge/companheiro como sendo a *nova mãe/o novo pai*; desmerece o genitor perante os filhos; intercepta cartas e pacotes enviados aos filhos; ameaça e pune os filhos por manterem contato com o outro genitor; sai para passear e deixa os filhos com outras pessoas e, por fim, pode chegar a sumir com os filhos para que o outro não tenha mais nenhum contato.

Os magistrados, promotores, advogados, assistentes sociais e psicólogos encontram-se muitas vezes despreparados para reconhecer e lidar com os estratagemas armados em juízo por esses indivíduos. A SAP, entretanto, poderá ser superada, mediante os mesmos mecanismos que auxiliam na superação de outros tipos de perda ou conflito emocional, como, por exemplo, equilíbrio

⁶ Entendendo-se, aqui, todo e qualquer tipo de relacionamento – casamento, união estável, união homoafetiva – de que possa advir filho. Acredita-se que a alienação parental não é um instituto a ser aplicado tão somente com relação ao casamento.

emocional, assistência jurídica e psicológica, diagnóstico precoce, capacitação das autoridades, enfim, pela esperança.

4. DA VIOLAÇÃO AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DO MENOR E DO GENITOR ALIENADO

Os arts. 1.634 do Código Civil e 229 da Constituição Federal dispõem que os pais têm a função de dirigir e orientar a criação e a educação dos filhos, devendo contribuir não só com o auxílio material, mas também com o moral, o intelectual e o afetivo, ainda que não estejam unidos.

Assim, a alienação parental atenta contra a ordem constitucional e constitui um verdadeiro abuso moral em face da criança e do adolescente, conforme preconiza o artigo 3^o da Lei nº 12.318/2010, à medida que impossibilita a convivência familiar – que é fator essencial da formação da personalidade infanto-juvenil, pois a criança não cresce de maneira saudável sem a construção de um vínculo afetivo, estável e verdadeiro com seus pais –, sendo causa de transgressão do princípio da convivência familiar, previsto no já citado artigo do texto constitucional.

Acrescente-se que a alienação parental também fere a integridade psíquica do menor⁸ e do genitor alienado, que se constitui em um direito da personalidade. Atinge, assim, a dignidade humana daqueles, levando o menor a desenvolver patologias como hipocondria, insônia, anorexia, depressão, medo, falta de organização, dificuldades escolares, baixa tolerância à frustração, irritabilidade, enurese, transtorno de identidade ou de imagem, sentimento de desespero, culpa, dupla personalidade, inclinação ao álcool e às drogas, e, em casos mais extremos, ideias ou comportamentos suicidas. É patente, dessa forma, o atingimento do *direito ao respeito*, da *saúde* e da *própria vida* da pessoa, como *direitos da personalidade*⁹. (TRINDADE, 2007, p.104).

⁷ Art. 3º A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.

⁸ E em última análise, a saúde e a própria vida da pessoa.

⁹ “Consideram-se como da personalidade os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos”. (BITTAR, 1989, p. 1).

A alienação parental também desrespeita o amadurecimento moral, afetivo dos menores e fere o princípio da solidariedade, que corresponde ao compromisso pelo qual as pessoas se obrigam umas pelas outras, em comunhão de atitudes e sentimentos¹⁰. Além de atingir o princípio da dignidade da pessoa, previsto no inc. III do art. 3º da Constituição Federal, que pode ser compreendido como a consciência que o ser humano tem de seu próprio valor, o respeito que pode exigir de todos pela sua condição de ser humano, de não ser prejudicado em sua existência, vida, corpo ou saúde, e de usufruir de um âmbito existencial característico seu. Do respeito à dignidade da pessoa humana surgem consequências como a igualdade de direitos entre todos, a garantia à independência e autonomia de vontade, e a não imposição de condições subumanas de vida. (CENEVIVA, 1991) (NOBRE JUNIOR, 2000).

Os direitos da personalidade acima elencados são violados pela prática da alienação parental, tanto no menor quanto no genitor alienado, mas, em relação àquele, os danos são irreversíveis, pelo fato de o menor estar em desenvolvimento.

5. DAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS ORIUNDAS DA PRÁTICA DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Detectada a SAP, é indispensável a responsabilização do genitor/alienador. Contudo, a única maneira de descobrir a presença da alienação é mediante a realização de perícias psicológicas e estudos sociais, que devem ser realizados imediatamente, por profissionais especializados, para se chegar à veracidade dos fatos. Entretanto, a Lei nº 12.318/2010 deixa a critério do magistrado solicitar ou não a perícia psicológica ou biopsicossocial, conforme se extrai do *caput* do artigo 5º¹¹.

Uma vez confirmados os primeiros sinais da síndrome, é imprescindível que o filho alienado não se afaste do não guardião, mesmo que, a princípio, o filho se recuse a realizar a visitação. Desta forma, a legislação assegura, no parágrafo

¹⁰ Não se deve esquecer, ainda, que a nossa CRF/1988, quando trata dos princípios fundamentais, traz em seu art. 3º, inc. I, como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, construir uma sociedade solidária.

¹¹ Art. 5º Havendo indício da prática de ato de alienação parental, em ação autônoma ou incidental, o juiz, se necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial.

único do artigo 4^o¹², a visitação assistida à criança e ao genitor alienado.

No que se refere especificamente as consequências jurídicas da alienação parental, inegáveis são as contribuições da Lei nº 12.318/2010, que trouxe em seu artigo 6^o¹³ um conjunto de sanções aplicáveis nos casos em que for constatada a prática da alienação parental por um dos genitores ou de terceiro que tenha a criança sob sua guarda. Assim, poderá o magistrado, de forma cumulativa ou não, a depender da gravidade da alienação parental constatada no caso concreto: advertir o alienador em audiência para que abstenha da prática; estender o regime de convivência entre a criança e o genitor alienado; estipular multa ao agente alienador; ordenar o acompanhamento psicológico da criança; alterar a modalidade de guarda para compartilhada se for o caso ou a sua inversão; determinar a fixação cautelar do domicílio da criança e, caso necessário, suspender a autoridade parental.

Destaca-se que, além das penalidades acima mencionadas, o legislador não excluiu a possibilidade do alienador responder civilmente. Desse modo, é possível a reparação do dano moral sofrido pelo não guardião (Constituição Federal, art. 5^o, inc. V¹⁴). Também a cumulação de dano material e moral, quando advindos do mesmo fato, é entendimento firmado por nosso Tribunal Superior

¹²Art. 4^o [...]. Parágrafo único. Assegurar-se-á à criança ou adolescente e ao genitor garantia mínima de visitação assistida, ressalvados os casos em que há iminente risco de prejuízo à integridade física ou psicológica da criança ou do adolescente, atestado por profissional eventualmente designado pelo juiz para acompanhamento das visitas.

¹³ Art. 6^o Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso: I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador; II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado; III - estipular multa ao alienador; IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial; V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão; VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente; VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

Parágrafo único. Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar.

¹⁴ Art. 5^o Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; (...).

(Súmula n. 37¹⁵, do STJ). A aplicação da Convenção sobre os Direitos da Criança, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), que dispõe em seu art. 3^o¹⁶ sobre os direitos fundamentais da criança e do adolescente como instrumento de desenvolvimento físico, mental, moral e espiritual em condições de liberdade e dignidade e no art. 5^o¹⁷, determinam que a criança e o adolescente não podem ser objeto de nenhuma forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão e devem ser punidas quaisquer atividades ilícitas atentatórias aos direitos fundamentais. (DUARTE, 2009).

Alterações legislativas, por si só, não são suficientes para garantir os interesses de milhares de crianças e adolescentes, frutos de lares desfeitos. O que se exige é um amadurecimento emocional dos pais, este sim pressuposto absolutamente necessário para o efetivo atendimento dos interesses dos filhos. (CHAVES, 2008).

Os danos aos direitos do menor, produzidos por um dos genitores, são de gravame muito maior do que se fossem provocados por terceiro, ante a situação privilegiada que aquele desfruta. Isso justifica a aplicabilidade da teoria geral da responsabilidade civil. (CARDIN, 2002).

Há que se observar que o pagamento de indenização não assegura o recebimento do afeto. Contudo, a indenização pode permitir que o autor remedeie o mal com terapia, ou busque outros tratamentos que permitam o restabelecimento de sua saúde.

No âmbito da responsabilidade penal, ao alienador também cabe responsabilização criminal por *calúnia*, *difamação* ou *injúria*. Com relação às *ações penais*, qualquer pessoa que tomar conhecimento poderá noticiar à polícia ou ao Ministério Público, que ingressará com a ação. No concernente à responsabilidade

¹⁵ São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.

¹⁶ Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem.

¹⁷ Art. 5º. Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

civil, quando então cabível a *ação cível*, o alienado, enquanto representante legal do menor, poderá promovê-la desde logo, ou quando chegar à maioridade, quando atinge a capacidade civil plena, com a finalidade de buscar a reparação dos danos sofridos. Nesse caso, o alienado tem o prazo de três (3) anos para ingressar com a ação cível de reparação de danos, consoante estabelece o art. 206, § 3º, inc. V, do Código Civil vigente¹⁸, enquanto que na esfera penal dispõe de seis (6) meses para promover a ação penal por calúnia, difamação e injúria.¹⁹ Nesse caso, é de se observar, desde já, que, quando do *processo e do julgamento dos crimes de calúnia e injúria*, deve o juiz observar o disposto no art. 520²⁰ do Código de Processo Penal, que prevê a oportunidade para a *reconciliação*.

6. DA MEDIAÇÃO FAMILIAR

Atualmente, os *métodos*²¹ *alternativos de solução de conflitos de interesses*²² estão sendo revisitados e incentivados em vários sistemas jurídicos, de países e continentes diversos. Isso porque o Estado, por intermédio do Poder Judiciário, não vem entregando a prestação da tutela jurisdicional de forma adequada, tempestiva²³ e eficiente, acabando, conseqüentemente, por ferir o próprio *acesso à justiça*, direito e garantia declarados no âmbito da própria Constituição Federal. Dentre

¹⁸ Art. 206. Prescreve: (...) § 3º Em três anos: (...) V – a pretensão de reparação civil; (...).

¹⁹ Confira-se, à propósito, o art. 38 do Código de Processo Penal, in verbis: Art. 38. Salvo disposição em contrário, o ofendido, ou seu representante legal, decairá no direito de queixa ou de representação, se não o exercer dentro do prazo de seis meses, contado do dia em que vier a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do art. 29, do dia em que se esgotar o prazo para o oferecimento da denúncia.

²⁰ Art. 520. Antes de receber a queixa, o juiz oferecerá às partes oportunidade para se reconciliarem, fazendo-as comparecer em juízo e ouvindo-as, separadamente, sem a presença dos seus advogados, não se lavrando termo.

²¹ Têm-se utilizado também as palavras meios e formas.

²² Uma questão que deve, inicialmente, ser colocada, por pertinente no contexto, é saber se a expressão “métodos alternativos” se apresenta como correta? É ela, realmente, alternativa ao processo que se desenvolve perante o Poder Judiciário? Mas esses métodos alternativos não teriam surgido antes do “processo judicial”? Então, por que meios alternativos? Entende-se que a expressão “meios alternativos” pode e deve ser utilizada como uma referência a uma alternativa ao “processo judicial”, porquanto este se constitui num método oficial, do Estado. Então, os “meios alternativos” são alternativos ao modelo oficial, que é o estatal. Na doutrina alienígena, tal questionamento também já foi suscitado, conforme se vê em HIGHTON, 1998, p. 28.

²³ Observe-se, por oportuno, que no Brasil, recentemente, pela Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, conhecida por Emenda da Reforma do Poder Judiciário, foi introduzido um inciso ao art. 5º, da CF/88, precisamente o inc. LXXVIII, que cuida do princípio da duração razoável do processo.

esses métodos alternativos de solução de conflitos de interesses, destacam-se a *arbitragem*²⁴, a *conciliação*, a *mediação* e a *negociação*. O primeiro método é *heterocompositivo*, enquanto os demais são *métodos autocompositivos*.

No presente texto far-se-á a análise da *mediação* e, ainda assim, voltada à solução dos conflitos de interesses quando presente a *alienação parental*.

6.1 Do conceito da mediação

A mediação é um método *autocompositivo* de conflitos de interesses, dotado de técnicas que possibilitam às próprias partes, por meio de um mediador, após trabalhar o conflito de interesses, encontrar a solução diante do caso concreto. Trata-se, portanto, de uma *solução não adversarial*, por isso é denominada *autocomposição*. O terceiro, quando presente, não apresenta nenhuma solução, ou tampouco sugere ou aponta a eventual solução para o caso concreto. Esse terceiro, que pode ser qualquer pessoa escolhida pelas próprias partes, funciona, no caso, como um sujeito que apenas auxilia os envolvidos em conflito de interesses, atuando como um mero facilitador da comunicação. Daí se poder falar em *mediação facilitadora*. O mediador não é juiz. Ele não julga. Auxilia as partes para que estas mesmas encontrem a solução. A decisão acerca dos conflitos de interesses é ato dos próprios sujeitos.

No Brasil, a mediação foi tratada pela Lei federal n. 13.140²⁵, de 26 de junho de 2015 e também pelo Código de Processo Civil de 2015.

Na doutrina Argentina, Elena I. Highton e Gladys S. Álvares conceituam a mediação do seguinte modo: “La mediación es un procedimiento no adversarial en el que um tercero neutral, que no tiene poder sobre las partes, ayuda a éstas a que en forma cooperativa encuentren el punto de armonia en el conflic-

²⁴ No Brasil, a arbitragem sempre mereceu a atenção de nosso legislador, tanto no plano constitucional quanto no plano infraconstitucional. Da legislação sobre a arbitragem no Direito brasileiro: a) Ordenações Filipinas (Título XVI, Livro II); b) Constituição do Império de 1824 (art. 160); c) Constituição de 1934 (art. 5º, inc. XIX); d) Constituição de 1937 (art. 18, letra “d”). As Constituições de 1891, 1946, 1967, 1969 e 1988, sobre a Arbitragem nada dispuseram. No plano infraconstitucional: a) Código Comercial (Lei n. 556/1850 – Arts. 294 e 348); b) Decreto n. 737 (conhecido por Regulamento 737); c) Código Civil brasileiro de 1916 (Arts 1037 a 1048); e d) Código de Processo Civil de 1973 (Arts. 1072 a 1102). Atualmente, a matéria encontra-se disciplinada na Lei Federal n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, com a redação dada pela Lei federal n. 13.139, de 26 de junho de 2015.

²⁵ Esta lei dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, definindo-a no parágrafo único do art. 1º, in verbis: “[...] Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”.

to. Ese mediador induce a las partes a identificar los puntos de la controversia, a acomodar sus intereses a los de la contraria, a explorar fórmulas de arreglo que trascienden el nivel de la disputa, a tener del conflicto una visión productiva para ambas. [...]” (HIGHTON; ÁLVAREZ, 1998, p. 195-196).

Na Argentina, ao instituir-se a mediação, com caráter obrigatório e prévio a todo juízo, o legislador sustenta que se trata de um procedimento no qual se promoverá a comunicação direta entre as partes para solução extrajudicial da controversia.

Por seu lado, na doutrina brasileira (CINTRA, et al, 2010, p.34), defende-se a mediação como meio alternativo de pacificação social, em que os interessados utilizam a intermediação de um terceiro, particular, para chegarem à pacificação de seu conflito, trabalhando o mesmo, surgindo o acordo como mera consequência.

A *mediação*, hoje, com o seu ressurgimento, tem sido utilizada em vários países, nos mais diversos continentes. É muito difundida no Canadá, França e Espanha; na América Latina, principalmente, como já afirmado, na Argentina. No Direito português, também é utilizada no âmbito dos *Julgados de Paz* e, ainda, nos termos do Despacho n. 18.778/2007 do Ministério da Justiça, do Gabinete do Secretário de Estado da Justiça. O referido despacho regula a atividade do *Sistema de Mediação Familiar* (SMF). Esse sistema desenvolve sua atividade com garantia da voluntariedade, celeridade, proximidade, flexibilidade e confidencialidade. No art. 7º do referido despacho, encontra-se o tratamento dos *mediadores familiares*.

6.2 Da distinção entre *mediação* e *conciliação*

A *mediação*²⁶ não se confunde com a *conciliação*²⁷, apesar de pertencerem ao mesmo gênero, qual seja, a autocomposição. Nas duas hipóteses, encontra-se a pessoa de um terceiro que, a nosso ver, na *mediação* é um *particular*; enquanto na *conciliação* é o *juiz estatal*, conforme se observava dos arts. 125, inc. IV, 333, §§, 447 e 448, todos do CPC/1973. Todavia, esse não foi o tratamento estabelecido pelo CPC/2015, quando cuidou desses institutos, uma vez que inclui no rol dos *auxiliares da justiça* o mediador e o conciliado. Uma das diferenças que

²⁶ Sobre o conceito de mediação, consulte-se: RUIZ, 2003, p. 14-22.

²⁷ A respeito do conceito de conciliação, consulte-se: RUIZ, 2005, p. 54-59.

se têm apontado na doutrina é que o mediador *não* pode apontar ou sugerir nenhuma solução; enquanto que na conciliação, isso se apresenta como possível. Outra diferença constata-se no fato de, na conciliação, se buscar o acordo, a solução para o conflito de interesses. Entende-se, ainda, que a conciliação (tentativa de conciliação) seria sempre *endoprocessual*, isto é, ocorreria no curso do processo, no desenvolvimento do procedimento. Por seu turno, a mediação seria sempre *extraprocessual*, fora do processo. Mais uma vez, observa-se que esse não foi o caminho seguido pelo CPC/2015 e pela Lei federal n. 13.140/2015, pois essa nova legislação permite a mediação tanto no curso do processo quanto fora dele. Foi a opção do legislador pátrio.

Registre-se, no entanto, que essas diferenças apontadas acima são mais de forma do que propriamente de conteúdo, já que as duas espécies de autocomposição são utilizadas como métodos alternativos de solução de conflitos de interesses, com vistas à pacificação social.

6.3 Da incidência da mediação

A mediação, assim como a conciliação, por serem métodos autocompositivos, devem, normalmente, ser utilizadas nos conflitos de interesses que tenham por natureza *direitos patrimoniais e disponíveis*²⁸⁻²⁹, devendo, ainda, os sujeitos envolvidos no conflito de interesses serem *capazes*. Para verificar a incidência da mediação, deve-se, assim, examinar não só o *objeto* do conflito, mas, também, o *sujeito* e a sua *capacidade*. Se houver uma *indisponibilidade objetiva e subjetiva*, a princípio, não se devem utilizar tais métodos.

Apesar de nossa legislação limitar o âmbito de incidência dos métodos autocompositivos – mediação e conciliação – para alguns tipos de conflitos de interesses, na verdade, estes, quando bem manejados, têm-se mostrado úteis, adequados e eficientes em muitas hipóteses fora dos limites dos direitos patrimoniais e disponíveis. Tem, inclusive, mais recentemente, em termos históricos, a doutrina, tanto estrangeira quanto nacional, caminhado no sentido de sua utilização, mesmo em matérias de ordem pública (*v. g.*, Direito Penal, art. 98, inc. da CRF/1988, e art. 520, do CPP, Direito Ambiental, no *Inquérito Civil*, art. 9º, da Lei de Ação Civil Pública, e art. 5º, § 6º) ou com colorido nota-

²⁸ Confirmam-se, a propósito, o art. 447 e seu parágrafo, do revogado CPC/73.

²⁹ A propósito dos direitos patrimoniais disponíveis e indisponíveis, consulte-se MATTOS NETO, 2002, p. 221-236.

damente público (Direito da Família³⁰⁻³¹), no que tem sido acompanhada pela legislação mais recente, como mencionado antes.

Ao que se percebe, há uma tendência mundial no sentido de incentivar a utilização dos métodos alternativos de solução de conflitos de interesses, até mesmo para se ter mais uma forma de acesso à justiça, descongestionando a via do Poder Judiciário, sabidamente abarrotada de processos. O CPC/2015, art. 3º, § 3º, é bastante explícito nesse sentido, ao dispor que “A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

6.4 Da utilização da mediação em casos de alienação parental

A utilização da mediação no âmbito do Direito de Família, em conflitos que envolvem os cônjuges e, muitas vezes, estes e os filhos, é extremamente adequada, até mesmo pela natureza dos conflitos de interesses aí constatados. Nesse ambiente, a solução consensual, amigável, não adversarial, por meio da comunicação direta entre os cônjuges, é medida que se recomenda, pelas suas próprias vantagens. Dentre tais vantagens, destacam-se o bom convívio nas relações familiares entre os sujeitos em conflito e sua prole, mormente em situações que envolvam a alienação parental.

Ressalta-se, ainda, que na utilização desse método alternativo de solução de conflitos – *mediação* –, poderá valer-se no desenvolvimento dos trabalhos, durante as reuniões, de *comediadores*, a saber: *psicólogos, assistentes sociais, psicoterapeutas, psicanalistas*, posto que, muitas vezes, a raiz do conflito não reside numa questão jurídica envolvendo pessoa com pessoa, ou com pessoas

³⁰ A respeito da mediação e o Direito da Família, confirmam-se as seguintes obras e artigos em revistas especializadas: (CACHAPUZ, 2003); (CEZAR-FERREIRA, 2004); (FARINHA, 1997); (FUGA, 2003); (HAIM, 2000); (HAYNES; MARODIN, 1996); (SERPA, 1998); (YANIERI, 1994); (GRINOVER, 2007); (CASSELLA; SOUZA, 2009); RUIZ, Ivan Aparecido. A autocomposição nas relações de família. Revista Jurídica CESUMAR. Mestrado, Maringá, v. 5, n. 1, p. 51-74, 2005; RUIZ, Ivan Aparecido. A mediação e o Direito de Família. Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem, São Paulo, v. 6, p. 75-105, 2005; (RUIZ, 2003); (RUIZ, 2009); (SILVA, 2009); (VIGORITI, 2009, p. 289-315); e (SOUZA, Ivone M. C. Coelho de. Mediação em Direito de Família – Um recurso além da semântica. Revista Brasileira de Direito de Família, v. 27, p. 29-39); ANDRADE, Cleide Rocha de. A mediação de conflitos familiares na justiça: uma saída singular. Revista Brasileira de Direito de Família, v. 38, p. 27-37; (GRISARD FILHO, 2002, p. 11-19); e (BREITMAN, e STREY, Marlene Neves. Gênero e mediação familiar: uma interface teórica. Revista Brasileira de Direito de Família, v. 36, p. 52-70).

³¹ Aliás, com o advento do CPC/2015, foi dedicado uma capítulo específico nas ações de família para a mediação familiar (arts. 693 a 699).

relacionadas a bens. A interdisciplinariedade, aqui, é uma exigência para bem pacificar as relações dos sujeitos em conflito de interesses.

No caso específico da *alienação parental*, pelas suas próprias circunstâncias e características, como demonstrado acima, em que a conduta de um dos cônjuges objetiva afastar o filho do outro cônjuge com atitudes que não se recomenda, não poderia ser diferente. É, pois, a mediação altamente recomendada como forma de pacificação familiar e social.

Ainda que num estágio mais avançado, passando da *alienação parental* para a *síndrome da alienação parental*, com sinais e sintomas observáveis em vários processos patológicos diferentes e sem causa específica, a mediação se mostra adequada e interessante; mormente com a presença de um mediador especializado – psicólogo, psicanalista etc. –, cujos conhecimentos, muitas vezes, o mediador, ainda que tenha formação jurídica, não possui. O auxílio desses profissionais, nesse momento, é extremamente importante, podendo detectar as causas das condutas típicas da alienação parental e da síndrome da alienação.

Saliente-se que, em se tratando da alienação parental, o interesse do menor deve estar acima de qualquer coisa. Muitas vezes, os cônjuges chegam a esse estágio com esses comportamentos, numa verdadeira rivalidade, fechando totalmente os canais de comunicação. O mediador, como terceiro neutro, poderá desenvolver um papel importante de auxiliar das partes conflitantes, facilitando o restabelecimento da comunicação entre os cônjuges. Estes, assim, poderão enxergar o equívoco que estavam cometendo, em prejuízo dos filhos menores, inclusive com a possibilidade de lhes causar graves danos à saúde, à integridade psíquica e à personalidade.

7. CONCLUSÃO

Do presente estudo, observa-se que nem sempre a determinação da guarda ou o exercício do direito à visitação ocorrem de maneira pacífica. Quando um dos pais não consegue processar a ruptura da união, acaba por utilizar o (s) filho (s) como instrumento de *vindicta*, promovendo a alienação parental.

A síndrome de alienação parental consiste em afastar o não guardião do menor por meio de estratégias que visam impedir e destruir os vínculos afetivos que possam existir entre eles; assim, a criança é induzida a relatar episódios de agressão física ou sexual que nunca ocorreram, porque a fantasia e a

realidade se confundem e o alienador utiliza o próprio Poder Judiciário para ratificar a intenção de afastar o alienado do convívio dos filhos.

Nesta seara, inegáveis são as contribuições trazidas pela Lei nº 12.318/2010, que trouxe contornos jurídicos e tratamento legal específico a conduta da alienação parental, estabelecendo punições que vão desde a advertência até a perda da guarda da criança e do poder familiar, além de prever que esta possa também ser realizada por avós ou que outras pessoas detenham a sua autoridade, guarda ou vigilância.

Entretanto, ganham destaque os *métodos alternativos de solução de conflitos de interesses* que constituem uma verdadeira forma de acesso à justiça, de grande valia para a solução dos conflitos de interesses de um modo geral e, particularmente, no âmbito do Direito de Família, principalmente em casos que envolvam a *alienação parental*.

A *mediação*, ao lado da conciliação, é um *método autocompositivo* totalmente adequado, útil e eficiente para resolver situações litigiosas no Direito de Família que envolvam a alienação parental. Além de possibilitar a solução por meio do diálogo, tem a vantagem de restabelecer o convívio entre os sujeitos em conflito de interesses.

Em matéria de Direito de Família, pela natureza dos conflitos de interesses e pela delicadeza da matéria, entende-se que a forma autocompositiva, consensual e com diálogo é a que se mostra mais eficaz, com numerosas vantagens para as pessoas.

Defende-se a utilização dos *métodos alternativos de solução dos conflitos de interesses* como um facilitador a mais, uma forma de pacificação social, ao lado do processo, e não como excludente deste.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Cleide Rocha de. A mediação de conflitos familiares na justiça: uma saída singular. **Revista Brasileira de Direito de Família**, v. 38, p. 27-37.
- ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**, 26. ed., São Paulo: Malheiros, 2010.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

BREITMAN, Stella Galbinski e STREY, Marlene Neves. Gênero e mediação familiar: uma interface teórica. *In Revista Brasileira de Direito de Família*, v. 36, p. 52-70.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos conflitos & Direito de Família**. Curitiba: Juruá, 2003.

CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Da responsabilidade civil por danos morais no âmbito familiar**. 2002. Tese (Doutorado em Direito das relações sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2002.

CARVALHO, Juliana Gomes de; SILVA Neide Heliodória Pires da. **Uvas verdes**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=405>>. Acesso em: 22 jun. 2010.

CENEVIVA, Walter. **Direito Constitucional brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

CHAVES, Adalgisa Wiedemann. **A guarda dos filhos na separação**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=455>>. Acesso em: 22 jun. 2010.

DIAS, Maria Berenice (coord.). **Incesto e alienação parental: realidade que a justiça insiste em não ver**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Família**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DUARTE, Marcos. **Alienação parental: a morte inventada por mentes perigosas**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=516>>. Acesso em: 22 jun. 2010.

FARINHA, António H. L. **Mediação familiar e responsabilidades parentais**. António H. L. Farinha e Conceição Lavadinho. Coimbra: Almedina, 1997.

FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa da. Síndrome da alienação parental. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 5-16, abr./jun., 1999.

FUGA, Marlova Stawinski. **Mediação familiar quando chega ao fim a conjugalidade**. Passo Fundo: Universidade Passo Fundo, 2003.

HAIM, Grunspun. **Mediação familiar** : o mediador e a separação de casais com

filhos. São Paulo: LTr, 2000.

HAYNES, John M. **Fundamentos da mediação familiar**. John M. Haynes e Marilene Marodin. Porto Alegre: Artse Médicas, 1996.

HIGHTON, Elena I. e ÁLVAREZ, Gladys S. **Mediación para resolver conflictos**. Buenos Aires: *Ad-hoc*, 1998.

MEDIAÇÃO E GERENCIAMENTO DO PROCESSO: revolução na prestação jurisdicional : guia prático para a instalação do setor de conciliação de conciliação e mediação / Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, Caetano Lagstra Neto, coordenação; com posfácio de Vincenzo Vigoriti. São Paulo: Atlas, 2007.

MEDIAÇÃO DE CONFLITOS – Novo paradigma de acesso à justiça. 1. ed. Paulo Borba Casella e Luciane Moessa de Souza / coordenadores. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

NOBRE JÚNIOR, Edson Pereira. **O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana**. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/aj/dconst0019.htm>>. Acesso em: 20 set. 2005.

PIAGET, Jean. **The relation of affectivity to intelligence in the mental development of the child**. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/faced/slomp/edu01136/piaget-a.htm>>. Acesso em: 2 abr. 2010.

RUIZ, Ivan Aparecido. Breves observações sobre a mediação no âmbito do Direito da Família. *In: Revista Jurídica Cesumar*, v. 3, n. 1, p. 7-38, 2003, p. 14 a 22.

_____. A autocomposição nas relações de família. **Revista Jurídica CESUMAR**. Mestrado, Maringá, v. 5, n. 1, p. 51-74, 2005.

_____. A mediação e o Direito de Família. **Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, v. 6, p. 75-105, 2005.

_____. **Estudo sobre mediação no direito brasileiro: natureza jurídica e outros aspectos fundamentais**. Tese de doutorado em direito das relações sociais defendida perante a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2003, 632 p.

_____. A mediação no direito de família e o acesso à justiça. **Mediação de conflitos**:

novo paradigma de acesso à justiça. Belo Horizonte: Fórum, 2009, v., p. 273-310.

SERPA, Maria de Nazareth. **Mediação de família.** Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SOUZA, Ivone M. C. Coelho de. Mediação em Direito de Família – Um recurso além da semântica. *In Revista Brasileira de Direito de Família*, v. 27, p. 29-39.

SOUZA, Raque Pacheco Ribeiro de. **Síndrome de alienação parental.** Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/43580>>. Acesso em: 22 jun. 2010.

_____. **Os filhos da família em litígio judicial:** uma abordagem crítica. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=541>>. Acesso em: 22 jun. 2010.

TRINDADE, Jorge. Síndrome da Alienação Parental (SAP). In: DIAS, Maria Berenice (coord.). **Incesto e Alienação Parental:** realidades que a Justiça insiste em não ver. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 104-111.

VIGORITI, Vincenzo. La direttiva sulla mediazione delle controversie civili e commerciali. Valori e regole. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 167, ano 34, p. 289-315, jan. 2009.

MEDIAÇÃO EM CONFLITOS INDIVIDUAIS DE TRABALHO: ECONOMIA E CELERIDADE PROCESSUAL

MEDIATION IN INDIVIDUAL LABOR LAW: ECONOMY AND CELERY PROCESS

Elaine Cler Alexandre dos Santos¹
Raíssa Varrasquim Pavon²
Dolores Ribeiro Coutinho³
Pedro Pereira Borges⁴

Recebido em: 29/05/2017

Aprovado em: 23/07/2017

RESUMO

O presente artigo objetiva apresentar o instituto da mediação e sua aplicação na seara do Direito Individual do Trabalho, com vistas à diminuição do

¹ Aluna do PPG Doutorado em Desenvolvimento Local da Universidade Católica Dom Bosco; Mestre em Direito pela UNIMAR, área de concentração, Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social; Especialista em Direito do Trabalho pelo INPG/UCDB. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito da Alta Paulista de TUPÁ/SP; Coordenadora do Curso de Direito da Universidade Católica Dom Bosco; professora titular da cadeira de Direito Processual Do Trabalho na Universidade Católica Dom Bosco, no curso de Pós Graduação; Mediadora judicial do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul - TJMS; Advogada. E-mail: elainecler@gmail.com

² Aluna do PPG Mestrado Acadêmico em Desenvolvimento Local – Mestrado Acadêmico, da Universidade Católica Dom Bosco; Especialista em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pela Faculdade Damásio de Jesus e em Direito Civil e Processo Civil pela Escola Paulista de Direito; Graduada em Ciências Jurídicas pela Universidade Católica Dom Bosco; mediadora extrajudicial; Advogada. E-mail: raissapavon@hotmail.com

³ Licenciada em Estudos Sociais pelas Faculdades São Marcos e em História pelas Faculdades Unidas Católicas de Mato Grosso atual UCDB; Especialista em Arquivologia pela ECA/USP; Mestre em História e Doutora em Ciências Sociais - Sociologia pela Pontifícia Universidade Católica - PUC de São Paulo; Professora Titular da Universidade Católica Dom Bosco, tendo ministrado várias disciplinas na áreas de ciências humanas e sociais em diversos cursos de graduação e pós-graduação; Docente Permanente do Programa do PPGMD em Desenvolvimento Local da UCDB. E-mail: doloresribeiro@uol.com.br

⁴ Membro do Corpo Docente do PPGMD em Desenvolvimento Local Universidade Católica Dom Bosco. Mestre e Doutor em Ciências Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Graduado em Pedagogia pela Universidade Católica Dom Bosco. Graduado em Teologia pelo Instituto Santo Tomás de Aquino. Graduado em Filosofia pela Faculdades Unidas Católicas de Mato Grosso. E-mail: pobjari@ucdb.br

uso da via judicial na resolução dos recorrentes conflitos entre empregadores e empregados, mediante a real pacificação das controvérsias oriundas das mais diversas relações de trabalho, dentre elas as relações de emprego, trabalho eventual e prestação de serviços. A realidade jus trabalhista mostra que esta justiça especializada, há algum tempo perdeu sua característica de celeridade, tendo em vista a grande quantidade de demandas propostas a cada dia que aguardam por julgamento. No entanto, as demandas apresentadas versam sobre verbas de caráter alimentar, ou seja, de extrema necessidade para a manutenção do trabalhador e sua família e a demora enfrentada reflete diretamente no desenvolvimento humano e social, vertentes do desenvolvimento local que merecem especial atenção por parte de todos os envolvidos em conflitos de natureza trabalhista. A utilização da mediação na pacificação de conflitos coletivos de trabalho poderá culminar no aperfeiçoamento da legislação existente, que, entre outros, não mitiga qualquer rancor remanescente do vínculo rescindido. Trata-se de pesquisa bibliográfica com abordagem qualitativa pela qual a mediação surge como alternativa de jurisdição reconhecida pela Constituição Federal de 1988 e instrumento legal capaz de dirimir os conflitos de interesse, quando frustrada eventual negociação entre partes litigantes mas ainda pouco utilizado, ou mesmo desconhecido pela maioria da população, fruto principalmente da falta de informação e de incentivo à utilização dos meios extrajudiciais de resolução de contendas.

PALAVRAS-CHAVE

Direito individual do trabalho. Conflito. Mediação. Acesso à justiça. Desenvolvimento humano.

ABSTRACT

This article aims to present the Institute of Mediation and its application in the field of Individual Labor Law, with a view to reducing the use of the judicial system for the resolution of recurring conflicts between employers and employees through the real pacification of controversies from the most diverse relations, such as employment relationships, casual work and the provision of services. The labor justice reality shows that this specialized justice has for some time lost its characteristic of celerity, in view of the enormous amount of demands proposed each day that are awaiting trial. However, the demands

presented are food-related, that is, extreme need for the maintenance of the worker and his family and the delay faced directly reflects on human and social development, aspects of local development that deserve special attention from all involved in conflicts of a labor nature. The use of mediation in the pacification of collective labor conflicts may culminate in the improvement of existing legislation, which, among others, does not mitigate any remaining grudges from the rescinded relationship. It is a bibliographical research with a qualitative approach in which mediation emerges as an alternative jurisdiction recognized by the Federal Constitution of 1988, a legal instrument capable of resolving conflicts of interest once frustrated eventual negotiation between litigants but still little used, or even unknown to the majority of the population, mainly due to the lack of information and encouragement of the use of out-of-court settlement mechanisms.

KEYWORDS

Individual labor law. Conflict. Mediation. Access to justice. Human development.

INTRODUÇÃO

Conflitos de interesses são fenômenos naturais e inerentes ao convívio em sociedade, por tais motivos eles podem ser resolvidos pelas próprias partes em litígio, quer seja por meio de órgãos estatais investidos de jurisdição ou de forma amigável, quer seja pela utilização de soluções alternativas de jurisdição. No entanto, certo é que, nestes primeiros anos do século XXI o sistema jurisdicional estatal é o mais adotado pelos que pretendem solucionar tais conflitos, tendo o poder judiciário, dentre suas diversas competências, o ônus integral de pacificação social.

No que tange aos conflitos relacionados ao Direito do Trabalho, os classificados como conflitos individuais de trabalho, em síntese, surgem como aqueles que ocorrem entre um trabalhador ou diversos trabalhadores individualmente considerados e o empregador, em regra, com base no contrato individual de trabalho; e, conflitos coletivos de trabalho, que ocorrem com a resistência do empregador aos interesses gerais de um grupo de trabalhadores (NASCIMENTO, 2009), caracterizando-se pelos aspectos abstratos de determinadas categorias profissionais.

Em se tratando de Justiça do Trabalho, anualmente o número de processos nas varas trabalhistas aumenta, em muito, fruto, dentre outros motivos, da grave crise econômica que assolou o país nos últimos dois anos. Essa realidade exige do Estado, detentor do poder jurisdicional, elevados gastos e, da mesma forma, como tal exigência afeta as partes inseridas no conflito, atingindo, diretamente a economia nacional, já que empresários, ao invés de investirem os valores despendidos em reclamações trabalhistas diretamente na empresa ou no mercado, são obrigados a custear honorários de advogados para responderem, na justiça, a reclamações de ex-empregados, o mesmo acontecendo com o Estado, que custeia recursos humanos e materiais que poderiam ser alocados em outras áreas, a exemplo da educação e saúde.

É importante ressaltar que não raras são às vezes em que os empregados que batem às portas da justiça do trabalho, são plenamente cientes de que receberam a totalidade das verbas a que faziam jus quando da rescisão do contrato de emprego ou término da relação de trabalho, e mesmo assim intentam reclamações trabalhistas eivadas de má-fé, alterando a verdade dos fatos para alcançarem objetivos ilegais, tendo como único intuito a obtenção de vantagens sabidamente,

indevidas, apoiando-se no princípio da hipossuficiência do trabalhador tem-se como resultado um Direito do Trabalho protecionista em sua essência.

A ideia firmada de que em qualquer reclamação trabalhista proposta o empregado terá alguma vantagem pecuniária é fortalecida pelas barreiras do depósito recursal, requisito indispensável para que o Empregador possa ter acesso aos Tribunais Regionais do Trabalho e pleitear a revisão de sentença prolatada por juiz do trabalho, que eventualmente tenha lhe desfavorecido.

Como as pequenas e médias empresas não possuem estrutura financeira para custearem um processo trabalhista, acabam por preferir o pagamento de acordos, mesmo que injustos, a sofrerem condenação de valores astronômicos para seu orçamento, por não terem meios de recorrerem a segunda instância. Uma condenação injusta poderia culminar no término das atividades da empresa ou do empregador, quando pessoa física.

Acerca do tratado, fundamenta Cremonesi (2014, p. 122) que, “Incorre em litigância de má-fé por alteração da verdade dos fatos o empregado que postula horas extras e reflexos fazendo menção a uma jornada elasticada e sem ter recebido nada a esse título”. Não são poucos os casos em que funcionários postulam direitos inexistentes, com único intuito de prejudicarem o ex-patrão, por vingança ou sentimento de revolta pela perda do emprego.

Nesse contexto, a mediação de conflitos emerge como instrumento hábil, capaz de evitar, ou ao menos diminuir tais injustiças, proporcionando o diálogo entre empregado e empregador em benefício de ambos, posto que muitos desses conflitos judicializados originam-se em pequenas atitudes do empregador face ao empregado, gestos que o magoaram quando do término do vínculo entre ambos, ou até mesmo entre empregados, do que resultam as verbas trabalhistas propriamente ditas causa secundária nas demandas.

Consoante bem expõe Bastazine (2012, p.140):

[...] as relações de trabalho, antes de serem jurídicas, são relações humanas, em que as complexidades das personalidades dos envolvidos – meio cultural, educação e experiências pessoais – refletem no modo como eles interagem com o meio social do trabalho. As relações que ai se desenvolvem estão tingidas pelas cores de todo um conjunto de vivências, que norteará a relação interpessoal. É dentro desse contexto que a relação de trabalho nasce, se desenvolve e se extingue.

As relações individuais de trabalho são marcadas pela subjetividade da-

queles que as compõem, influenciados diretamente pelo meio em que o labor ocorre, questões demandam uma observação mais acurada quando da instauração de um conflito, a fim de que ocorra sua real resolução por meio do cumprimento de obrigações dela decorrentes, evitando-se, com isso, demandas que se perdurem por longos anos sem a esperada justiça, que acaba sendo maculada como injusta para muitos.

Em tal contexto, propõe-se que se leve em conta o ônus que processos judiciais acarretam ao Estado. De acordo com o Conselho Nacional de Justiça, em Mato Grosso do Sul (BRASIL, 2016, p. 70-71), as despesas com recursos humanos somam mais de R\$ 233 milhões de reais, sendo que desse total, 86,7% são de despesas com pessoal e encargos. São 995 funcionários no total, sendo 63 magistrados, 638 servidores e 234 auxiliares.

Diante da realidade posta, fica claro que, com a utilização de meios paraestatais de resolução de contendas, como a mediação em destaque, no intuito de proporcionar às partes em litígio soluções alternativas para resolver os conflitos de interesse, esses valores seriam menores, mas não só as despesas da máquina administrativa estão em foco, e sim, inclusive, os gastos que um processo trabalhista custa ao empresário e à máquina estatal, visto que esses valores deixam de ser aplicados, efetivamente, na economia e em outras áreas essenciais como saúde e educação.

Diante deste panorama, os meios alternativos de resolução de conflitos podem auxiliar o sistema estatal a melhorar a qualidade dos serviços prestados, uma vez que retiram do Estado o monopólio da jurisdição e contribuem, dessa forma, para a diminuição da carga processual do Judiciário. Neste ponto considera-se inobstante que frisar que a mediação reputa-se como uma forma alternativa para a resolução de controvérsias, de forma que não se deve falar em alternativa sem considerar o componente principal, qual seja, a via do Poder Judiciário, que não se pretende excluir.

Assim, a utilização de meios alternativos para resolver controvérsias é cada vez mais comum em países como o Brasil, onde o sistema estatal funciona de forma deficiente e não atende às necessidades do jurisdicionado. Contudo, a aplicação de meios alternativos de resolução de conflitos tem ocorrido de forma lenta, como resultante, principalmente, da falta da divulgação.

Dentre os procedimentos alternativos, existe aquele em que as partes, em comum acordo, indicam uma terceira pessoa para resolver a lide, por meio

de regras procedimentais próprias, assegurando o devido processo legal e a observância dos preceitos legais. A mediação se destaca pela simplicidade, informalidade, celeridade, caráter sigiloso e principalmente pelo consenso das partes quanto à escolha do mediador e procedimento a serem seguidos, garantindo maior eficácia na prestação da tutela jurisdicional.

Nos países em desenvolvimento como o Brasil, onde meios alternativos de resolução de conflitos ainda são pouco conhecidos pela maioria da população, a mediação surge como alternativa para o problema da morosidade na tramitação de processos na esfera trabalhista. No entanto, a Lei 13.140/2015 (BRASIL, 2015a) conhecida como o “marco legal da mediação” que regulamenta a mediação de conflitos estabelece que a mediação nas relações de trabalho se regula por lei própria, até então inexistente, muito embora a nova legislação processual civil, norma de abrangência federal, determine que o Estado deverá promover, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

No interior desse novo contexto jurídico institucional é que o presente estudo objetivou analisar a possibilidade do uso do instituto da mediação na seara dos conflitos individuais do trabalho, como forma de eliminar a necessidade de uso da via judicial para resolução dos conflitos e contribuir para a efetiva aplicação desse procedimento em todo o Brasil.

A JUSTIÇA DO TRABALHO E A MEDIAÇÃO A JUSTIÇA DO TRABALHO EM NÚMEROS

No ano de 2015, as despesas totais do Poder Judiciário somaram R\$ 79,2 bilhões, total que representou crescimento de 4,7% e que em se considerando o quinquênio 2011-2015, comporta um crescimento médio da ordem de 3,8% ao ano⁵. Essa despesa equivale à 1,3% do Produto Interno Bruto (PIB) nacional, ou 2,6% dos gastos totais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, totalizando um custo pelo serviço de Justiça no montante de R\$ 387,56 por habitante, com tendência de crescimento (BRASIL, 2016).

O número de casos levados à justiça do trabalho aumenta a cada ano, conforme dados do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, em 2015, houve crescimento de 5,8% em novos casos, que passaram de 46.004 para 55.104 no 1º

⁵ Todos os valores monetários de 2009 - 2014 foram deflacionados pelo IPCA/Dez 2015.

Grau. Nessa instância existiam 64.532 casos pendentes e na instância de 2º Grau 4.502 casos, o que totalizava 68.854 casos, representando um aumento de 13,6% (BRASIL, 2016, p. 72).

A produtividade na justiça do trabalho foi negativa em 2015, com índice de -8,07% e taxa de congestionamento de 59,8%. A conciliação na justiça do trabalho foi pouco exercida (30% dos casos). Cada magistrado recebeu aproximadamente 11% mais casos do que em 2015 e cada servidor cuidou de 10,2% a mais de casos nesse mesmo ano (BRASIL, 2016).

O tempo médio de execução judicial (1º Grau) é de três anos, um ano de processo de conhecimento e 04 meses no 2º Grau, sendo que depois de julgado a execução pode levar até mais de sete anos. O índice de produtividade da justiça do trabalho em Mato Grosso do Sul é de 70% (BRASIL, 2016).

De acordo com dados do Relatório Analítico da Justiça do Trabalho (BRASIL, 2015b), nas 3ª Instâncias, a Indústria e os Serviços Diversos lideraram o ranking de atividades econômicas com maiores quantitativos de Casos Novos. No TST, as atividades econômicas com maiores quantitativos de Casos Novos foram a Indústria com 23,7%, a Administração Pública com 14,1%, o Sistema Financeiro com 11,8% e os Serviços Diversos com 9,9%. Nos TRT, as atividades econômicas com maiores quantitativos de processos distribuídos foram a Indústria, com 19,8%, Serviços Diversos, com 11,0%, e o Comércio com 9,0%. A individualização por TRT demonstra que a Indústria possui mais ações nas 1ª, 3ª, 4ª, 6ª, 7ª, 8ª, 9ª, 11ª, 12ª, 13ª, 14ª, 15ª, 17ª, 18ª, 19ª, 20ª, 21ª, 23ª e 24ª Regiões; os Serviços Diversos na 5ª Região e o Comércio na 2ª e 10ª Regiões.

Os assuntos mais recorrentes na Justiça do Trabalho são: Aviso Prévio, com 948.861 processos; Multa do Artigo nº 477 da CLT, com 787.326 processos; e, Multa do Artigo nº 467 da CLT, com 674.522 processos (BRASIL, CEP-TST, 2015). Na 24ª Região, o assunto mais recorrente versa sobre rescisão do Contrato de Trabalho/Verbas Rescisórias (BRASIL, 2016).

No Tribunal Superior do Trabalho, os processos recebidos mais os pendentes, oriundos de anos anteriores, totalizaram 540.349 processos para solução. Nos TRTs, os processos recebidos mais os pendentes de anos anteriores totalizaram 1.065.954 aguardando solução. Nas Varas, as ações ajuizadas somadas aos pendentes de anos anteriores e aos Embargos de Declaração interpostos totalizaram 4.545.210 processos na Fase de Conhecimento para solução (BRASIL, 2015b).

No Tribunal da 24ª Região (MS) existia cerca de 70 mil casos pendentes em

2015, ainda para julgamento na 2ª Instância, um aumento de 13,6% em relação ao ano de 2014. O número de casos julgados foi de 9.202 para 11.967 do total a julgar, em torno de 77% de aproveitamento, ficando o estado em 6º lugar no ranking nacional. Na 1ª Instância (Fase conhecimento) a proporção era de 33.063 julgados para 61.691 por julgar. Do total de recursos julgados, em cerca de 70% dos julgados houve a reforma da decisão na 2ª Instância.

A Justiça que mais faz conciliação é a Trabalhista, que consegue solucionar 25% de seus casos por meio de acordo, valor que aumenta para 40% quando considerada apenas na fase de conhecimento (primeiro grau). Na fase de conhecimento dos juizados especiais, o índice de conciliação foi de apenas 16%, sendo 19,1% na Justiça Estadual e 5,6% na Justiça Federal. Na execução, os índices são ainda menores e alcançam 4,1%. No 2º grau, a conciliação é praticamente inexistente, e as sentenças homologatórias. Elas representam apenas 0,3% dos processos julgados. A tendência é um aumento desses percentuais, tendo em vista que, entrou em vigor em março de 2016, o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), prevendo a realização de audiência prévia de conciliação e mediação como etapa obrigatória, anterior à formação da lide e regra geral para todos os processos cíveis (BRASIL, 2016).

Todos esses dados são importantes para que se possa compreender a relevância da mediação na justiça do trabalho, pois se não houver necessidade de instauração de processo na justiça, conseqüentemente, haverá menores custos e maiores serão os investimentos na economia, pois as empresas poderão investir na produção, na melhoria dos processos produtivos, na aquisição de máquinas e equipamentos, bem como na capacitação e contratação de recursos humanos.

MEDIAÇÃO NA JUSTIÇA DO TRABALHO

A Mediação⁶ constitui forma dita alternativa e não adversarial para a solução dos conflitos (CARVALHAL et al, 2006, p. 75-76), uma vez que não está inserida no sistema tradicional de justiça, em que há a interferência do Estado. Por meio de demandas são oferecidas às partes soluções impositivas (sentenças), caso as mesmas não consigam chegar a uma definição através das conciliações (acor-

⁶ O verbo latino *mediare*, que significa mediar, dividir ao meio, intervir ou colocar-se no meio, deu origem ao termo mediação.

dos), também institutos alternativos, mas previstos na legislação processual.

Souza (2004, p. 61) traz um conceito de mediação, que diz que a “mediação é um mecanismo para a solução de conflitos através da gestão do mesmo (sic) pelas próprias partes, para que estas construam uma decisão rápida, ponderada, eficaz e satisfatória para os envolvidos”.

Buscando ainda conceituar a mediação, Eliana Riberti Nazareth (2009, p. 71) escreve que a mediação é

[...] um método de condução de conflitos, voluntário e sigiloso, aplicado por um terceiro neutro e especialmente treinado, cujo objetivo é restabelecer a comunicação entre pessoas que se encontram em um impasse, ajudando-as a chegar a um acordo.

Já para Vasconcelos (2008, p. 36);

[...] mediação é um meio geralmente não hierarquizado de solução de disputas em que duas ou mais pessoas, com a colaboração de um terceiro, o mediador – que deve ser apto, imparcial, independente e livremente escolhido ou aceito -, expõem o problema, são escutadas e questionadas, dialogam construtivamente e procuram identificar os interesses comuns, opções e, eventualmente, firmar um acordo.

Salientam Sampaio e Braga Neto (2007, p. 9) que os métodos para solução dos conflitos de forma pacífica e sem a intervenção da justiça estatal nasceram numa “tendência liberal em todo o mundo” em que se tem a

[...] retirada cada vez maior do Estado dos assuntos de interesse dos particulares, situando-se no bojo do reconhecimento da plenitude do cidadão como objeto de deveres e direitos, que por si só pode melhor administrar, transformar ou resolver seus próprios conflitos.

Calmon (2008, p. 120-121.) registra as orientações do Centro para Resolução de Disputas do Instituto de Administração Judicial dos Estados Unidos da América em seu livro Fundamentos da Mediação e da Conciliação:

[...] mediação é um termo utilizado para descrever um conjunto de práticas elaboradas para ajudar as partes na controvérsia, caracterizando-se pela participação de um terceiro imparcial que ajuda as partes a comunicar-se e a realizar escolhas voluntárias em um esforço para resolver o conflito.

Já Cintra, Grinover e Dinamarco (2009, p. 34.) escreveram que:

[...] a mediação assemelha-se à conciliação: os interessados utilizam a intermediação de um terceiro, particular, para chegarem à pacificação de seu conflito. Distingue-se dela somente porque a conciliação busca sobretudo o acordo entre as partes, enquanto a mediação objetiva trabalhar o conflito, surgindo o acordo como mera consequência. Trata-se mais de uma diferença de método, mas o resultado acaba sendo o mesmo.

A mediação, por ter como foco o conflito em si, tende a ter uma efetividade muito maior do que a conciliação na resolução do impasse, uma vez que esta última pretende, em muitos casos, alcançar somente o acordo sem resolver o problema.

Para melhor entendimento, a palavra mediação vem do latim, do verbo *mediare*, que quer dizer intervir ou se colocar no meio. Apresenta sua definição como sendo um método de condução de conflitos, aplicado por um terceiro neutro e especialmente treinado, cujo objetivo é restabelecer a comunicação produtiva entre as pessoas, que se encontram em momento de impasse, contribuindo para que celebrem um acordo, se esse for o caso (NAZARETH, 2009).

Na concepção de Vezzulla, entende-se por mediação:

[...] a técnica privada de solução de conflitos que vem demonstrando, no mundo, sua grande eficiência nos conflitos interpessoais, pois com ela, são as próprias partes que acham as soluções. O mediador somente as ajuda a procurá-las, introduzindo, com suas técnicas, os critérios e os raciocínios que lhes permitirão um entendimento melhor (VEZZULLA, 1998, p. 15-16).

A referida técnica constitui-se como uma forma, dita alternativa e não adversarial, para a solução dos conflitos, uma vez que não se insere no sistema tradicional de justiça, com interferência do Estado, encaminhadas por meio das demandas, cujas soluções impositivas (sentenças) são oferecidas às partes nas situações em que as mesmas não chegaram a conciliações (acordos) previstos na legislação processual (CARVALHAL, 2006).

O artigo 1º da Lei 13.140/2015 (BRASIL, 2015a) e seu parágrafo único destaca que:

Art. 1o - Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da ad-

ministração pública.

Parágrafo único. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

A percepção de que a mediação é um instrumento informal, que atende a vontade das partes, tendo um terceiro, mediador, papel fundamental de auxiliar as partes conflitantes. Sua prática não é moderna, mas uma prática milenar, utilizada pela primeira vez na China, onde utilizar um tribunal para resolver problemas pessoais era contra a moral e os bons costumes, como enfatiza Nazareth (2009).

O Supremo Tribunal Justiça inseriu no projeto do novo Código de Processo Civil, CPC, em vários artigos de lei, a necessária aparência da Mediação, como a melhor ou senão única forma de se remediar o maior mal, ou seja, a morosidade dos processos, até então causada pela desatenção do Judiciário para com a sociedade.

À legislação específica soma-se o novo CPC, Lei nº 13.105/2015, que entrando em vigor antes mesmo dessa, ainda em janeiro de 2016, sendo apresentada como Lei nº 13.140 de 26 de junho de 2015. Toda legislação incorpora esta poderosa ferramenta de mobilização social, que é a mediação judicial e extrajudicial, dispendo “sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública [...]” (BRASIL, 2015c). O método autocompositivo é assim chamado porque as partes é que decidem; é um método de resolução de conflitos em que as necessidades, os desejos das partes é que são levados em conta.

Nessa nova proposta desenvolvimentista, a pessoa humana protagonista, ou seja, o mediador é o responsável pela promoção das ações nos locais, a fim de colaborar efetivamente para que se,

[...] permita abrir nuevas líneas de acción, un Desarrollo a Escala Humana. Tal desarrollo se concentra y sustenta en la satisfacción de las necesidades humanas fundamentales, en la generación de niveles crecientes de auto-dependencia y en la articulación orgánica de los seres humanos con la naturaleza y la tecnología, de los procesos globales con los comportamientos locales, de lo personal con lo social, de la planificación con la autonomía y de la sociedad civil con el Estado (MAX-NEEF et al., 2006, p. 30).

De acordo com o teórico supra, o desenvolvimento humano, que está diretamente relacionado à ampliação das habilidades e potencialidades do ser humano, se torna fator importante para promover a melhoria da realidade individual e social, propiciando, assim, uma mudança substancial em seu comportamento coletivo.

A conciliação aproxima-se da mediação, com a diferença de que o conciliador não age de forma tão passiva ou neutra como os mediadores. O conciliador trabalha em especial nas proposições dos contendores e não em seus reais e efetivos interesses que, na maioria das vezes, se mostram ocultos (COSTA, 2002).

Na técnica da conciliação, as partes se reúnem por, no máximo dois dias, auxiliadas por uma terceira pessoa que, além de aproximar as partes, opina, sugere e aponta soluções possíveis para o conflito, sendo seu procedimento informal, estabelecendo ligação entre as partes e a pendência posta (COSTA, 2002; GARCEZ, 2009).

A diferença entre a mediação e a conciliação repousa no fato de o mediador não interfere nas negociações, servindo apenas de elo; na conciliação, o conciliador dá sugestões, opiniões e apresenta possíveis soluções para o conflito (INACOM, 2004; COSTA, 2002).

Sobre o método, Fisher et al. (2005) estabelece um percurso para a mediação composto de quatro passos,

a) separar as pessoas dos problemas;

Qualquer método de negociação pode ser julgado imparcialmente por três critérios: deve produzir um acordo sensato, se houver possibilidade de acordo; deve ser eficiente; e deve aprimorar, ou, pelo menos, não prejudicar o relacionamento entre as partes. (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). (FISHER et al., 2005, p. 22).

O importante não são as pessoas, mas os problemas que elas enfrentam. Dessa forma, a mediação pode e deve ajudar a conseguir para ambas as partes boas vantagens e soluções que as satisfaçam, de forma que nenhuma delas saia perdendo.

b) concentração total nos interesses das partes e não na posição que ocupam;

A forma mais comum de negociação, [...] depende de se assumir sucessivamente — e depois, abandonar — uma sequência de posições. Tomar posições [...], atende a alguns fins úteis numa negociação. Diz ao outro lado o que você quer; fornece um esteio nas situações incertas e pressionantes; e pode acabar por produzir os termos e um acordo aceitável. Entretanto, pode-se chegar a esses fins de outras maneiras. E a barganha posicional deixa de atender aos critérios básicos de produzir um acordo sensato, de modo eficiente e amistoso. [...] A barganha de posições cria estímulos que paralisam a resolução. 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. O mesmo se aplica ao outro lado. Cada um desses fatores tende a interferir na pronta obtenção de um acordo. Quanto mais extremadas as posições iniciais e menores as concessões, maiores serão o tempo e o esforço despendidos para descobrir se o acordo é ou não possível (FISHER et al., 2005, p. 24).

Não interessa qual a posição que as partes ocupam, mas sim, seus interesses. Não é o fato de uma das partes quer uma coisa e a outra querer o contrário; é o interesse de ambas que deve receber toda atenção, para que as duas partes saiam satisfeitas.

c) criação de opções de ganhos mútuos:

O mediador deve criar várias chances de ganhos para ambas as partes, com a solução encontrada, de forma a tornar mais atraente a solução do que o problema, fazendo com que ambas as partes entendam que saíram com vantagens. d) Perseverar em critérios objetivos: O mediador precisa ser prático, ter juízo crítico e buscar se preparar para mediar uma situação de conflito, estudando bem o problema e as possíveis soluções existentes. Não se deve ir despreparado para uma medição. A análise de cada caso concreto é de grande valia para encontrar soluções amigáveis para ambos os lados.

De acordo Ghisleni e Spengler (2011), o mediador trabalha para o processo e não para uma das partes nomeadamente, ou seja, um processo que tem por finalidade tão somente a satisfação pessoal de um em prejuízo ao outro, que

não terá sucesso, visto que a mediação tende à resolução do conflito de forma pacífica e levando a concluir que no processo em que há mediação não haverá ganhador/perdedor ou procedência/improcedência, mas sim, duas partes que entrarão em consenso e decidirão a lide conforme sua vontade.

Nesses termos, “a virtude do mediador é aquela do estar no meio, de compartilhar, e até mesmo do ‘sujar as mãos’” (GHISLENI; SPENGLER, 2011, p. 49). O mediador que se coloca como tal deixa de ser mediador e assume uma posição estranha, super partes, incapaz de assumir o litígio como o elemento comum das partes, que é também o meio simbólico a ser transformado e reutilizado, para reativar a capacidade comunicativa.

É imperativo que haja aceitação dos litigantes, de modo a permitir que outra pessoa entre na disputa para ajudar na chegada de uma definição. Todavia, isso não significa necessariamente que as partes “recebam muitíssimo bem o envolvimento do mediador e estejam dispostas a fazer exatamente o que ele diz”, mas sim, que “aprovam a presença do mediador e estão dispostas a ouvir e considerar seriamente suas sugestões” (MOORE, 1998, p.28).

Como a mediação é praticada em diversas situações (fóruns, conflitos, culturas), o tipo de relacionamento que o intermediário tem com as partes influencia o tipo de interferência que é utilizada para ajudá-las. Silva (2004) garante que o mediador inaugura um novo tipo de profissional, porquanto não é um advogado, nem psicólogo ou médico, além de dever ser imparcial e investigar “para conhecer os reais interesses” (p. 113). Além disso, só as próprias partes sabem o que é melhor para elas e, portanto, ele deve falar para que elas falem e se questionem (GHISLENI; SPENGLER, 2011).

Silva (2004), também sustém que a mediação é um procedimento rápido, no qual ocorre “a composição de interesses e não a definição de direitos” (p. 107), e é composto de oito estágios, quais sejam: iniciação (quando as partes optam pela mediação e escolhem o mediador), preparação (informação às partes sobre as características da disputa e resultados que almejam), introdução (esclarecimento do procedimento e aceitação das partes), declaração do problema (discussão aberta das controvérsias), esclarecimento do problema (especificação do problema pelo mediador), geração e avaliação de alternativa(s) (o mediador estimula as partes a se questionarem, conduzindo-as à produção de alternativas), seleção de alternativa(s) (o mediador aponta as soluções inviáveis e praticáveis) e acordo (esclarecimento dos termos do acordo e a confir-

mação da aceitação das partes). Pode haver a necessidade de retornar a alguma etapa anterior para maiores esclarecimentos, que deve ser percebida e efetivada pelo mediador.

A finalização do procedimento de mediação compreende a formalização do acordo. Esta fase necessita da concretização de duas etapas: a “implementação dos procedimentos de indução ao compromisso que vão melhorar a probabilidade de cumprimento”, bem como “alguma forma de atividade simbólica de encerramento do conflito” (MOORE, 1998, p.268).

Para Ghisleni e Spengler (2011) o acordo celebrado entre os litigantes deve ser o mais realista possível a fim de satisfazê-los ao máximo, prevenindo complicações futuras e possibilitando maior durabilidade. Os autores asseveram a importância da elaboração do acordo em uma linguagem fácil e compreensível, contendo todas as especificações decididas pelas partes. A mediação é um procedimento capaz de resolver problemas, porém é, também, potencialmente, uma oportunidade para estabelecer, definir, edificar ou terminar relacionamentos. Tanto os aspectos da mediação referentes à resolução de problemas quanto à definição de relacionamentos ocorrem no contexto da discussão de questões e interesses que podem ser de natureza essencial, processual ou psicológica.

A legislação estabelece que cada tribunal do país poderá criar um cadastro próprio de conciliadores e mediadores, mas esses, se forem advogados, estarão impedidos de exercer sua função no tribunal em que mediarão. Ainda assim, as partes podem escolher um mediador que não necessariamente esteja cadastrado. Haverá o mediador ou conciliador voluntário, mas também haverá mediadores e conciliadores que receberão por seu trabalho, conforme parâmetros estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça. Os mediadores e conciliadores deverão informar sua capacitação, de forma que se conheça sua especialidade, formação, experiência e eventuais impedimentos. Ainda, o conciliador deve confirmar ter realizado curso específico em entidade credenciada, conforme parâmetro curricular definido pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça (art. 167, §1º).

O novo CPC (Lei nº 13.105/2015) também abre a possibilidade para criação de cargo público de conciliador / mediador nos tribunais ou, ainda, permite que esses possam montar um quadro composto por mediadores / conciliadores independentes, que não sejam funcionários públicos, exigindo, contudo, que essas pessoas preencham o requisito da capacitação mínima.

A função de mediador e ou conciliador tanto pode ser remunerada como pode ser realizada como trabalho voluntário. Se remunerada, deverá obedecer tabela de pagamento de honorários instituída por cada Tribunal (art. 169, caput).

Conforme Bonatto (2016, p. s/p.)

O conciliador emprega técnica diversa, sua atuação é mais ativa, incisiva, podendo sugerir acordos, soluções aos conflitantes. A conciliação é indicada para partes que não tem relação jurídica prévia. Ex: direito do consumidor, acidente de trânsito, responsabilidade civil

Em seu art. 166 e §§, o novo CPC estabelece que a conciliação e a mediação serão informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada. A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes. Dessa forma, tornam-se sigilosas todas as conversações da mediação ou conciliação. Pode-se usar de técnicas de negociação, para facilitar e tornar o ambiente mais agradável. A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais (BRASIL, 2015c).

O novo CPC estabelece que os Tribunais (TJ e TRF) deverão criar Centros Judiciários de Solução de Conflitos, sendo os responsáveis pela respectiva organização a partir de diretrizes estabelecidas pelo CNJ na Resolução nº 125, tendo como função realizar todas as audiências de mediação e conciliação, que não serão realizadas pelo juiz e sim, pelos mediadores e conciliadores. Esses centros têm a função de desenvolver programas para disseminar conhecimento sobre conciliação e mediação e sua importância para solução de conflitos (BRASIL, 2015c).

Em relação à mediação na justiça do trabalho, de acordo com Sapiência (2016), desde o ano 2000, a Justiça do Trabalho busca meios extrajudiciais para composição, organizando Comissões de Conciliação Prévia com a finalidade de agenciar um acordo nos conflitos individuais do trabalho. A natureza jurídica das comissões é de mediação, porém, tal instituto não atingiu sua finalidade devido ao enraizamento da cultura da judicialização na mente dos brasileiros.

A utilização da mediação no âmbito do direito do trabalho pode contribuir, em muito, para a celeridade na solução de conflitos, desafogando os tribunais,

evitando gastos por parte dos empresários e da máquina estatal. Tais valores despendidos deixam de serem aplicados no mercado, no crescimento da empresa, na criação de novos empregos, para serem gastos com a justiça. É nesse sentido que a resolução nº 125 do CNJ estabelece a probabilidade de uso imediato, em todas as esferas da justiça, sem exceções para a justiça do trabalho.

De acordo com Borba (2002), o processo de mediação na justiça do trabalho possui vários estágios: o contrato, o desenvolvimento da questão, o estudo do conflito, desenvolvimento de opções e o acordo. Na fase contratual verifica-se a possibilidade de mediar e o estabelecimento de regras comportamentais e processuais. O mediador se preocupa com o desenvolvimento técnico, quando reúne informações, identifica áreas de acordo e organiza questões. Após isso, identifica o conflito, levanta pontos de vista diferentes e a propriedade das partes. A cada tipo de conflito cabe um tipo de mediador, a exemplo, o mediador pode ser um terapeuta, um advogado, um contador, um especialista em recursos humanos, entre outros. Durante a relação de emprego, a mediação pode auxiliar na insatisfação recíproca entre empregado e empregador, pela mudança na forma de administrar ou gerada por qualquer alteração no processo trabalhista da empresa e, inclusive, depois de rompida a relação de emprego, evitando gastos de tempo e recursos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora o Poder Judiciário tenha como principal objetivo a celeridade dos atos processuais, incentivada pela redução dos prazos, a simplificação dos procedimentos e a incessante busca pela conciliação entre as partes, o que se observa é que o número de demandas judiciais vem crescendo consideravelmente a cada ano, proporcionando o acúmulo do número de processos nas Varas e Juizados do país, com atraso nas pautas de audiência e a conseqüente insatisfação do jurisdicionado.

Resulta disso a prestação de uma tutela jurisdicional de qualidade sofrível, uma vez que o principal objetivo do jurisdicionado, ao ingressar com uma demanda judicial, não está sendo alcançado, qual seja, a imediata resolução do conflito. Devido à enorme carga processual acumulada nos últimos anos, o judiciário não está sendo capaz de proporcionar às partes uma tutela jurisdicional de qualidade, célere e eficaz ao mesmo tempo.

A utilização de meios alternativos de resolução de conflitos, em especial a mediação, poderia auxiliar o judiciário a diminuir a carga processual, garantindo às partes celeridade na prestação jurisdicional, sigilo do procedimento, maior informalidade, baixo custo, além da possibilidade de escolher um julgador de sua confiança para intermediar o conflito.

Por se tratar de meio extrajudicial de resolução de conflitos, a mediação ainda encontra resistência por parte de alguns doutrinadores no que tange a sua efetiva aplicação no âmbito da Justiça Comum e Especializada. A incompatibilidade entre o objeto da mediação e a natureza de alguns direitos em litígio e a violação de princípios constitucionais como o da inafastabilidade do Poder Judiciário, do duplo grau de jurisdição, do contraditório e da ampla defesa e do devido processo legal, são alguns dos argumentos apresentados em desfavor da mediação.

Neste tocante, restaria impossibilitada a efetiva aplicação da mediação no âmbito extrajudicial para dirimir os conflitos de interesse. Entretanto, tal entendimento vem sendo mitigado aos poucos pela doutrina especializada e por decisões reiteradas dos Tribunais de todo o Brasil, que tem se posicionado a favor da utilização da mediação, reconhecendo o presente instituto como válido para resolver os conflitos de interesse em sociedade.

Ressalta-se que a mediação constitui uma opção das partes e, nesse sentido, tal escolha não deverá ser considerada como renúncia à jurisdição estatal. Pelo contrário, a existência de meios extrajudiciais de resolução de conflitos permite ao jurisdicionado optar pelo procedimento mais eficaz, seja ele público ou privado, sem, contudo, abdicar do sistema jurisdicional estatal para resolver os litígios decorrentes das relações sociais.

O jurisdicionado tem a faculdade de levar a demanda judicial à apreciação do órgão jurisdicional que melhor lhe aprouver, desde que o este órgão atenda aos fins sociais do processo, julgando a lide de acordo com os preceitos constitucionais e sempre respeitando o devido processo legal.

Assim, a mediação surge como uma alternativa de jurisdição, reconhecida pela Constituição Federal como instrumento legal capaz de dirimir os conflitos de interesse, uma vez frustrada eventual negociação entre partes litigantes. O instituto da mediação, entretanto, ainda é pouco utilizado, ou mesmo desconhecido, pela maioria da população, fruto principalmente da falta de informação e de incentivo na utilização de meios extrajudiciais de resolução de contendas.

A utilização de meios alternativos como a mediação serve para, se não resolver, pelo menos tentar minimizar o colapso da via jurisdicional de solução de conflitos agravado pelo aumento crescente do número de demandas nas diversas esferas do Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

BASTAZINE, C. A. **Mediação em relações individuais de trabalho**. 2012. 181 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho e da Seguridade Social)- Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

BONATTO, F. M. **Mediação e conciliação no novo CPC**. Santos Silvério Advogados on-line. Porto Alegre, mai. 2016. Sessão Publicações. Disponível: <http://ssa.com.br/conciliacao-e-mediacao-no-novo-cpc/>. Acesso: mai. 2016.

BORBA, J. N. **Direito coletivo do trabalho e mediação: teoria e prática**, São Paulo: LTr, 2002.

BRASIL, Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 29 jun. 2015a. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso: mai 2017.

BRASIL. Coordenadoria de Estatística e Pesquisa do Tribunal Superior do Trabalho. **Relatório geral da justiça do trabalho**: 2015. Brasília, DF, CESTP, 2015b. Disponível: www.tst.jus.br/estatistica. Acesso: dez. 2016.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 mar. 2015c. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso: mai. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2016 - Infográficos: ano-base 2015**. Brasília: CNJ, 2016. Disponível: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros> Acessado: mai. 2017

CALMON, P. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

CARVALHAL, E. do.; ANDRÉ NETO, A.; ANDRADE, G. M. de; ARAÚJO, J. V. de. **Negociação e administração de conflitos**. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

CINTRA, A. C. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. **Teoria geral do processo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

COSTA, N. C. A. da. **Poderes do árbitro**: de acordo com a Lei 9.307/1996. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CREMONESI, A. A litigância de má-fé no processo do trabalho. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade São Judas Tadeu**. n.2, segundo semestre de 2014. Disponível: <http://www.usjt.br/revistadireito/>. Acesso: jan. 2017.

FISCHER, Roger. **Como chegar ao sim**: negociação de acordos sem concessões. Tradução Vera Ribeiro; Ana luiza Borges. 2. ed, revisada e ampliada, Rio de Janeiro: Imago Editora, 2005.

GARCEZ, J. M. R. **Contratos internacionais comerciais**: planejamento, negociação, solução de conflitos, cláusulas especiais, convenções internacionais. São Paulo: Saraiva, 2009.

GHISLENI, A. C.; SPENGLER, F. M. **Mediação de conflitos a partir do Direito Fraternal**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011.

INSTITUTO INTERNACIONAL DE ARBITRAGEM, MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO. **Mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos**. Apostila II. Belo Horizonte: INACOM, 2004.

MOORE, C. W. **O processo de mediação**: estratégias práticas para a resolução de conflitos. Porto Alegre: Artmed, 1998.

NASCIMENTO, A. M. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho.** 28. ed. São Paulo: Saraiva Ed., 2009.

NAZARETH, E. R. **Mediação: o conflito e a solução.** São Paulo: Arte Paubrasil, 2009.

MAX-NEEF, M. A.; ELIZALDE, A.; HOPENHAYN, M. **Desarrollo a escala humana: conceptos, aplicaciones y algunas reflexiones.** Barcelona: Icaria, 2006.

SAMPAIO, L. R. C.; BRAGA NETO, A. **O que é mediação de conflitos.** São Paulo: Brasiliense, 2007.

SAPIÊNCIA, V. A mediação na justiça do trabalho. **Folha de São Paulo, Tendências/Debates on-line.** São Paulo, Folha de São Paulo, jul. 2016. Disponível: <http://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2016/07/1790754-a-mediacao-na-justica-do-trabalho.shtml>. Acesso: jan. 2017.

SILVA, J. R. da. **A mediação e o processo de mediação.** São Paulo: Paulistanajur, 2004.

SOUZA, Z. A. de. **Arbitragem - Conciliação - Mediação nos Conflitos Trabalhistas.** São Paulo: LTr, 2004.

VASCONCELOS, C. E. de. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas.** São Paulo: Método, 2008.

VEZZULLA, J. C. **Teoria e Prática da Mediação.** Paraná: Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil, 1998.

A PROPOSTA DE MEDIAÇÃO COMO ALTERNATIVA PARA RESOLVER CONFLITOS, DIANTE DA CRISE DE JURISDIÇÃO E CULTURA DO LITÍGIO

THE PROPOSAL FOR MEDIATION AS AN ALTERNATIVE
TO RESOLVE CONFLICTS, IN FACE OF CRISIS OF
JURISDICTION AND THE CULTURE OF DISPUTE

Caroline Fockink Ritt¹

Recebido em: 27/05/2017
Aprovado em: 14/08/2017

RESUMO

O presente trabalho pretende demonstrar por quais razões pode-se considerar a mediação como uma proposta de política pública eficiente na resolução dos conflitos sociais. O Poder Judiciário, que detém a violência legítima e a quem é dado o poder de resolução de conflitos sociais, está assoberbado de litigância e não consegue atender, faz tempo, aos anseios da sociedade de dar a boa e devida resposta jurisdicional. Foram analisadas a proposta de mediação, seus principais passos, suas técnicas e sua principal característica: uma forma de incentivar o diálogo, o acordo, onde não existe a cultura do vencedor e do vencido, mas um ambiente sem beligerância no qual todos são vencedores. É uma política pública inovadora a ser adotada para resolução de conflitos.

PALAVRAS-CHAVE

Conflitos. Mediação. Direito.

¹ Caroline Fockink Ritt é doutoranda em Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, Mestre em Direito e Professora de direito penal da UNISC. E-mail: rittcaroline@unisc.br

ABSTRACT

The present article aims to demonstrate for what reasons mediation can be considered as a proposal of efficient public policy in resolution of social conflicts. The Judiciary, which holds legitimate violence and to whom is given the resolving power of social conflicts, is overwhelmed with litigation and has not been able to attend, for a long time, to society's desire of giving a good and due jurisdictional response. It was analysed the proposal of mediation, its main steps, techniques and main characteristic: a way to incentive dialogue, agreement, where there is no culture of the winner or loser, but an environment without belligerence in which everyone are winners. It is an innovative public policy to be adopted for conflict resolution.

KEYWORDS

Conflicts. Mediation. Law.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende, com base nas aulas e leituras realizadas durante o semestre, demonstrar por quais razões podemos considerar a mediação como uma proposta de política pública eficiente na resolução dos conflitos sociais. Observa-se que o Poder Judiciário, que detém a violência legítima e a quem é dado o poder de resolução de conflitos sociais, está assoberbado de litigância e não consegue responder, faz tempo, aos anseios da sociedade de dar a boa e devida resposta jurisdicional. Para desenvolver este trabalho será abordado, num primeiro momento, o conflito propriamente dito: suas causas e o que ocorre em sociedade quando ele acontece. Da mesma forma, será analisada, também, a cultura social do conflito. Na realidade, muito pouco se estuda ou se incentiva a cultura do acordo, a cultura de paz, o diálogo ou a mediação, a oportunidade de um ouvir o outro e chegar a um consenso. A cultura do conflito também está enraizada no ensino jurídico, que tem como sua principal característica ensinar para a beligerância, para o processo judicial, para o confronto. Não há um ensino jurídico para a paz, para a mediação, que busque resolver de forma pacífica os conflitos sociais.

Serão apresentadas, no presente trabalho, ideias de uma nova proposta de ensino jurídico, dissociado do conflito e que eduque para a promoção da democracia e da cidadania. Finalmente será feito um estudo da mediação propriamente dita. Sem a possibilidade de esgotar o assunto, será apresentada sua conceituação e explicação das principais técnicas para a sua aplicação. A mediação é considerada uma política pública inovadora que deve ser adotada para resolução de alguns tipos de conflitos, pois ela mesma aponta situações em que não poderá ser implementada, como, por exemplo, diante de direitos indisponíveis. Serão analisadas as suas técnicas e seus procedimentos e a possibilidade de bons e pacíficos resultados, baseados nos ensinamentos e nas leituras disponibilizadas e nas discussões que fizeram parte da cadeira de doutoramento.

1. O CONFLITO: O HOMEM DIANTE DOS CONFLITOS SOCIAIS E A VIOLÊNCIA

Com as relações sociais acabam acontecendo, naturalmente, os conflitos. A convivência do homem em sociedade, uns com os outros, traz a possibilidade

de ocorrerem conflitos e até atos de violência. O conflito pode advir de inúmeras situações. A palavra conflito é oriunda do latim, e tem como raiz etimológica a noção de choque, ou a ação de chocar, de contrapor ideias, palavras, ideologias, valores ou armas. Pode ser definido como sendo uma forma de interação entre os indivíduos, grupos, organizações e coletividades, que implica choques. Já a violência é compreendida como sendo a intervenção física de um indivíduo ou grupo contra outro indivíduo ou grupo. Também pode ser entendida como uma intervenção contra si mesmo. E, para que haja violência, é necessário que a intervenção física seja voluntária, tenha por objetivo destruir, ofender ou coagir. (BOBBIO, 2000, p. 225)

Dentre as situações que trazem alguma forma de conflito, pode ser abordada a questão dos papéis sociais. Os papéis sociais são a série de expectativas, que se ligam, em uma determinada sociedade, ao comportamento dos portadores de posições. A sociedade é quem estabelece quais são esses papéis, para todos que vivem nela, e que criam expectativas sobre eles. (DAHRENDORF, 1969, p. 54)

A sociedade deposita nas pessoas uma expectativa, dá a elas um papel social que deverão exercer. E, quando isso não acontece, pode gerar, além de frustrações, também conflitos sociais. Pode-se exemplificar ainda que, quando ocorre a quebra desses papéis, com inovações e até rupturas de paradigmas, as novas posições, opiniões e ideias também geram conflitos e até um certo desconforto social. Na história da medicina, por exemplo, isso se comprova com o estudo da febre traumática, também chamada de febre puerperal, que atingia as parturientes, mulheres que morriam de febre, após dar à luz a seus filhos. O homem que estudou as causas da febre, percebendo sua fatalidade, foi o médico Inácio Filipe Semmmelweis.

A sociedade impõe a todos, de uma forma direta ou indireta, que se pratique papéis sociais. Garante viver em harmonia a todos que aceitam e ocupam as várias posições estabelecidas, como, por exemplo: de mães, de pais, de filhos, de profissionais, de integrantes de clube social e de outras formas de organização, ou seja, os papéis que irão desempenhar. Essas expectativas de papéis sociais, ao mesmo tempo, podem obrigar as pessoas a repressões, e conduzir a conflitos, que atingem a todos profundamente, como foi a situação da medicina já explicitada. Para qualquer grupo humano, são encontradas determinadas regras e sanções, e esse grupo, ao qual se pertence, acaba influenciando no comportamento de seus membros e também dos não membros. Tais regras

criam as expectativas sociais. (DAHRENDORF, 1969, p. 52-69)

Se essas expectativas não são atendidas, pode ser criada uma situação de conflito. Se muitas vezes defende-se ideias diferentes, como forma de quebras de paradigmas sociais, isso também pode trazer discordâncias e conflitos. Não necessariamente o conflito é algo negativo. Poderá sim, apresentar até aspectos positivos, porque acaba trazendo mudanças sociais. Não se põe em dúvida: “Que el conflicto tiene relevância sociológica, por cuanto genera o modifica comunidades de intereses, unidades y organizaciones, no es algo que se ponga em duda” (SIMMEL, 2013, p. 17)

Nesse caminho histórico, a força física foi implementada e, depois substituída pelo uso dos chamados meios auxiliares. Era considerado vitorioso aquele que tinha a arma melhor ou que melhor soubesse manuseá-la. Com a chegada das armas, o pensamento, ou os “cérebros superiores” começaram a superar a força bruta. Mesmo assim o objetivo do conflito continuava o mesmo: um partido deveria ser forçado a, pela ofensa ou pelo enfraquecimento, recuar de uma pretensão ou recusa. (WERMUTH, 2015, p. 35)

Com relação a papéis sociais estabelecidos, discordância de opiniões, relação de poder, em que necessariamente deverá ocorrer a submissão de uma parte, pode-se estar em situação que vai levar ao conflito. Em casos extremos, ela acaba se tornando uma relação violenta. Todo conflito que não é absolutamente impessoal mobiliza forças individuais disponíveis, atingindo, de forma singular, aqueles que nele entram. Terminado o conflito, com vitória ou derrota, reconciliação ou compromisso, essa estrutura psíquica se transforma em uma estrutura de paz. O ponto central comunica as energias mobilizadas e acalma a excitação. (SIMMEL, 2013, p. 83-8).

O Estado tomou para si a possibilidade de resolver os conflitos. Se tal não ocorresse, voltaria o tempo da barbárie, quando um povo dominava, com violência, o outro. Para fazer isso, o Estado, através do Poder Judiciário, estabelece competências e atribuições para a jurisdição. Baseado em leis, impostas pelo Estado, é ele quem resolve os conflitos sociais. Na Jurisdição, o Estado fica numa posição de substituto das partes. Tal modelo é baseado em princípios que estão expressos na própria lei e reconhecidos socialmente. Ocorre que, atualmente, esse modelo de resolução de conflitos, a jurisdição, está muito desgastado, não atendendo mais a sociedade de forma satisfatória. Existe também uma “cultura do conflito”, onde não há uma formação, nem nas escolas

de direito, que incentive ao não conflito, a outras formas de resolução. Este é o assunto a ser desenvolvido no próximo ponto.

2. A ATUAL CRISE DE JURISDIÇÃO E A “CULTURA DO CONFLITO”

O Estado tomou para si o monopólio da jurisdição, sendo, então, o único autorizado a praticar atos de violência (violência legítima), que estão previstos em situações específicas, através de determinações encontradas no direito positivo. É a chamada *violência legítima*. Quando ela ocorre é praticada pelo Estado e, de acordo com as suas determinações legais, através do exercício da jurisdição, que se baseiam em disposições legais do direito positivo. E, devido a vários motivos, alguns dos quais serão desenvolvidos, a jurisdição não responde mais aos anseios sociais de forma satisfatória. Ao mesmo tempo vive-se diante de uma *cultura do conflito*: não há formação jurídica, tanto no ensino jurídico, como em outras formas de relação social, que incentive a paz, os acordos ou a mediação na resolução desses conflitos. O atual ensino jurídico também privilegia o conflito. A maioria dos conteúdos apresentados nos Cursos Superiores de Direito, por exemplo, são puramente técnicos, focados no estudo e na melhor prestação da jurisdição, através do processo judicial. Percebe-se uma carência de incentivo para o estudo e o conhecimento de outras formas de resolução dos conflitos, de uma cultura de paz e de composições.

É ao juiz, considerado um terceiro imparcial, socialmente instituído, que é confiada a tarefa de levar consideração à singularidade dos casos, sem se afastar do princípio abstrato inscrito na regra. (OST, Francois. 2005, p. 209)

É justamente o direito que consagra a ordem estabelecida, que é uma visão do Estado, garantida pelo Estado. E o direito é, sem dúvida, a forma por excelência do poder simbólico. Ele nomeia e também cria as coisas nomeadas e, em particular, os grupos. É o direito quem confere a essas realidades, que surgiram através de suas operações, toda a permanência, tanto de coisas como também de instituições históricas. (BOURDIEU, 1989, p. 224-237)

À justiça é atribuída a tutela das pessoas que estão desorientadas, dos abandonados, pela falta de determinações modernas. É a justiça quem se encarrega daquilo que se chamava a salvação das pessoas. E é o Estado quem deve garantir o bom funcionamento da justiça num espaço protegido, delimitado dentro do espaço público. (GARAPON, 1999, p. 184-195)

Ocorre que este modelo, do monopólio da jurisdição, que pertence somente ao Estado, encontra-se, atualmente, esgotado. Tal ocorre, principalmente em função da crescente e complexa litigiosidade que é consequência das inúmeras contradições sociais. Essas contradições sociais acabam tendo como resultado a marginalização e a exclusão social dos indivíduos. (SPENGLER, 2010, p. 107)

Aqueles que são considerados excluídos têm sua vida, sua existência sem cidadania. Tais pessoas não têm o mínimo sentido da própria identidade, justamente por não terem consciência de que são esquecidos. Não podem verbalizar para si mesmos sua condição de esquecidos, eles não existem nem para si mesmos. Nesse contexto, questiona-se como a Justiça brasileira pode chegar a eles. Quando ao mesmo tempo defende-se que, para os esquecidos, não adianta aproximar-se deles apenas outorgando-lhes o título de eleitor, e achando que assim se integram à cidadania. Defende-se que a Justiça do Brasil para essas pessoas, que são excluídas e tidas como esquecidas, tem que ser pedagógica e terapêutica. (WARAT, 2010, p. 03-04)

A jurisdição, atualmente, está diante da crescente e complexa litigiosidade que ocorre devido às inúmeras contradições sociais, resultando na marginalização e na exclusão das pessoas. Além do aumento considerável de litigiosidade, essas pessoas estão perante a burocracia estatal que é enorme. Também se constata, como realidade, a produção legislativa que é feita de forma desenfreada, produzindo, conseqüentemente, a faculdade discricionária dos juízes. (SPENGLER, 2010, p. 107-109)

Registra-se ainda a morosidade judicial, muito criticada por todos. O excesso de tempo para as decisões cria uma expectativa muito frustrante, de as pessoas não terem seus interesses atendidos, num tempo aceitável pelo Estado. O processo temporal produz e modifica as referências com que os sistemas sociais elaboram as suas estratégias de vida, constroem expectativas, verificam experiências e registram gratificações e desilusões. (RESTA, 2014, p. 56)

Como consequência da soma dessas deficiências: de identidade, de morosidade e da pouca eficiência é que se discute a tão aclamada crise de jurisdição. A partir da crise do Estado, está ocorrendo a sua gradativa perda de soberania. Está demonstrada a sua incapacidade de dar respostas céleres aos litígios atuais, também exposta à sua fragilidade nas esferas legislativa, executiva e judiciária. Enfim, a perda, quase total, de sua exclusividade de dizer como também aplicar o Direito. (SPENGLER, 2010, p. 103)

Observa-se que justamente o campo jurídico é o lugar de concorrência pelo monopólio do direito, ou seja, de dizer o direito, de se realizar a boa distribuição ou a boa ordem. Nessa atribuição se defrontam agentes que estão investidos de competência social e técnica. Ela consiste, essencialmente, na capacidade reconhecida de interpretar, de maneira mais ou menos livre ou autorizada, os textos jurídicos, pois são eles que consagram a visão legítima, justa, do mundo social. (BOURDIEU, 1989, p. 212)

É, justamente, pela jurisdição que o Estado entra como um terceiro, substituindo as partes envolvidas, para, assim, tratar o conflito, através do Direito objetivo, fazendo isso de forma imparcial e neutra. As considerações referentes à jurisdição e a suas crises de identidade, como também de pouca eficiência, criadas e fomentadas a partir da globalização cultural, política e econômica, são consequências da crise estatal. O Judiciário encontra-se no centro dos principais debates nas últimas décadas. Tais debates apontam para suas crises, das quais emerge a necessidade de reformas estruturais de caráter físico, pessoal e, principalmente político. A crise se intensifica quando se observa o aumento das instâncias de caráter “privado” no tratamento de conflitos sociais e, paralelamente, a perda de espaço de atuação judicial/estatal como mediadora, o que se converte em risco para a democracia. (SPENGLER, 2010, p. 102)

Mesmo diante da realidade de crise de jurisdição, ainda se vê, em praticamente todos os ambientes jurídicos, o cultivo da cultura do conflito, principalmente, com relação ao ensino jurídico, onde estão ensinando e sendo ensinados para o conflito, para a beligerância e não para o cultivo da paz, ou para o estudo de outros modos de resolução de conflitos. É o que se pretende abordar no próximo ponto.

2.1 A CULTURA DO CONFLITO: O LITÍGIO, A JURISDIÇÃO E A SEGURANÇA JURÍDICA

Apesar da crise real referente à jurisdição, que há muito não atende aos reclames e não traz respostas satisfatórias para a sociedade, devido às suas crises, tanto de eficiência como de legitimidade, o que se verifica, com relação aos operadores do direito, é com relação à formação nos cursos jurídicos, formação que vamos nominar no presente trabalho como cultura do conflito. Os juristas, em praticamente sua totalidade, são preparados para litigar. Resolver conflitos

significa trazer todos os fatos para um processo judicial e, assim, tentar resolvê-los. Existe a falsa certeza de que aquele terceiro imparcial, o juiz, através de uma decisão, da sentença, teoricamente imparcial, irá resolver o conflito que acontece na vida de cada um.

Com relação à forma do conflito, no próprio processo legal ocorre o pedido das partes que irão se defender daquele argumento, motivo que teria originado o conflito. Acreditam que não irá ocorrer a intervenção de fatores pessoais ou até externos. A disputa legal só é interessante na medida em que nela se encaixa o que interessa diretamente ao conflito. Nas histórias, que são contadas e pleiteadas no tribunal, são trazidas, a cada dia, novas intrigas que são como a mediação entre a ficção oficial do código e as ficções que são trazidas pelos personagens singulares da vida real. Não é raro ocorrer que, diante dessas condições, tenha-se um demandador, que é obstinado ou até um litigante imaginativo. Esses podem acabar obtendo o benefício de uma interpretação que seja considerada inovadora ou mesmo de uma reorientação da jurisprudência, que irá anunciar talvez uma mudança da própria lei. (OST, 2005, p. 20)

Além disso, a disputa se move em direção que, por vezes, não tem nada a ver com o que se quer elucidar. Nas civilizações desenvolvidas, o confronto legal é desenvolvido por profissionais, como forma de subtrair o conflito de associações pessoais e até alheias. O conteúdo prático da lei se revela no veredicto, na decisão final. O veredicto é, pois, o resultado de uma luta simbólica entre profissionais dotados de competências técnicas e sociais que são até desiguais. Esses profissionais são capazes de mobilizar, de modo desigual, os meios ou os recursos jurídicos que estão disponíveis, pela exploração das “regras possíveis”, e, assim, os utilizam de forma eficaz, ou seja, como armas simbólicas. Dessa forma, fazem *triumfar* a sua causa. O efeito jurídico da regra, a sua significação real, determina-se na relação de força específica entre os profissionais. Essa relação tende a corresponder à relação de força entre os que estão sujeitos à jurisdição respectiva. (BOURDIEU, 1989, p. 224-225)

É a lição paradoxal do talião que estabelece: tratar o mal com o mal, buscar o remédio na causa mesma do mal; automedicação em vez de recurso a um terceiro. (OST, 2005, p. 126). Na cultura do conflito, o direito, teoricamente, é quem trará a segurança jurídica. Isso ocorre através de aplicação de suas determinações. Nessa realidade, os operadores não são formados para uma cultura de paz e não possuem qualquer sensibilidade para viverem e terem

sensibilidade para relacionar-se uns com os outros.

El conflicto jurídico, al igual que el lúdico, manifiesta la interacción recíproca entre dualidad y unidad de la relación social; y, justamente porque se circunscribe a, y procede mediante, la rigurosa unidad de las normas y obligaciones comunes, el combate adquiere esse carácter extremo y absoluto. (SIMMEL, 2013, p. 35)

Os operadores do Direito não revelam nenhuma sensibilidade. Pelo contrário, observa-se que as formas dominantes de conceber o Direito também conseguem formar operadores sem sensibilidade. São operadores sem a capacidade de relacionar-se sensivelmente com os outros e até com o mundo. Mostram uma enorme incapacidade de escutar os sentimentos das pessoas, terminam só escutando, de modo autorreferencial, as vozes e crenças de sua ideologia funcional ou institucional. Somente escutam a elas e, ao mesmo tempo, ficam fascinados por elas. Geram um processo em que terminam devorando-se a si mesmos por conta de suas ideologias. Outros defenderam, como Warat (2010, p. 49-50) ao rebater a cultura do conflito, que não haveria dúvida da necessidade de ser elaborada outra concepção do Direito, este, então, ficando longe do normativismo. Para ele, o que mais afeta no processo decisório não seria a sua debilidade racional, mas as marcas traumáticas que toda decisão deixa no estado de consciência das pessoas. Observa o autor, que a transformação do conflito em um litígio exige o percurso institucional de um processo, que, de forma inevitável, acaba traumatizando as partes. Ele demonstrava uma preocupação muito grande com o que nominou de “traumas processuais”. Afirmava: “Prefiro o Direito muito mais imperfeito e muito mais sensível”.

O processo judicial é traumático: ao contrário do debate doutrinal, o processo conserva algo da violência. De outro lado, ele mobiliza todos os recursos do rito, a fim de reavivar a autoridade necessária para manter a violência a distância. Assim, o processo moderno deve ser compreendido menos como o recalque da tradição e de seu imaginário fundador, do que como sua incorporação no núcleo mesmo da prática jurídica. (OST, 2005, p. 142)

Os poderes da homologação só são exercidos plenamente por aqueles que estão ao mesmo nível no universo regulado do formalismo jurídico. As “lutas” são altamente racionalizadas. Elas estão reservadas àqueles que detêm uma grande competência jurídica, que está associada, principalmente,

entre os advogados. Essa competência específica de profissionais da luta jurídica é exercitada através da utilização de formas e fórmulas como “armas”. (BOURDIEU, 1989, p. 250-251)

A cultura do conflito é a realidade a que os juristas estão preparados. Observa-se que quase a totalidade dos juristas possuem a expectativa de que, num processo legal, o Estado, através do Poder Judiciário, vá responder às suas pretensões, mesmo diante da realidade de que a jurisdição não responde mais de forma satisfatória à sua atribuição, por vários motivos, deficiências que já foram analisadas. Ainda cultuam a ideia que num processo judicial vão encontrar a melhor decisão, colocando, assim, em risco a cultuada *segurança jurídica*, ao optar por outras fórmulas. Afinal o processo judicial deve ser o direito positivo e é dirigido por profissionais técnicos que melhor conhecem as fórmulas jurídicas. Não se convive com a cultura da paz, muito menos possuem os juristas formação de algum tipo de sensibilidade diante da realidade e da pluralidade dos problemas sociais. Esta cultura de litigar também é ensinada em nosso ensino jurídico. Se deseja uma realidade diferente, deveriam ocorrer outras abordagens em nosso ensino jurídico. É o que se pretende abordar no próximo ponto.

2.2 A CULTURA DO CONFLITO COMO UMA DAS CONSEQUÊNCIAS DO ATUAL SISTEMA DE EDUCAÇÃO JURÍDICA

A cultura do conflito também é um reflexo do que é ensinado nos atuais cursos jurídicos. Não há a formação acadêmica de cultivar uma cultura de paz ou de procurar uma outra alternativa para a solução dos conflitos, que não aquela de litígio, do processo, do enfrentamento, ou seja, da violência legalizada, que é aplicada pelo Estado, através do Poder Judiciário. Defende-se, então, que a concepção de educação dominante desde o paradigma da modernidade precisaria ser substituído. Estaria ainda sendo cultivada, uma concepção que, diante da atual realidade, encontra-se fracassada. (WARAT, 2010, p. 117)

Atualmente, domina no ensino jurídico uma cultura normativista, técnico-burocrática, baseada em três grandes ideias, que são: a autonomia do direito, a ideia de que o direito é um fenômeno totalmente diferente de tudo o que ocorre na sociedade e que o direito é independente com relação a essa sociedade. Essa é uma concepção completamente restritiva, com relação ao que é, realmente, esse direito ou como ele, o direito, se aplica. É uma concepção bu-

rocrática ou administrativa dos processos. Ao se buscar uma transformação do Poder Judiciário, com o objetivo de transformar, de obter uma transformação democrática de justiça, é necessário que ocorra também uma transformação no ensino e na formação jurídica. (SANTOS, 2014, p. 103-104)

Há uma realidade em que a concepção dominante, em termos de educação, é a sedentária. Observa-se um aluno que está condenado a ficar quieto, que renuncia a qualquer questionamento, diante de equívocos, ou interpretações equivocadas e recebe passivamente o saber do professor. Também há professores sedentários em seu próprio discurso, pois não procuram escutar os outros, sequer permitem a interação da sala de aula. (WARAT, 2010, p. 117-118)

O sistema de justiça, incluindo o sistema de ensino e formação jurídicas, não foi criado para responder a um novo tipo de sociedade ou a um novo tipo de funções. Foi criado não para um processo de inovação, de ruptura, mas para um processo de continuidade e, quando muito, para fazer melhor o que sempre tinha feito, ou seja, o litígio. (SANTOS, 2014, p. 100)

Surgiram novas categorias de direitos e de sujeitos jurídicos, legitimados a pleiteá-los. Fala-se aqui dos direitos coletivos, individuais homogêneos e os direitos difusos. Esses novos direitos produziram também novos atores que determinaram a transferência do conflito da zona política para a jurisdicional. As demandas sociais se tornam jurídicas. A realidade de novos direitos provocou uma explosão de litigiosidade, tanto em termos qualitativos como também quantitativos. Essa realidade demonstra ainda mais incapacidade e as deficiências da estrutura judiciária, que passou a ser requisitada de forma ampla. (SPENGLER, 2010, p. 104)

Para que ocorra a concretização de um projeto político-jurídico, que traga a reformulação, de forma democrática, da justiça, é necessário mudar completamente o ensino e a formação de todos os operadores de direito, como funcionários, membros do ministério público, defensores públicos, juízes e advogados. Será necessária uma revolução que deverá ser também epistemológica, que permita passar da chamada “monocultura da ciência jurídica” para uma ecologia de saberes jurídicos. É necessário formar profissionais para a complexidade, para os novos desafios e para os novos riscos. As novas gerações vão viver numa sociedade que acaba combinando a aspiração democrática, que é muito forte, com uma consciência da desigualdade social, que é bastante sólida. Do mesmo modo, há uma consciência que é complexa, resultado do

duplo objetivo que é a realização de igualdade e de respeito das diferenças. (SANTOS, 2014, p. 100-102)

A dogmática jurídica é apenas um dos saberes jurídicos que vigoram na sociedade. Todos os saberes jurídicos merecem ser estudados nas faculdades para que se possa avaliar o seu relativo valor. As novas faculdades de direito deverão pautar os seus programas de estudo multidisciplinar numa educação jurídica que deve ser intercultural, interdisciplinar e que tenha uma forte ideia de responsabilidade cidadã. Dessa forma será possível combater os três pilares da cultura normativista técnico-burocrática, que já foi referida: a ideia de autonomia do direito, do excepcionalismo do direito e da concepção tecnoburocrática dos processos. (SANTOS, 2014, p. 114-115)

Sem esquecer que a transformação nos cursos de direito passa também pela formação dos professores. A maioria deles nunca teve acesso a qualquer preparação pedagógica. Um professor sem qualquer preparação pedagógica e sem qualquer reflexão crítica acerca da sua ação docente torna-se um improvisador ou, no melhor dos casos, um especialista de ensino onde não há diálogo. Ele é contratado para proferir alguns discursos semanais, e esses deverão ser repetidos fielmente em provas e trabalhos. (SANTOS, 2014, p. 109-110)

Há, em nosso ensino jurídico, de forma predominante, o ensino que cultiva a cultura do conflito, onde as faculdades de direito ensinam a beligerância, o foco principal é o de dominar, entender matérias consideradas mais importantes, tradicionais e principalmente o processo judicial. Poucas instituições possuem o equilíbrio de abordar de forma paritária o ensino, pesquisa e a extensão. Se esse tripé fosse adotado pela maioria das instituições de ensino jurídico, aproximando os alunos da comunidade, inclusive, haveria uma formação mais cidadã e democrática no ensino jurídico. Da mesma forma, há a necessidade de abordar novas formas de resolução de conflitos, que não frustrem as pessoas diante da morosidade, dêem oportunidade para o diálogo e tragam acordos em uma cultura de paz. Uma dessas é a mediação: ponto que vamos abordar a seguir.

3. A MEDIAÇÃO COMO UMA NOVA PROPOSTA PARA A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

O Poder Judiciário, em que pesem todas as suas deficiências, não é uma instituição dispensável. Necessário pensar em outras alternativas de resolução

de conflitos, dentre as quais pode ser analisada a mediação. Nas últimas décadas o Poder Judiciário esteve no centro de inúmeros debates. Esses debates apontam, principalmente, para as suas crises e deficiências. Há a necessidade de reformas estruturais de caráter físico, pessoal e, principalmente, político, do Poder Judiciário. Essa crise se intensifica quando se observa que está ocorrendo o aumento das instâncias de caráter “privado” no tratamento de conflitos sociais, o que resulta em risco para a democracia. (SPENGLER, 2010, p. 101-102)

Quando há um contexto organizacional que é resistente a mudança, como consequência se estará diante de um contexto de isolamento e de relutância de opiniões e críticas externas. No caso dos tribunais, a falta de uma nova cultura jurídica e organizacional pode levar ao progressivo isolamento social. Quando isso ocorre, tem-se uma grave disjunção entre os propósitos de aperfeiçoamento da justiça e de seus destinatários finais, que são os cidadãos. O objetivo deveria ser a criação de uma cultura jurídica que levasse os cidadãos a sentirem-se mais próximos da justiça. (SANTOS, 2014, p. 146)

O principal motivo para ocorrer o fim de um conflito é o desejo de paz. E, através do desejo de paz, ocorrem outros motivos indiretos: um seria o esgotamento das forças, que muitas vezes marca um desejo de paz, mas não necessariamente nega o desejo de lutar. Outro, é que o interesse do conflito fica superado por um interesse superior, quando esse interesse é dirigido a um outro objeto. (SIMMEL, 2013, p. 83)

Observa-se, no entanto, que “Em cualquier outro combate, incluso el más rabioso, siempre puede caber algo subjetivo, alguna pericia más o menos fatal o la intervención de un tercero.” (SIMMEL, 2013, p. 34)

É pela jurisdição que o Estado entra como um terceiro elemento. Conforme abordado, ele substitui as partes envolvidas, tratando o conflito, através da aplicação de um direito objetivo e de forma imparcial. As considerações referentes à crise na jurisdição são também consequências da crise estatal. Conforme já abordado, deve-se discutir a crise de jurisdição a partir da crise do Estado. Ele passa a perder, de forma gradativa, a sua soberania, diante de sua incapacidade de dar respostas céleres aos litígios atuais, diante das fragilidades nas esferas legislativa, executiva e judiciária, na perda de exclusividade em dizer e aplicar o Direito. Demonstrada a incapacidade do Estado de monopolizar esse processo, como consequência há uma tendência de desenvolver outros procedimentos jurisdicionais, como a arbitragem, a mediação, a conciliação e a

negociação, almejando alcançar celeridade, informalização e pragmaticidade. (SPENGLER, 2010, p. 104)

O conflito termina ou com a vitória de um dos dois rivais, ou então com a intervenção de um Terceiro, ou acima, ou no meio, ou contra os dois rivais. Se um conflito deve ser solucionado através do uso da força, um dos dois deverá ser eliminado. Se deve ser solucionado pacificamente, é preciso que surja um Terceiro no qual as partes confiem ou ao qual se submetam. Observa-se que: “Duas únicas pessoas não estabelecem um acordo duradouro”. (BOBBIO, 2009, p. 280)

Um verdadeiro Terceiro, de fato, chamado também de Neutro, que, não se enfileirando nem em um, nem em outro lado, representa a passagem para um estado que, embora continuando a ser polêmico, não é mais apenas de duas partes, mas é um terceiro passivo, um terceiro real. A passagem do estado de luta, de beligerância, de conflito para um estado de acordo, e paz, tem início com a primeira das várias formas de Terceiro ativo, através do Mediador. É aquele que se coloca entre as partes, não ainda acima delas. Faz isso para obrigar as partes a se comunicarem uma com as outras, mas sem tomar o lugar delas na solução da controvérsia (BOBBIO, 2009, p. 289)

Ressalta-se que o próprio modelo conflitual de jurisdição precisa ser revisto, enquanto esses novos mecanismos, chamados de alternativos, como por exemplo: a arbitragem, a conciliação e a mediação, podem ser estratégias adotadas para tratar dos conflitos, tanto sociais como interindividuais. (SPENGLER, 2010, p. 115)

Apesar de todas as crises, e de suas inúmeras deficiências, o poder Judiciário ainda exerce o papel de protagonista no tratamento de litígios, subordinando-se à lei e dela retirando a sua existência e a sua legitimidade. Não é possível afirmar que o Poder Judiciário é uma instituição descartável. Ele passa pela mesma crise que é também a crise do Estado e do Direito, mas não pode ser dispensado por várias razões, que são de extrema importância: a primeira é a de que uma sociedade complexa não pode dispensar um sistema de regras e, conseqüentemente, uma jurisdição que garanta o seu respeito ou sanção, principalmente quando acontecerem casos de infração. Da mesma forma, não é possível renunciar à Justiça, pois daí haveria novamente a instauração de uma guerra de todos contra todos no mais típico estado de natureza. (SPENGLER, 2010, p. 116)

É preciso criar novas estratégias de atuação da função jurisdicional para que o cidadão volte a crer na Justiça. Diante das dificuldades de funcionamento do

Judiciário, o que se pretende é diminuir a sua atuação, buscando a autonomia dos cidadãos que estão envolvidos no conflito, para que alcancem o consenso de forma construída, no tratamento do conflito. (SPENGLER, 2010, p. 116-117)

Dessas práticas de tratamento de controvérsias, uma, em especial, que existe é a mediação, que é um processo pelo qual uma terceira parte (mediadores) auxilia duas ou mais pessoas a alcançarem soluções próprias. Definida como uma arte, “a arte de compartilhar”, a análise que a mediação faz é a de ser um fio condutor, ou seja, de restabelecer a comunicação entre as partes, sem impor regras, auxiliando-as a chegar a um reconhecimento recíproco que produza uma nova percepção do conflito. (SPENGLER, 2010, p. 312)

A mediação é diferente das demais práticas tradicionais de jurisdição justamente porque o seu local de atuação é a sociedade. Ela é um processo voluntário em que um terceiro imparcial ajuda duas ou mais pessoas em conflito a buscar uma solução que seja mutuamente aceitável para resolvê-lo: procura desvendar o interesse. Ela tem como principal característica a confidencialidade ou sigilo.

A base de operações da mediação é o pluralismo de valores, a presença de sistemas de vida diversos e alternativos, e sua finalidade consiste em reabrir os canais de comunicação que estão interrompidos e também de reconstruir laços sociais que estejam destruídos. O desafio mais importante da mediação é aceitar a diferença e a diversidade, o dissenso e a desordem por eles gerados. Sua principal aspiração não consiste em propor novos valores, mas em restabelecer a comunicação entre aqueles que cada um traz consigo. Devemos pensar a mediação não apenas como meio de acesso à Justiça, aproximando o cidadão comum e “desafogando” o Poder Judiciário. A mediação é um meio de tratamento de conflitos não só quantitativamente, mas qualitativamente mais eficaz. Proporciona às partes a reapropriação do problema, organizando o “tempo” e as “práticas” do seu tratamento, responsabilizando-se por tais escolhas e jurisconstruindo os caminhos que considera possíveis. (SPENGLER, 2010, p. 312-313)

Na mediação existe uma negociação integradora, ou seja: ganha-ganha e não perde-perde. Ela contribui para a diminuição das hostilidades, pois ocorre a cooperação no lugar da competição. Contribui para a potencial transformação nas relações humanas trazendo também uma possibilidade de crescimento interior através dos conflitos. É considerada uma nova visão de cidadania, dos direitos humanos e da democracia. O processo judicial termina com uma “solução” para o conflito. Nele o juiz diz a última palavra, não importa se é justa,

se é de fato correta, ou se aplicável ao caso, mas é a última. Na mediação não é assim. O princípio da autonomia não vem substituído pela autoridade de um terceiro. Ao contrário, as partes buscam o tratamento adequado para o seu conflito. Nesses termos, a mediação corresponde a um jogo sem árbitro e sem pontuação, ou seja, parte-se do pressuposto de que são sempre os jogadores que controlam a partida. (SPENGLER, 2010, p. 332)

Todos os procedimentos de correção, de mediação ou de negociação, não são nem de penas, nem de medidas de segurança, mas de escolha de procedimentos. A importância deles está na capacidade de cada um comportar-se como sujeito de direitos. Essas novas formas de justiça têm em comum o fato de atribuírem uma grande importância ao contato direto entre as partes, claro que com o consentimento delas. O quadro é especial: seguramente ele é mais flexível que o procedimento jurídico, mas ressalta-se que nem por isso é totalmente informal. A mediação é considerada como uma alternativa para a justiça, ou seja, uma nova técnica de solução de conflitos. Ela antevê a emergência de um novo modo de regulação social, e, talvez, um novo tipo de socialidade. Considerada não apenas o sinal de uma nova concepção da intervenção judiciária, é também o sintoma de uma evolução do imaginário contemporâneo. (GARAPON, 1999, p. 210)

É a melhor fórmula já encontrada para superar o imaginário do normativismo jurídico. As práticas sociais de mediação configuram-se em um instrumento de exercício de cidadania. Elas educam, facilitam e ajudam a produzir diferenças ao tomar decisões sem a intervenção de terceiros que decidem pelos afetados em um conflito. Ela é uma maneira de instaurar a comunicação que foi rompida entre as partes em virtude da posição antagônica instituída pelo litígio. (SPENGLER, 2010, p. 337)

É necessário ajudar as pessoas para que aprendam os sentidos e as práticas cotidianas da cidadania. Esse é o trabalho de mediação que se necessita para aqueles que são considerados até esquecidos. Devem ser ajudados para que possam aprender o que é escutar a si mesmos e, depois, aprender a escutar o outro, ao diferente. (WARAT, 2010, p. 04)

O principal desafio que a mediação enfrenta não é o de gerar relações consideradas calorosas e aconchegantes, ou sociedades que estejam isentas de conflito ou uma ordem de mundo que seja harmoniosa. Ao invés disso, como estar diante de uma realidade, onde o conflito é praticamente endêmico, talvez o

principal desafio da mediação seja o de encontrar mecanismos que possibilitem uma convivência comunicativamente pacífica. (SPENGLER, 2010, p. 350)

Mediação é uma forma de autocomposição, em que não há imposição: há o consenso e não há perdedores. Para finalizar, serão analisadas as principais técnicas e procedimentos que devem ser abordados na mediação. Para tanto, foi realizado um estudo e o resumo de tais técnicas, apresentadas na obra da professora Fabiana Spengler (2010, p. 350) e debatidas nos encontros de estudos de doutoramento.

3.1 FASES DA MEDIAÇÃO: PRINCIPAIS TÉCNICAS QUE DEVEM SER ADOTADAS E OS RESULTADOS POSITIVOS

Abordando a mediação, suas características, como uma forma de autocomposição, numa perspectiva inovadora de resolução de conflitos, é necessário, também, adentrar no estudo, ainda que de forma superficial, dos principais aspectos e técnicas com relação à aplicação prática da mediação. As principais técnicas de mediação estão ao alcance do mediador no desempenho de seu papel. Ele tem como principal atribuição ser o facilitador da comunicação entre os conflitantes. As técnicas, conhecidas como ferramentas, são várias e podem ser utilizadas no decorrer de toda a sessão de mediação. (SPENGLER, 2012, p. 240)

Dentre as mais utilizadas e entendidas como mais importantes estão os seguintes:

Antes do início da mediação é necessário construir o chamado *rapport*, que é o fator basilar na aceitação do mediador. Refere-se ao grau de liberdade na comunicação das pessoas e a qualidade do contato humano. É ele quem expressa a aceitação de mediador e a confiança no seu trabalho por parte dos mediandos. Geralmente, o elo de confiança entre mediador e mediandos se instala no primeiro contato. A empatia surge em questão de minutos, o que gera a confiança. Quando isso ocorre, permite um procedimento de mediação que será tranquilo. Observa-se que, justamente, é a qualidade no relacionamento, que possui aspectos como sintonia, confiança, empatia o pressuposto da solução mais adequada que irá fluir de forma muito natural, para a solução do conflito. (SPENGLER, 2012, p. 240-241)

Cada uma das partes têm a última palavra, mas os mediadores auxiliam nessa decisão. Na mediação, a verdade do conflito está colocada em comum. A

verdade acaba se tornando uma ação cooperativa. Há, então, seres que se transformam juntos, dentro de seus próprios conflitos. (WARAT, 2010, p. 33- 38)

Outra técnica é a chamada escuta ativa. Ela é altamente importante porque todos têm uma grande necessidade de ser ouvidos e de saber que os outros se importam com o que dizem, como também se importam em ouvir o outro. A escuta ativa é a técnica através da qual o ouvinte busca compreender e se comunicar acerca do sentido e do motivo de mensagens verbais e não verbais (postura corporal). O ouvinte percebe, assim, as informações ocultas contidas na comunicação. Também é preciso “escutar” a chamada “comunicação não verbal”, observando todos os movimentos corporais do comunicador. Aquele mediador que não compreende um olhar não compreenderá uma longa explicação. Uma das formas para ser um bom ouvinte seria a de fazer perguntas, ouvir atentamente o que foi dito pelas partes, reconhecer os pontos de vista. Enfim, estar absolutamente atento ao olhar de quem fala e muitas vezes resumir o que escutou. (SPENGLER, 2012, p. 242)

Observa Warat (2010, p.39) que o mediador deve ajudar as pessoas a redescobrirem a comunidade, a reencontrar-se com a paixão de estar-em-comum. A modernidade impôs a necessidade de se fazer tudo sozinho. Agora é preciso que alguém ajude a aprender a fazer tudo em comum. Com relação à chamada *técnica do resumo*, o mediador apresenta a forma mediante a qual foram identificadas as questões, os interesses e os sentimentos. Ela tem início logo após a manifestação dos conflitantes. O mediador faz uma síntese de toda a controvérsia que foi até então apresentada. Ele verifica as principais questões presentes, como também os interesses subjacentes juntamente com os median-dos. O resumo fará com que as partes percebam o modo e o interesse com que o mediador tem focalizado a controvérsia. Ele também possibilitará ao mediador testar a sua compreensão sobre tudo o que foi apresentado. (SPENGLER, 2012, p. 242-243)

A *técnica do resumo* tem por principal objetivo a humanização do conflito e a possibilidade de crescimento pessoal/social. Ela aproxima os median-dos fazendo com que possam refletir sobre suas posturas e entender por que algumas soluções apontadas satisfazem ou não seus desejos e os desejos do outro que está envolvido na disputa. Além da escuta ativa e do resumo, outro instrumento de trabalho na mediação são as *perguntas*. Elas acolhem os median-dos, esclarecem os sentimentos, os interesses e as questões que estão envolvidas

no conflito, para daí se construir uma lista de opções de solução do acordo e também para testá-lo. Tradicionalmente, as perguntas são construídas com base em: o que, quando, onde, quanto e quem. Num primeiro momento, o mediador precisa ouvir, para depois *perguntar*. Perguntas apropriadas apoiam e complementam o processo de escuta e reconhecimento. É *perguntar* para esclarecer, sem ofender. A pergunta protege o mediador da pressa para julgar o outro ou da possibilidade de dar conselhos. Através das perguntas é possível auxiliar os mediandos a narrar e a melhor interpretar o seu próprio comportamento. (SPENGLER, 2012, p. 243-244)

O uso da técnica de perguntar tem uma importância muito grande no procedimento de mediação. Ela se aplica em todo o decorrer da sessão, e quando bem aplicada permite identificar questões, interesses e sentimentos. Cabe ao mediador fazer o registro das questões controvertidas, dos interesses reais e de quais sentimentos eventualmente devem ser debatidos para que a mediação chegue a bom termo, mesmo que nela não haja acordo. Observa-se que esclarecer interesses, questões e sentimentos vai auxiliar as pessoas a avançar na elaboração de um eventual acordo. Elas poderão perceber as perspectivas e necessidades que existem umas com relação às outras. (SPENGLER, 2012, p. 245)

Também é muito importante validar sentimentos. A *validação de sentimentos* somente deve ocorrer em sessões conjuntas e se os mediandos compartilharem o mesmo sentimento. Validação não é uma concordância de sentimentos, mas sim, a confirmação de que o mediador identificou seus sentimentos que decorrem do conflito em exame, sem adotar postura judicativa. Se o mediador considera que não há necessidade de validar sentimentos para que os mediandos possam examinar as suas questões de forma objetiva, o mediador deverá então selecionar o ponto controvertido pelo qual iniciará a fase de resolução de questões. A mediação terá maior sucesso se forem captados, de forma satisfatória, os interesses e as questões que estão presentes no conflito. O principal objetivo que se pretende alcançar na mediação é um resultado positivo que proteja todos os interesses essenciais. Esse resultado positivo pode assumir variadas formas, dentre as quais um acordo que irá satisfazer aos interesses de um outro conflitante. (SPENGLER, 2012, p. 247)

Para que se chegue a um resultado de satisfação, de acordo, é necessário demonstrar aos conflitantes que todos têm interesses na resolução da disputa e que a solução deverá partir deles mesmos. Observa-se que o ser humano tende

a polarizar suas relações conflituosas, pois ele tende a acreditar que, para que um obtenha êxito, o outro deverá, necessariamente, abrir mão de suas pretensões/interesses. Aqui entra o papel do mediador que vai auxiliar a despolari-
zar o conflito. Ele, sem qualquer forma de pressão demonstrará que na maioria dos casos os interesses reais das pessoas são congruentes e conexos entre si. Tal não foi averiguado antes, por ter ocorrido falhas de comunicação. (SPENGLER, 2012, p. 248)

A *técnica do afago*, também conhecida como reforço positivo, é aquela em que o mediador dá uma resposta edificante para uma iniciativa elogiosa, eficiente e positiva que teve o conflitante ou que partiu do seu advogado. O afago é justamente um meio de estimular essa iniciativa, esse comportamento positivo. Com relação ao silêncio, que pode ocorrer durante a sessão de mediação, algumas vezes os mediandos precisam ponderar antes de responder. Às vezes e por isso, geralmente, ficam em silêncio. O mediador deverá, então, considerar o silêncio não de uma forma negativa, mas, sim, como um aliado no aprofundamento das respostas. É importante, nesse momento, evitar a realização de perguntas ou até de complementar as perguntas. Deverá o *silêncio* breve, ser considerado um parceiro nesses instantes. (SPENGLER, 2012, p. 248)

Há além do silêncio, como uma forma de sentir o outro, há a *técnica da inversão de papéis*. Ela pretende estimular a empatia entre os conflitantes. Sua orientação é que cada um perceba o contexto, também sob a ótica da outra pessoa, ou seja, se coloque no lugar do outro. (SPENGLER, 2012, p. 249)

Já a *técnica de identificar opções* pretende trazer a formulação de “saídas” para o conflito, através da liberação do pensamento e do estímulo à criatividade de todos os envolvidos, para que, assim, se encontre uma solução para o conflito. Esta ferramenta também é conhecida como “tempestade de ideias”. Para se colocar em prática a *tempestade de ideias*, é importante, para o seu sucesso, deixar de lado o passado e abordar com mais ênfase o procedimento que deverá ser adotado no presente, para que, assim, o futuro se torne melhor. (SPENGLER, 2012, p. 249-250)

As opções válidas que são sugeridas, construídas e até criadas pelos mediandos, devem estar baseadas em critérios de realidade e sempre ser examinadas com cautela. Tais critérios objetivos dizem respeito a: valores econômicos, morais e jurídicos que deverão, necessariamente, serem observados quando ocorrerem as tomadas de decisão. (SPENGLER, 2012, p. 250)

De acordo com os passos e técnicas apresentados, observa-se sempre que a mediação não é um litígio, não é um modo normativo de intervenção de conflitos. É um acordo de interesses, ou seja, um modo de estabelecer promessas. A importância da mediação está também na forma de assegurar uma aproximação mais qualificada entre o conflito jurídico e o conflito social. (SANTOS, 2014, p. 71)

Após a demonstração dos seus passos, pode-se afirmar que a mediação tem como vantagem ser um procedimento voluntário e também sigiloso. Apresenta ainda uma menor burocracia. Seus custos e honorários são rateados pelas pessoas envolvidas. Na oportunidade, ao contrário do que ocorre no processo judicial, que geralmente é bastante traumático, conforme já apontado, a mediação apresenta a redução da ansiedade. Reconhece o valor das pessoas, dando ouvido a elas. Valoriza a alteridade, pois o homem como ser social, interage e depende um do outro.

A formação dos mediadores deve ser contínua, conjugando um período de formação teórica inicial com a prática nos casos que aparecem no cotidiano. Para isso, devem contar com uma assessoria jurídica que os orienta para a solução dos problemas apresentados. (SANTOS, 2014, p. 69)

Outrossim, há os que apontam as desvantagens da mediação, que seria no sentido de existirem situações em que não é possível a mediação, como, por exemplo, nos direitos indisponíveis. Sempre será pré-requisito da mediação a boa vontade e a boa-fé das partes. Na mediação também é necessário recorrer ao Poder Judiciário para homologação do acordo. Trata-se de uma consequência do apego ao normativismo/positivismo. Numa concepção moderna do Direito, baseado no normativismo; o medo, a insegurança jurídica ou a origem de um grande sistema de ilusões faz crer aos juristas que podem controlar racionalmente os processos decisórios da magistratura. (WARAT, 2010, p. 52) Ou seja, diante da desarticulação social, o Judiciário se transforma no guardião das promessas de modernidade. (SPENGLER, 2010, p. 140)

Alguns apontam o normativismo como desvantagem, diante da formalização necessária, pelo Poder Judiciário, que se encontra saturado pela chamada “explosão de litigiosidade” e que, conforme já demonstrado, há tempo, passa por uma crise de eficiência e de legitimidade, sem responder, de forma satisfatória, aos anseios sociais.

CONCLUSÕES

O presente trabalho pretendeu demonstrar por quais razões pode-se considerar a mediação como uma proposta de política pública eficiente na resolução dos conflitos sociais. O conflito acontece por inúmeros motivos, papéis sociais que são quebrados, expectativas sociais que, quando não atendidas, geram frustrações e conflitos. Disputas de poder, em que não existe diálogo e recorre-se ao uso de violência que tem como regra se impor, anulando o outro, são igualmente causadores de discórdias. Também a discordância de ideias e a falta de diálogo, provocam quebra de consenso.

O conflito é inerente ao convívio social, e não necessariamente tem somente aspectos negativos. Muitas vezes traz novos paradigmas, a partir da quebra de acomodação, de novas ideias e do crescimento do grupo social como um todo, como foi o exemplo na medicina, trazido no presente trabalho. Historicamente, o Estado tomou para si o monopólio da violência. É a chamada violência legal, ou seja, é o Estado o titular em aplicar punições, resolver conflitos com base no direito positivo imposto por ele mesmo e através do processo judicial, que segue regras, ritos e princípios determinados por ele. Se tal não ocorrer, voltaríamos para o estado de barbárie, em que todos estariam brigando e matando-se, uns aos todos.

Observou-se, também, que o Poder Judiciário, que detém a violência legítima e a quem é dado o poder de resolução de conflitos sociais, atualmente está assoberbado de litigância e não consegue responder, faz tempo, aos anseios da sociedade de dar a boa e devida resposta jurisdicional. Estamos, pois, diante de uma real “explosão de litigiosidade”, de leis ultrapassadas, de procedimentos distantes da realidade social, de novos direitos, como os coletivos e difusos, em que o sistema judicial não encontra acolhida, ou tem tratamento ultrapassado, devido à sua crise estrutural e de eficiência, em muitos aspectos. Mesmo com todas as deficiências apontadas, com relação à jurisdição, vigora em nosso meio jurídico e no meio acadêmico, qual seja, o do ensino jurídico, a cultura do conflito. Na realidade, muito pouco se estuda ou se incentiva para adoção de uma cultura do acordo, de uma cultura de paz, do diálogo ou da mediação, de um ouvir o outro e chegar a um consenso.

A cultura do conflito também está enraizada no ensino jurídico, que tem como sua principal característica ensinar para a beligerância. Não se dispõe de

um ensino jurídico para a paz, para a mediação e para a solução de forma pacífica dos conflitos sociais. O ensino é essencialmente técnico: seus alunos depositários são vistos, sem humanidade e reflexão. No ensino jurídico, prioriza-se disciplinas tradicionais como direito penal, civil e, na maioria dos Cursos Superiores de Direito, não se encontra uma relação de paridade entre ensino, pesquisa e extensão. Se existisse esta paridade, aproximando os estudantes da comunidade, haveria uma outra formação, mais focada na cidadania e na democracia.

Finalmente, foi analisada a proposta de Mediação, definida, como uma política pública inovadora a ser adotada na resolução de conflitos. Foram analisadas, sem a possibilidade de esgotar o assunto, as técnicas e os procedimentos, com a expectativa de bons e pacíficos resultados, baseados nos ensinamentos e nas leituras, disponibilizados em disciplina específica do curso de doutoramento. Os principais passos da mediação, suas técnicas, e, principalmente, a forma de incentivar o diálogo, o acordo, onde não existe a cultura do vencedor e do vencido, mas um ambiente sem beligerância em que todos são vencedores, foi o foco deste trabalho.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. 5ª. Ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2000.

BOBBIO, Norberto. **O terceiro ausente**: ensaios e discursos sobre a paz e a guerra. Barueri, SP: Manole, 2009.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro/RJ: Editora Bertrand Brasil S.A. 1989.

DAHRENDORF, Ralf. **Homo sociologicus**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro LTDA, 1969.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999; maio de 2001.

OST, Francois. **Contar a lei**: as fontes do imaginário jurídico. São Leopoldo, RS: Editora Unisinos, 2005.

RESTA, Eligio. **Tempo e processo**. Santa Cruz do Sul/RS: Essere nel Mondo, 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. Coimbra: Portugal, Edições Almedina S.A., 2014.

SIMMEL, Georg. **El conflicto: sociología del antagonismo**. 2ª. Ed. Madrid/Espanha: Ediciones sequitur, 2013.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Da jurisdição à mediação**: por uma outra cultura no tratamento de conflitos. Ijuí: Ed. Unijuí, 2010.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Fundamentos políticos da mediação comunitária**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2012.

THORWALD, Jürgen. **O século dos cirurgiões: conforme documentos de meu avô**. São Paulo: Leopardo Editora, 2010.

WARAT, Luis Alberto. **A rua grita Dionísio**: Direitos Humanos da Alteridade, Surrealismo e Cartografia. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Por que a guerra?: de Einsten e Freud à atualidade**. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015.

**JUSTIÇA RESTAURATIVA NUMA POLÍTICA
HUMANIZADORA E NÃO NECESSARIAMENTE DE
PERDÃO: UM OLHAR CRÍTICO E REFLEXIVO NA
RESOLUÇÃO 225 DO CNJ/2016**

RESTORING JUSTICE AN HUMANIZING POLICY AND
NOT NECESSARILY OF FORGIVENESS: A CRITICAL AND
REFLECTIVE LOOK AT RESOLUTION 225 OF THE CNJ / 2016

Marli Marlene Moraes da Costa¹
Rosane Teresinha Carvalho Porto²

Recebido em: 30/05/2017

Aprovado em: 18/08/2017

RESUMO

No atual cenário brasileiro, onde as instituições estão fragilizadas e o cidadão corrompido, é preciso reinventar a justiça com práticas inovadoras como

¹ Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, com pós-doutorado em Direito pela Universidad de Burgos - Espanha, com bolsa CAPES. Professora da Graduação e Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Coordenadora do Grupo de Estudos Direito, Cidadania & Políticas Públicas na mesma Universidade. Especialista em Direito Privado. Professora do Curso de Direito da Fundação Educacional Machado de Assis - FEMA. Psicóloga com Especialização em Terapia Familiar. Autora de livros e artigos em revistas especializadas. E-mail: marlim@unisc.br

² Doutora em Direito pela UNISC. Mestre em Direito na área de concentração: Políticas Públicas de Inclusão Social com bolsa da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES. Policial Militar. Professora de Direito da Infância e da Juventude, na UNISC, Subcoordenadora do Curso de Direito UNISC/Sobradinho. Editora Adjunta da Revista do Direito da UNISC. Estuda temáticas voltadas a criança e adolescente, violência, criminologia, gênero e Justiça Restaurativa. Integrante do Grupo Direito, Cidadania e Políticas Públicas coordenado pela Professora Pós-Doutora Marli Marlene Moraes da Costa. Email: rosaneporto@unisc.br

as da Justiça Restaurativa. A sua multidimensionalidade pode aproximar a comunidade do Judiciário, e com efeito contribuir para o acesso à justiça das pessoas. Entretanto, com a implementação da Justiça Restaurativa no Brasil, existem alguns desafios como o da cultura jurídica a ser superado para a sua efetividade dentro da comunidade. Além disso, mister repensar na sua metodologia, nas suas finalidades e no papel do facilitador em meio a tudo isso. O presente estudo procura estudar a Justiça Restaurativa, acreditando ser uma política humanizadora, enquanto proposta de diálogo e alteridade, com base em um olhar crítico e reflexivo na Resolução 225 do CNJ/2016. Por conta disso, se questiona: A Justiça Restaurativa é a busca pelo perdão do outro? Com isso seria um exercício a alteridade? O artigo foi pensado em três partes, sendo a primeira responsável por realizar a contextualização teórico e prático da Justiça Restaurativa, sendo o círculo de construção de paz uma de suas principais metodologias; a segunda em abordar o papel do facilitador restaurativo. E por fim, o sentido do perdão dentro dessas práticas. Os resultados obtidos demonstraram que ainda, a sua implementação é incipiente, existindo algumas resistências, por conta da cultura jurídica dominante e da política de controle social. Para tanto, utilizou-se o método de abordagem dedutivo, adotando o procedimento histórico-crítico e o monográfico, e como técnica de pesquisa bibliográfica e documental.

PALAVRAS-CHAVE

Diálogo; Cultura jurídica; Justiça restaurativa; Perdão.

ABSTRACT

In the current Brazilian scenario, where institutions are fragile and the citizen corrupted, it is necessary to reinvent justice with innovative practices such as Restorative Justice. Its multidimensionality can bring the community closer to the Judiciary, and in effect contribute to people's access to justice. However, with the implementation of Restorative Justice in Brazil, there are some challenges such as the legal culture to be overcome for its effectiveness within the community. In addition, it is necessary to rethink its methodology, its aims and the role of the facilitator in the midst of all this. The present study seeks to study Restorative Justice, believing it to be a humanizing policy, as a proposal for dialogue and otherness, based on a critical and reflexive look in Resolution

225 of the CNJ / 2016. Because of this, the question is: Is restorative justice the search for forgiveness of the other? With this would be an exercise otherness? The article was thought in three parts, being the first one responsible for realizing the theoretical and practical contextualization of Restorative Justice, being the circle of peace building one of its main methodologies; The second to address the role of the restorative facilitator. And finally, the sense of forgiveness within these practices. The results showed that, still, its implementation is incipient, and there is some resistance, due to the dominant legal culture and the social control policy. For that, the method of deductive approach was used, adopting the historical-critical and the monographic procedure, and as bibliographical and documentary research technique.

KEYWORDS

Dialogue; Forgiveness; Juridical culture; Restorative justic.

Introdução

O presente artigo procura estudar a Justiça Restaurativa, acreditando ser uma política humanizadora, enquanto proposta de diálogo e alteridade, com base em um olhar crítico e reflexivo na Resolução 225 do CNJ/2016. Por conta disso, se questiona: A Justiça Restaurativa é a busca pelo perdão do outro? Com isso seria um exercício a alteridade? O artigo foi pensado em três partes, sendo a primeira responsável por realizar a contextualização teórico e prático da Justiça Restaurativa, sendo o círculo de construção de paz uma de suas principais metodologias; a segunda em abordar o papel do facilitador restaurativo. E por fim, o sentido do perdão dentro dessas práticas. Os resultados obtidos demonstraram que ainda, a sua implementação é incipiente,

Muitos são os conflitos entre as pessoas que demandam de um outro olhar reflexivo e humanizado. Por vezes, elas recorrem ao Poder Judiciário para ter a garantia do acesso à justiça, bem como a solução para a dor, a indiferença e a injustiça sofrida, em virtude da incompreensão e a outra natureza do conflito como mecanismo transformador e propulsor, necessário ao crescimento do ser humano enquanto pessoa. Nessa dimensão surgem as políticas alternativas de tratamento de conflitos, tais como: a mediação, a conciliação, e a que mais no momento interessa trabalhar: a Justiça Restaurativa.

É importante destacar o fato da Justiça Restaurativa ser multidimensional, ou seja, é um processo comunitário que envolve três concepções, quais sejam: o encontro, a reparação e a transformação das pessoas.

Então, pelo fato de as comunidades serem distintas uma das outras, é necessário que a Justiça Restaurativa esteja sempre se adaptando, a fim de fortalecer as relações entre os indivíduos e a comunidade, contribuindo para que também os próprios cidadãos assumam o papel de pacificar seus próprios conflitos, atenuando os índices de violência.

As práticas restaurativas propriamente ditas no Brasil aplicam os círculos de construção da paz e priorizam a harmonia e o (r)estabelecimento do diálogo entre os cidadãos. A partir disso, busca-se romper com os paradoxos punitivos e retributivos que voltam-se para o autor do fato delituoso, objetivando uma escuta atenta para a vítima.

A Justiça Restaurativa compensa os danos gerados por meio de compromissos futuros que promovam a restauração dos vínculos sociais mais harmô-

nicos. Além disso, busca promover sentimentos e relacionamentos positivos, não se delimitando a redução da criminalidade, mas ir além, ou seja, em promover a regeneração dos vínculos rompidos e fragilizados.

O que diferencia a Justiça Restaurativa, então, de uma maneira geral da mediação e da conciliação está na sua forma de encarar e agir fundamentadas em valores e princípios como o respeito, a honestidade, a humildade, a responsabilidade, a esperança, o empoderamento, a interconexão, a autonomia, a participação, e a busca de sentido e de pertencimento na responsabilização pelos danos causados.

Baseia-se numa ética de inclusão e de responsabilidade social, promovendo o conceito de responsabilidade ativa. Assim, assume-se como verdadeira a premissa de que o impacto de cada atendimento guiado pelos valores como o agradecimento, a compaixão, a solidariedade não se restringe apenas ao ofensor e a vítima do dano ocasionado pelo crime, mas alcança seu entorno familiar e comunitário.

Por fim, ressalta-se que, muito embora ser a Justiça Restaurativa um movimento ainda novo e emergente, existe um crescente consenso internacional em relação a seus princípios, inclusive documentos da ONU (Organização Nacional das Nações Unidas) e da União Européia, que validam e recomendam as práticas restaurativas para todos os países.

1 Entre e sente-se: Bem-vindo a Justiça Restaurativa!

A Justiça Restaurativa é um convite ao encontro e ao direito a palavra, o que não necessariamente implicaria na busca pelo perdão. Os primeiros trabalhos com este tema, se deu na segunda metade da década de 1970, em decorrência de uma insatisfação acentuada com o sistema de justiça criminal tradicional, apresentado desde um panorama obscuro e ineficiente que justificaria a adoção de um outro modelo de administração de conflitos, sendo no caso o das práticas restaurativas (ACHUTI, 2014).

A insatisfação cada vez mais veemente com o sistema de justiça criminal e tradicional, o Brasil aderiu a Justiça Restaurativa enquanto outra abordagem complementar de pacificação social de conflitos, a partir principalmente da Resolução 2002/12 sobre “Princípios básicos a aplicação do programa de Justiça Restaurativa em Mediação Penal”, aprovada em abril de 2002 pelo ECOSOC.

Esta resolução carece ainda de força vinculante por seu caráter programático, mas interessa porque proclama a utilidade de programas de justiça reparadora em todas as fases do processo da justiça criminal, e insta os Estados-membros a introduzi-los, comprometendo as autoridades policiais, judiciais e comunitárias na nova cultura restaurativa.

A Resolução que se refere explicitamente à “mediação”, à “conciliação” e a “conversas e reuniões para decidir condenações” com uma terminologia inequivocamente anglo-americana, encarrega-se mais em definir o “processo reparador”, do que do próprio conceito de “justiça reparadora”, e proclama que este modelo de justiça “promove a harmonia social mediante a recuperação das vítimas, dos delinquentes e das comunidades”. É imperioso mencionar que tal recomendação não tem clareza ou objetividade conceitual, preceituando a seara procedimental, o que ainda hoje repercute nas práticas difundidas extrajudicialmente e judicialmente.

O termo “Justiça Restaurativa”, até onde se tem conhecimento, foi utilizado pela primeira vez enquanto “Justiça Reparadora”, no contexto da Justiça Criminal por Albert Eglash, ele sugeriu que há três tipos de justiça criminal: “(1) a justiça retributiva, baseada na punição; (2) a justiça distributiva, baseada no tratamento terapêutico de delinquentes; e (3) a justiça restaurativa, baseada na restituição” . (VAN NESS, 2010).

Ambos os modelos de punição e de tratamento, observou ele, focam nas ações dos criminosos, negam a participação da vítima no processo de justiça, e requerem a participação meramente passiva do criminoso. A Justiça Restaurativa, por outro lado, foca nos efeitos nocivos das ações dos criminosos e envolve ativamente vítimas e agressores no processo de reparação e reabilitação (VAN NESS, 2010).

Na esteira Santana aduz que a Justiça restaurativa é “*una Justicia más humana, dialogada, participativa, cuyo principal propósito es restaurar la paz, reparar el daño, prevenir la reconciliación, la mediación, la restitución y la compensación entre la víctima, el autor del hecho delictivo y la comunidade*” (SANTANA, 2007).

Por outro lado, Zehr descreve a Justiça restaurativa da seguinte forma:

ela tem foco nos danos e consequentes necessidades (da vítima, mas também da comunidade e do ofensor); trata das obrigações resultantes desses danos (obrigações do ofensor mas também da comunidade e da sociedade). Utiliza processos inclusivos e cooperativos; envolve todos que têm interesse na situação (vítimas, ofensores, a comunidade, a sociedade) e busca corrigir os males. (ZEHR, 2008)

O aumento da criminalidade e da violência tem mobilizado a sociedade contemporânea. Isso demanda criatividade, para tanto é preciso avançar para um sistema multiportas que ofereça respostas diferentes e mais adequadas a essas chagas sociais e patológicas. Nisso, se pode afirmar que a Justiça Restaurativa seria uma dessas portas, com abertura para uma resposta adequada a um considerável número de delitos.

Nesse texto ainda é importante abordar a diferença e a singularidade dos institutos da mediação, conciliação e Justiça Restaurativa, sendo passíveis de confusão em um conhecimento preliminar, pois há uma linha tênue entre estes, uma vez que apresentam uma proposta e objetivos similares.

1.1 A busca pela pacificação social e a resolução eficaz de conflitos

Lamentavelmente o Judiciário não administrar satisfatoriamente os conflitos, necessitando cada vez mais da interdisciplinariedade para proporcionar espaços criativos e de diálogo a comunidade. Em outras palavras, potencializar os métodos extrajudiciais.

É neste interím que se verifica a importância de compreender as diferenças e singularidades da mediação, conciliação e Justiça Restaurativa. Com isso conota-se que:

“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 um 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 [conciliador] sugere, interfere, aconselha. Na mediação, o mediador facilita a comunicação, sem induzir as partes ao acordo”. (SALES, 2004, p.38. Apud, MORAES, 2012).

Assim a partir da análise da Resolução n.º 125 do CNJ é possível compreender a proposta da mediação e da conciliação. A primeira se baseia na construção da solução do problema pelas partes envolvidas, tendo como apoio a presença de um profissional treinado chamado de mediador, que não intervém diretamente no processo, mas através de técnicas estudadas incita às partes a compreender, a reparar e a solucionar o conflito existente. Já o segundo instituto, o da conciliação, tem a presença do conciliador que escuta as partes e

propõe de forma direta a estas vantagens e desvantagens, até se chegar a um acordo entre ambos, antes de se judicializar qualquer questão.

Quando se fala em Justiça Restaurativa em conformidade com a Resolução n.º 225 do CNJ é possível ver o apoio normativo à sua difusão aqui no Brasil. Sendo assim, como já visto, as Práticas Restaurativas tem como base o resgate das relações humanas corrompidas após o surgimento de um conflito. Esse resgate das relações é proposto por meio de uma análise profunda das emoções dos envolvidos, da sensibilização entre estes, da reparação do dano causado e da busca pelo perdão, não necessariamente entre os envolvidos.

A Justiça Restaurativa é uma política pública judiciária que visa também a prevenção do surgimento do conflito e do dano, desta forma, nada mais visionário que instituí-la em outros setores, fora o Judiciário, tais como: Centros de integração de ensino especial, escolas e universidades, por exemplo.

2 Noções fundamentais sobre a Justiça restaurativa e o papel do facilitador

Em meio a tantas adversidades na sociedade brasileira, dado os períodos oscilantes e incertos sobre o sistema de justiça, que uma outra proposta de justiça enquanto valor de vida e social surge, como uma certa espécie de esperança e utopia social. Está-se tratando da Justiça Restaurativa, que em sentido amplo é o encontro dialógico entre a vítima, o ofensor e os familiares de ambos enquanto representantes da comunidade.

A Justiça Restaurativa não é uma espécie de perdão e de impunidade, vai além dessa construção imaginária das pessoas. Como aduz a Resolução 225 do CNJ/16:

“constitui-se como um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, que visa à conscientização sobre fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência, e por meio do qual os conflitos que geram dano, concreto ou abstrato[...]”.

Com base ainda, na referida Resolução 225 do CNJ/16, para a solução de forma estruturada desses conflitos e da violência, mister a participação do ofensor, da vítima, bem como das suas famílias e dos demais envolvidos da comunidade direta ou indiretamente pelo fato delituoso.

Então, as práticas restaurativas serão coordenadas por facilitadores restaurativos preparados e capacitados em técnicas autocompositivas e consensuais

de solução de conflitos inerentes da Justiça Restaurativa. Nesse aspecto, o facilitador precisa desenvolver a habilidade do foco, ou seja, da atenção plena, naquilo que pretende realizar. (GOLEMAN, 2014)

Em outras palavras, o foco é uma habilidade sutil, que atualmente tem sido cada vez mais difícil mantê-lo e cultivá-lo, “face as turbulências, aos conflitos e a exposição demasiada do ser humano com a tecnologia, a concentração cognitiva acaba se comprometendo, fragmentando, dando lugar a inteligência computacional; o que prejudica sistematicamente a capacidade empática” (GOLEMAN, 2014, p.11).

Alguns aspectos precisam ser trabalhados ou observados pelo facilitador restaurativo que lidará com os círculos conflitivos dentro do sistema de Justiça. Primeiramente, busca a atenção em foco, pois o cérebro absorve melhor a informação e ativa a capacidade de novas conexões neurais; para então, também se pensar profundamente.

Para restaurar a atenção, o silêncio e a meditação são os primeiros passos, para a retomada da reflexão e do foco. Com isso, vai ao encontro da autoconsciência que é a bússola interna de cada pessoa. Em seguida, observar como os outros nos veem. Isso tem importância no processo, para se trabalhar com o autoconhecimento ou a autorevelação.

Durante o atendimento nos círculos de conflitos o facilitador precisa manter o autocontrole, no sentido de regular suas emoções, bem como observar com os demais participantes estão se sentindo no encontro restaurativo. Por isso, da sensibilidade social e da compreensão do contexto sociocultural daqueles que ali se encontram, na expectativa de encontrarem uma solução adequada aos seus problemas.

Os processos circulares são as práticas que possibilitam o encontro das pessoas em um local para dialogarem acerca de algo que lhes causou dano. A forma de círculo significa a conexão com o universo e principalmente com os outros que estão à volta. Para que ocorra a junção de ideias e os sentimentos entre os envolvidos, precisa-se desejar fazer-se presente. Aceitar a proposta é participar pela rede de conversações. É fundamental que os agentes apropriem-se do ato, para que se estabeleça no círculo um alicerce de valores e um espaço seguro de responsabilização. As vítimas são as que mais necessitam dos elementos fundadores da Justiça Restaurativa e, nesse sentido, o dano é contra a segurança da comunidade. (PRANIS, 2010).

A clareza disso representa a estrutura restaurativa, ou seja, o nível e o reconhecimento comunitário de também assumir a sua parcela de responsabilidade. Os facilitadores pela realização de um círculo precisam estabelecer uma comunicação respeitosa questionamentos como: o que a vítima está sentindo, pensando sobre o acontecido; ou o que poderia ser feito para auxiliar na cicatrização das feridas deixadas pelo trauma vivenciado.

Nesse mesmo sentido, outras peculiaridades imprescindíveis e que precisam ser observadas são: voz alta para chamar atenção, sem sarcasmo, depois moderação na entonação; olhar neutro e respirar antes de falar. Muitos danos poderiam ser evitados com a respiração adequada. As pessoas precisam estar felizes, por estar ali e se tratarem sensivelmente. A comunicação estabelecida é informal e a abordagem cuidadosa. (PRANIS, 2010). Trata-se, pois de um ato de amor, solidariedade e fraternidade.

Ser um facilitador na Justiça Restaurativa não se esgota na formação teórico-prático oferecida pelos Tribunais de Justiça do RS, vai além, como bem se pode compreender anteriormente. Ao facilitar o encontro entre a vítima, o ofensor, os familiares e a comunidade, se busca o consenso e a compreensão de que todos direta ou indiretamente foram e são responsáveis pelo dano e a suas implicações. Porém, a corresponsabilidade de se construir algo é a partir do presente. Não se espera com a metodologia do círculo de construção de paz, ou seja: com a prática restaurativa o perdão entre os participantes. Se espera qualificar o atendimento jurisdicional com o ofensor e a vítima. Sendo assim, ambos podem nesse espaço pelo princípio da voluntariedade e da participação, falar e ser escutado.

Por outro lado, se existir o gesto do perdão entre os envolvidos, enquanto valor isso não compromete o processo circular. Portanto, falar sobre o perdão dentro da Justiça Restaurativa não é simples, levando a algumas reflexões abordadas logo abaixo.

3 O lugar do perdão na Justiça Restaurativa

O perdão nos pensamentos modernos e contemporâneos pode ser considerado como uma virtude, ato de bondade ou de generosidade, compaixão e alteridade. Seu sentido é complexo e gera controvérsias quando também presente na Justiça Restaurativa. Para tanto, provoca reflexão crítica sobre sua

viabilidade nas práticas e se efetivamente é uma busca dos envolvimento, bem como se seria a principal finalidade do processo restaurativo.

Por ser a Justiça Restaurativa multidimensional, algumas autoras como a Kay Pranis trabalham com a espiritualidade e a força interior de cada participante no processo circular.

Além disso, existem muitas iniciativas de práticas restaurativas de organizações religiosas e cristãs, por exemplo no Brasil tem-se a Associação de Proteção e Assistência aos Condenados (APAC). “É uma entidade não governamental fundada em 1974 no município de São José dos Campos (SP), que atua sob a fiscalização do Ministério da Justiça e de Secretarias de Estado”. Entre os seus objetivos estão implantar um novo processo de acompanhamento e reabilitação de presos nas respectivas unidades administrada nos 15 Estados, sob a premissa da participação comunitária, contando com pessoas voluntárias (ESPAÇOS, 2009)³.

Ao mesmo tempo, parece haver um interesse crescente referente ao potencial do perdão na prática de Justiça Restaurativa, na tentativa de favorecer um estado de espírito ou uma capacidade emocional capaz de beneficiar a reparação. O perdão é visto como uma capacidade emocional capaz de beneficiar a reparação, bem como uma possibilidade de reduzir a vontade da vingança e/ou aumentar a empatia, e assim favorecer aproximação das pessoas após a ruptura do tecido social, o que são fatores importantes nos procedimentos restaurativos.

Mas, ainda que tenha teoricamente uma proximidade, isso não significa que automaticamente um favorece o outro, pois muitos não estão dispostos a assumir a linguagem do restabelecimento da paz, como por exemplo o pedido de desculpas e a concessão do perdão por parte das vítimas ao ofensor. O que interessa significativamente no encontro ou na prática da Justiça Restaurativa é o sentimento de gratidão pela experiência vivenciada, que auxilia muito na recondução de suas vidas. Poder-se-ia pensar em um outro sentido de perdão nas práticas restaurativas, que é a compensação pelas perdas sofridas.

O hábito de pedir perdão, entendido como sendo ato de humilhação, ensina as pessoas a serem justas em vez de injustas, simplesmente para querer evitar esta humilhação. Entretanto, o perdão não pode ser descrito de dentro da

³ ESPAÇOS Colaterais. Santa Luzia: Apacapac, 2009. Disponível em: <http://www.colaterais.org/textos/apacapac>. Acesso em: 24 ago. 2009.

estrutura formal de justiça, pois ao se perdoar, a ponto de ser misericordiosos com cada um, se não se punir nenhuma ofensa, falhar-se-á em tratar as pessoas conforme seus erros, como o conceito formal da justiça impõe a fazer. Se misericordiosos apenas para com alguns, mas não para com todos, então, a menos que observe uma norma concreta recomenda misericórdia em tal e tal caso, estar-se-á infringindo a justiça formal.

Como interagir com uma memória que insiste em lembrar meus atos do passado e não me deixa em paz? Parecem existir pelo menos duas possibilidades: o arrependimento e o remorso. A primeira é uma forma de transação quando eu assumo o mal feito e você me devolve o estado da inocência. O remorso, ao contrário, brota do sentido ou do reconhecimento do irreparável, da clarividência de que o sofrimento infringido está pregado em mim para a eternidade. Neste caso, a consciência acusa um dano irreparável e, portanto, inextinguível. “O remorso é este sinal de Caim, conforme o relato bíblico, quando Deus ordena uma terrível vingança a quem ouse matar⁴ Caim após ele expressar seu remorso por ter matado seu irmão”. Uma explicação pode ser que o crime cometido não admita nem pagamento e nem expiação: Caim tem que viver. Não deve ser maltratado, pois esta dor poderá ser interpretada como uma possibilidade de expiação de sua culpa (MATE, 2008).

Ricoeur (2008, p. 196) afirma que o perdão é uma espécie de cura da memória, o acabamento de sua luta; liberta do peso da dívida, a memória fica liberada para grandes projetos. O perdão dá futuro à memória, pois uma memória curada é aquela que não desapareceu ou caiu no esquecimento, mas que, embora incômoda, perdeu seu caráter tóxico. O presente não está mais envenenado, excluindo a possibilidade do futuro. As feridas que restaram são capazes de influenciar a experiência sábia e podem ajudar outras pessoas (JESUDASAN; RÜPPEL, 2008).

Não é verdadeiramente certo que exista um pensamento moderno, no singular, e ainda menos certo que os séculos modernos possam ser inteligíveis fora de qualquer relação com o cristianismo. Das realidades que fazem alusão à do perdão, ou da própria realidade do perdão, de qualquer maneira foi fala-

⁴ Gênesis 4,14-14: “Eis que hoje me lanças da face da terra; também da tua presença ficarei escondido; serei fugitivo e vagabundo na terra; e qualquer que me encontrar matar-me-á. O Senhor, porém, lhe disse: Portanto quem matar a Caim, sete vezes sobre ele cairá a vingança. E pôs o Senhor um sinal em Caim, para que não o ferisse quem quer que o encontrasse.”

do sem propósito diretamente teológico: e isto permite assegurar uma unidade mínima (CANTO SPERBER, 2013. p. 787).

É ainda nos limites da desculpa, e na análise da magnanimidade que o perdão intervém para Descartes, em termos bem gregos. Os homens generosos, “ainda que vejam frequentemente que os outros cometem faltas que revelam sua fraqueza [...] são todavia inclinados a lhes desculpar do que a lhes condenar, e a acreditar que é mais por falta de conhecimento que por falta de boa vontade que eles a cometem”. (CANTO SPERBER, 2013 p.787).

Sabe da existência controversa que é a do remorso, da lógica das paixões, que governa a vingança e a crueldade, uma lógica de clemência. O Deus de Spinoza não ama e nem odeia ninguém, é sinônimo da do amor pela generosidade. Quando Cristo aconselha resistência a violência pelos oprimidos, está em defesa da Boa República e da Justiça. (CANTO SPERBER, 2013 p.787).

Uma história conceitual do perdão e do perdoável deveria em seguida interrogar um outro grande teórico da escusa, Rousseau. “O homem é naturalmente bom, e a sociedade deprava e perverte os homens: o axiomático não tem subterfúgios”. Na aurora da experiência, da maneira que ela é retomada na liminar das confissões, a consciência natural está “isenta dos remorsos do ímpio e dos crimes do malfeitor”. (CANTO SPERBER, 2013 p.787).

O perdão, cuja concessão faria supor a responsabilidade do malfeitor é então desqualificado desde o início; ninguém responde mal, a não ser a relações sociais desprovidas de rosto, então ninguém pode ser absolvido. A misericórdia, por um lado, não conseguiria se alojar na ética Kantiana “o homem misericordioso não é um ser racional, mas um animal dotado também de razão”. (CANTO SPERBER, 2013 p.787).

E por outro lado a afirmação da radicalidade do mal faz evidentemente entrar em cena algo que poderia ser perdoado e que, em última instância, solicita perdão divino. Seguramente o direito não conhece o perdão: o indivíduo que apela para o direito simplesmente abdica de qualquer desejo de vingança, para que a justiça seja racionalmente feita.

Ao observar a construção discursiva sobre o perdão por alguns pensadores modernos, percebe-se a complexidade que o seu sentido representa e implica dentro das relações conflituosas em sociedade. Esse ato em meio a justiça não pode ser confundido como direito, mas como uma atitude de homem nobre, virtuoso e moral.

O perdão aqui não é elementar para Justiça Restaurativa, mas em algumas circunstâncias é significativo para o ser humano em termos de conforto e espiritualidade.

Quando trata-se da alteridade compreende-se que o homem social interage e se conecta com o outro. Para Laplatine (2003),

A experiência da alteridade (e a elaboração dessa experiência) leva-nos a ver aquilo que nem teríamos conseguido imaginar, dada a nossa dificuldade em fixar nossa atenção no que nos é habitual, familiar, cotidiano, e que consideramos 'evidente'. Aos poucos, notamos que o menor dos nossos comportamentos (gestos, mímicas, posturas, reações afetivas) não tem realmente nada de 'natural'. Começamos, então, a nos surpreender com aquilo que diz respeito a nós mesmos, a nos espiar. O conhecimento (antropológico) da nossa cultura passa inevitavelmente pelo conhecimento das outras culturas; e devemos especialmente reconhecer que somos uma cultura possível entre tantas outras, mas não a única. (LAPLATINE, 2003. p. 12-13)

Para Levinas a alteridade é a relação do Eu com o outro, uma espécie de vínculo mútuo de respeito e reconhecimento na interação de convivência. Este ideal reflete instantaneamente com os princípios restaurativos, onde a dimensão maior está em restabelecer os laços e permitir que o outro mantenha o bom senso, a integridade, o bem estar, um com o outro.

Considerações finais

Neste presente trabalho buscou-se responder a seguinte indagação: A Justiça Restaurativa é a busca pelo perdão do outro? Com isso seria um exercício a alteridade? Para que se obtivesse êxito na resposta foi preciso compreender que dentro de uma comunidade ocorrem conflitos, vindos por desigualdades, pensamentos diferentes, interesses difusos, dificuldade de comunicação e falta de diálogo, o que conseqüentemente vem a ocorrência dos delitos.

As práticas restaurativas vem como uma possibilidade de encontro, reparação e não necessariamente o perdão, mas a compensação e o agradecimento. Existem diversas metodologias utilizadas pela Justiça Restaurativa, uma das mais conhecidas e aceitas por se aproximar dos valores e da espiritualidade humana são os círculos de construção da paz, com a finalidade precípua de restabelecer a comunicação e as relações sociais entre as pessoas.

Assim, o diálogo é extremamente necessário, para buscar o perdão entre as pessoas, se assim desejarem, pois o importante é a compreensão e a clareza sobre o que aconteceu com elas, diante do crime. Todos devem estar cientes que toda ação acaba por gerar uma reação e esta pode ser positiva se compreendida de forma mais humana.

É importante ter o cuidado mútuo, a seriedade com a prática e a clareza de não reduzi-la ao simplismo. Dada a complexidade dos problemas e das instituições, bem como da institucionalização da Justiça Restaurativa, se não repensada e encarada dentro do trabalho em rede, poderá se tornar mais uma ferramenta do direito penla para punir o ofensor e revitimizar a vítima.

Está-se diante de uma grande oportunidade de inovação jurídica de prática de justiça no Brasil, porém, as desigualdades sociais e a estratificação perpetuada culturalmente, inclusive no meio jurídico pode banalizar a ideia de restauração de justiça, se o homem não se permitir em “trocar as lentes”, permitindo-se humanizar, e enxergar o outro também como um ser humano, capaz, livre e legítimo como autor da sua própria história!

REFERÊNCIAS

BONNEN, Petronella Maria. **A justiça restaurativa, um desafio para a educação**. Orientação: Flávia Schilling. São Paulo: s.n. 2011. 260p.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos Conflitos & Direito de Família**. 1 ed., Jurua, 2003.

CANTO- SPERBER, Monique. **Dicionário de ética e filosofia moral**. Tradução Ana Maria Ribeiro – Althoff [et. Al]. – São Leopoldo, RS: Ed. UNISINOS, 2013, p.787.

COSTA, Márcio Luis. **Levinas: uma introdução**. Tradução de J. Thomaz Filho. Petrópolis: Vozes, 2000.

ESPAÇOS Colaterais. Santa Luzia: Apacapac, 2009. Disponível em: <<http://www.colaterais.org/textos/apacapac>>. Acesso em: 24 ago. 2009.

GOLEMAN, Daniel. **Foco: a atenção e seu papel fundamental para o sucesso**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2014.

GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95 - Lei dos juizados especiais criminais**. GOMES, Luiz Flávio; Antonio GARCIA; Pablos de MOLINA: tradução GOMES, Luiz Flávio; GARCIA, Yebbin Morote; TANGERINO, David. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

HELLER, Agnes. **Além da Justiça**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.

JESUDASAN, Usha; RÜPPEL, Gerd. **Pain, Remembrance, Healing**. Geneve: World Council of Churches, 2008.

LAPLATINE, François. **Aprender Antropologia**. São Paulo: Brasiliense. pp. 12-13. 2003.

LIEBMANN, Marian. **Restorative justice: how it works**. London: Jessica Kingsly Publishers, 2007.

MORAES, Tiago França. **Mediação, conciliação e arbitragem**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3346, 29 ago. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22520>>. Acesso em: 29 maio 2017.

MATE, Reyes. **Justicia de las víctimas: Terrorismo, memoria, reconciliación**. Barcelona: Anthropos, 2008. Página 142.

PRANIS, Kay. **Processos Circulares**. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2010

RICOEUR, Paul. **O Justo**. Martins Fontes: São Paulo. 2008.

SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SANTANA, Luis F. Gordillo. **La Justicia Restaurativa y La Mediación Penal**. Iues-tel. Portal Derechos, S. A., 1 ed., Espanha. Paracuellos de Jarama (Madrid), 2007.

SUSIN, Luiz Carlos. **O Homem Messiânico: uma introdução ao pensamento de Emmanuel Lévinas**. Porto alegre/ Petrópolis: Escola Superior de Teologia São Lourenço de Brindes/Vozes, 1984.

VAN NESS, D. W.; STRONG, K. H. **Restoring Justice: an introduction to Restorative Justice**. New Providence, NJ: Matthew Bender & Company, Inc., 2010, p. 21-22.

ZEHR, HOWARD. **Trocando as lentes. Um novo foco sobre o crime e a justiça**. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008, p.257

A ESCUTA ATIVA E A ALTERIDADE COMO PRESSUPOSTOS PARA A LIBERAÇÃO DO PERDÃO PELA MEDIAÇÃO

ACTIVE LISTENING AND ALTERITY AS ASSUMPTION TO
THE FORGIVENESS THROUGH MEDIATION

Charlise Paula Colet Gimenez¹
Alini Bueno dos Santos Taborda²

Recebido em: 29/05/2017

Aprovado em: 31/07/2017

*“Que o perdão seja sagrado
Que a fé seja infinita
Que o homem seja livre
Que a justiça sobreviva.”*
(Ivan Lins e Vitor Martins)

RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade debater a importância da escuta ativa e da alteridade no procedimento da mediação, como método eficaz

¹ Doutora em Direito e Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ. Professora dos Cursos de Mestrado e Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e Missões - URI, campus Santo Ângelo. Coordenadora do Curso de Graduação em Direito da URI. Líder do Grupo de Pesquisa “Conflito, Cidadania e Direitos Humanos”, registrado no CNPQ. Advogada. Atua no estudo do Crime, Violência, Conflito e Formas de Tratamento de Conflitos - conciliação, mediação, arbitragem e justiça restaurativa. E-mail: charlise@ur.br

² Doutoranda e Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e Missões - URI, campus Santo Ângelo. Docente do Curso de Graduação em Direito da mesma universidade, campus Santiago. Advogada. E-mail: alinitaborda@gmail.com

de resolução de conflitos sociais e local de liberação de perdão. Para a realização do presente estudo, adota-se o método de abordagem hipotético-dedutivo. Como vertente principal de discussão, destaca-se a importância do saber escutar como forma de criar empatia e, acima de tudo, estabelecer um ambiente mais afetuoso e propício ao encontro de soluções satisfatórias para os conflitos. Apresenta-se, ainda, a importância da alteridade, como um ato de efetivamente ver e sentir o outro para que assim ocorra a chamada liberação do perdão enquanto possibilidade de reconciliação, transformação das relações conflituosas e o despertar para uma sociedade mais terna e pacífica.

PALAVRAS-CHAVE

Escuta ativa, alteridade, mediação, perdão.

ABSTRACT

The purpose of this study is to discuss the importance of active listening and alterity in the mediation process, as an effective method of solving social conflicts and a place to release forgiveness. In order to realize this study, it is adopted the hypothetical-deductive method of approach. As a main strand of discussion, we emphasize the importance of knowing how to listen, as a way to create empathy and, above all, to establish a more affectionate and propitious environment for finding satisfactory solutions to conflicts. The importance of otherness is also emphasized as an act of effectively seeing and feeling the other, so that the so-called liberation of forgiveness may occur, as a possibility of reconciliation, transformation of conflictual relations and awakening to a more peaceful and peaceful society.

KEYWORDS

Active listening, alterity, mediation, forgiveness.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No estudo ora apresentado, realiza-se uma reflexão sobre a necessidade de uma escuta ativa, ou seja, sensível, e da alteridade, enquanto pressupostos para uma mediação eficaz. Apresenta-se a mediação como uma ideia pacificadora e ao mesmo tempo uma técnica de intervenção nos conflitos, pautada no diálogo franco e no comprometimento das partes envolvidas e, por isso, capaz de restabelecer e fortalecer suas relações.

Pela pluralidade de percepções, sentimentos, crenças e interesses, as relações são conflituosas. Nesse sentido, o conflito não é solucionado, mas pode ser trabalhado para que os envolvidos consigam compreender o mal praticado e desenvolver empatia entre si; escutar e atender as necessidades da pessoa que sofreu o dano e daquela que o provocou; estimular o compromisso de assumir as consequências dos próprios atos e a responsabilidade através da reflexão pessoal dentro de um processo colaborativo. Portanto, o que se pode é resgatar laços e, principalmente, a compreensão de que todos são pessoas valiosas que contribuem para a sociedade.

Percebe-se que a sociedade como um todo está acostumada ao conflito e se baseia para resolver o mesmo por meio da imposição de decisões, e não de forma negociada, afastando-se da autonomia de buscar o diálogo para o entendimento do conflito entre as partes. Entretanto, por vezes o conflito visualizado é apenas o aparente e, em outros momentos, é o escape para questões mais profundas que foram vivenciadas.

Dessa forma, tem-se a certeza que a busca pela paz como prática da cultura no tratamento de conflitos somente ocorrerá se houver a comunicação entre os envolvidos, e daí surge a necessidade de uma escuta ativa, capaz de oportunizar a alteridade e a sensibilidade com as dores alheias, capaz de possibilitar o perdão, como forma de intervir, positivamente, na vida do outro, possibilitando, também, a satisfação das necessidades não apenas individuais, mas coletivas.

Assim, o estudo que ora se apresenta tem por finalidade debater a importância da escuta ativa e da alteridade no procedimento da mediação, como método eficaz de resolução de conflitos sociais e local de liberação de perdão. Para tanto, adota-se o método de abordagem hipotético-dedutivo.

1 O PODER DA ESCUTA ATIVA³: DIFERENÇA ENTRE OUVIR E ESCUTAR

A Comunicação é o núcleo das atividades humanas, e o que faz com que esse processo se realize de forma efetiva é o ato de escutar ativamente. Nesse sentido, a escuta é uma prática de comunicação que almeja que os obstáculos que se estabeleceram entre as partes de um conflito se eliminem, ou no mínimo sejam minimizadas.

Segundo Maria Odete Fachada, “a escuta ativa implica que prestemos atenção não só ao conteúdo da mensagem de cada uma das partes, mas também aos sentimentos e emoções nelas implicadas, aos índices não verbais e ao contexto em que a mensagem é proferida” (1991, p. 323).

A escuta ativa⁴ é um processo por meio do qual se deixa a outra pessoa saber que você está prestando atenção, busca estimular as pessoas a ouvirem umas as outras, provocando a expressão das emoções. Oportuniza o entendimento e a amenização dos conflitos, pois considera de extrema relevância a linguagem corporal e falada. Aqui pode-se falar em reciprocidade, uma vez que existem pessoas que estão de fato comprometidas no processo de ouvir, existe atenção, o que leva os indivíduos a estarem conectados e comprometidos.

Dessa forma, trata-se de desenvolver uma habilidade para compreender melhor as pessoas. Demonstra-se que todos são cuidadosamente ouvidos, olhando-se sempre nos olhos, e respondendo-se aos questionamentos proferidos. Assim, a escuta ativa é formada por duas partes, o escutar e a atitude, e se efetiva por uma comunicação clara e cuidadosa com o outro, criando vínculos de proximidade e confiança.

Partindo desta ideia de escuta ativa, compreende-se que esse método se reveste de enorme importância na resolução de conflitos, pois é fundamental que neste processo as partes envolvidas demonstrem a sua opinião e o

³ Importante mencionar que o termo foi utilizado inicialmente para a negociação cooperativa pela Escola de Harvard. Ver Fischer, Robert; Ury, William; Patton, Bruce. Como chegar ao sim. Rio de Janeiro: Imago, 1994.

⁴ Para Spengler (2014, p. 71), “a escuta ativa é a técnica por meio da qual o ouvinte busca compreender e se comunicar acerca do sentido e o motivo de mensagens verbais e não verbais (postura corporal), percebendo assim falante o que percebeu da declaração, tornando assim mais evidentes para este seus próprios motivos e sentimentos. A escuta ativa permite obter informações concernentes a elementos essenciais no processo de resolução de disputa, tais como credibilidade e interesse em resolver a questão”.

desacordo, sendo também importante explorar os sentimentos, os valores e as atitudes de todos os envolvidos. O saber escutar desenvolve a empatia, facilitando a obtenção de um ambiente mais adequado ao encontro de soluções satisfatórias para os conflitos. Pois, o terceiro facilitador da comunicação procura a retomada desta em bases eficientes e produtivas; a partir do diálogo os envolvidos serão mutuamente elucidados sobre a controvérsia, seus anseios e suas perspectivas, passando a poder perceber pontos comuns favoráveis ao alcance do consenso (DEMARCHI, 2007, p.57).

Sabe-se que muitas vezes os conflitos se ocasionam exatamente pela falta de comunicação, ou falha nessa comunicação. Em geral, os seres humanos apresentam dificuldades em aceitar posições diversas, fato que piora quando se está a lidar com problemas e questões nas quais os indivíduos estão emocionalmente envolvidos. Uma escuta ativa possibilita a outra pessoa a compreender que ela é objeto de atenção, demonstrando ao interlocutor estar interessado em seus pensamentos e em suas opiniões, razão pela qual se afirma que aqui as pessoas estão comprometidas no processo de ouvir e trocar informações⁵.

Especialmente na mediação, a escuta ativa pode ser vista como uma ferramenta necessária para o desenvolvimento da comunicação e de um melhor relacionamento entre os diferentes indivíduos. Conforme ressalta Juan Carlos Vezzulla, um novo tipo de escuta deve ser implementado, qual seja, a escuta ativa:

[...] do discurso dos mediandos sem a interferência de outros pensamentos, nem a tentativa de complementar, julgar ou associá-los a outras referências que não sejam as dos próprios participantes da mediação. Uma escuta que não fica somente na formalidade da história escutada, nem na sua falsa tentativa de compreensão causal (causa e efeito), nem na sua referência a uma ordem legal, psicológica ou sociológica que possam dar conta do que se diz (2013, p. 78).

O mediador deve atuar com concentração e sensibilidade, agindo de modo a fomentar o diálogo, e conduzi-lo para que as próprias partes busquem uma

⁵ A escuta ativa e a mediação. INFORME NMC- XLIII- 9 a 15 de abril, 2010. Ministério Público do Ceará. Disponível em: <http://www.pgj.ce.gov.br/n_especiais/nucleomed/pdf/NMCInforme43.pdf>. Acesso em: 20 mai.2017.

resposta satisfatória para as suas contendas. Ademais, deve empenhar-se em restaurar o canal de comunicação entre os envolvidos, propiciar um ambiente adequado para que os indivíduos envolvidos num conflito possam dialogar, assumindo uma conduta cooperativa e pacífica, auxiliando a descobrir os caminhos que podem conduzi-los às respostas de seus problemas. Visa-se promover entre os protagonistas do conflito traduzido em um preceito penal (crime), iniciativas de solidariedade, de diálogo e, contextualmente, programas de reconciliação (VEZZULLA, 2001).

Assim, para conseguir que a autocomposição seja exercida, a escuta ativa é essencial para que seu objetivo real seja alcançado, por meio da atenção que mediandos, bem como mediadores, dão aos fatos que os levam a estar interligados com o entendimento do conflito. Por meio desta escuta atenta e sensível, os envolvidos no conflito desenvolvem maior pré-disposição em acentuar a comunicação entre si, reconhecendo com maior facilidade os pontos controversos, e, conseqüentemente, a chegarem ao consenso de forma satisfatória. Nessa ótica, manifesta-se Sales:

O caminho da pacificação remete, necessariamente, à valorização do ser humano, concedendo-lhe formas e oportunidades de dialogar e participar da transformação de sua vida e de sua comunidade, o que, por conseguinte, gera nas pessoas o sentimento de inclusão e responsabilidade social (2010, p.09).

Com a escuta ativa, o mediador estimula os mediandos a se ouvirem, proporcionando a expressão das emoções. A melhor forma de comunicação é aquela que reconhece a necessidade do outro de se expressar. Justamente por isso os conselhos devem ser substituídos por uma escuta ativa para fins de mostrar que o que o outro diz e sente está sendo entendido e é relevante. Proferir conselhos normalmente se apresenta como um meio de dominação, uma maneira de assistencialismo, pois quem aconselha se coloca em posição superior. O conselho bloqueia as necessidades de expressão, reconhecimento e emancipação do aconselhado. Por essa razão, escutar e “escutar ativamente” é a melhor maneira de contribuir aos mediandos (VASCONCELOS, 2008, p.65-66).

A grande importância que deve ser dada a uma escuta ativa envolve a capacidade e a vontade de escutar e compreender a mensagem completa. E a mediação visa preponderantemente facilitar a comunicação, verbal, não-verbal e simbólica. A comunicação é papel de extrema importância para o sucesso de uma

resolução pacífica e adequada dos conflitos trazidos ao mediador, uma vez que esse possui o papel de conduzir as partes ao seu empoderamento⁶, direcionando-as ao reconhecimento dos interesses dos outros (COSTA, 2015, p. 41)

Para comunicar-se de forma eficaz, é primordial buscar compreender o que está além das palavras e das emoções. Entender os gestos e o conteúdo verbal das pessoas é parte de um procedimento necessário para uma sessão de mediação de sucesso. Dessa forma, a escuta sensível serve como um mecanismo para evitar o maior obstáculo ao entendimento nas relações sociais que é a falha na comunicação, favorecendo o estabelecimento de uma nova cultura de pacificação e de comunicação não violenta, e que proporciona autonomia e empoderamento para resolver conflitos nas relações sociais.

2 ALTERIDADE: SENTIR O OUTRO

No convívio social, não importa em que contexto, haverá amor, amizade, admiração, e também haverá sabores e desentendimentos. Portanto, os vínculos interpessoais, por inúmeras vezes, fazem os seres humanos vivenciar situações de conflito. Nesses momentos, emoção e razão colidem. Os conflitos⁷ são inerentes à vida em sociedade, cabendo aos seus integrantes buscar de forma pacífica, e respeitando cada qual suas liberdades perante a coletividade. Nesse sentido, afirma Muller que:

a humanidade do homem não se cumpre fora do conflito, mas sim para lá do conflito. O conflito está na natureza dos homens, mas quando esta ainda não está transformada pela marca do humano. O conflito é o primeiro, mas não deve ter a última palavra. [...] o homem não deve estabelecer uma relação de hostilidade, onde cada um é inimigo do outro, mas deve querer estabelecer uma relação de hospitalidade, onde cada um é hóspede do outro (2006, p.19).

⁶ A palavra “empoderamento” é descrita em dicionários da língua portuguesa como Aurélio e Houaiss. De acordo com eles, o termo conceitua o ato ou efeito de promover conscientização e tomada de poder de influência de uma pessoa ou grupo social, geralmente para realizar mudanças de ordem social, política, econômica e cultural no contexto que lhe afeta. A ideia é dar a alguém ou a um grupo o poder de decisão em vez de tutelá-lo.

⁷ “O conflito tem uma significação sociológica, não somente para as partes diante dele, mas para cada um diante de si mesmo. A experiência demonstra que um conflito transforma cada um dos envolvidos, não somente na sua relação com o outro, mas consigo mesmo, pois existem, ao mesmo tempo, consequências desfavoráveis e purificadoras, enfraquecedoras e fortalecedoras” (SIMMEL, 1983, p. 150).

Percebe-se que as pessoas elaboram decisões quando estão conscientes dos sentimentos criados pelos conflitos. Essa é a razão pela qual se deve integrar os sentimentos com as decisões, sem deixar que as emoções prejudiquem a racionalização do problema. E, dessa assertiva se extrai que não são os sentimentos propriamente que atrapalham a feitura das decisões, mas a forma como esses sentimentos são ventilados e respondidos (FOLBERG, 1988).

A mediação, nesse sentido, opera como um processo em que cada uma delas tem oportunidade de expor os seus interesses e as suas necessidades. Como decorrência, é possível descobrir um caminho que atenda, tanto quanto possível, aos legítimos interesses e às necessidades de ambas.

Neste rumo, manifesta-se Spengler:

A mediação, como espaço de reencontro, utiliza a arte do compartilhar para tratar conflitos e oferecer uma proposta inovadora de pensar o lugar do Direito na cultura complexa, multifacetada e emergente do terceiro milênio. Essa proposta diferenciada de tratamento dos conflitos emerge como estratégia à jurisdição tradicional, propondo uma sistemática processual que faça novas e mais abordagens numa realidade temporal inovadora e mais democrática (2008, p.75).

Assim, importante ressaltar o processo da mediação como um ato transformador por meio do qual é possível olhar para si mesmo por meio do olhar do outro (WARAT, 2001). Trata-se de uma co-responsabilidade solidária, pois assume-se um compromisso com as necessidades singulares da outra pessoa, desenvolvendo-se um respeito imediato pela pessoa do outro, que é meu semelhante.

O outro é visto, muitas vezes, como ameaça, negação, que questiona e se confronta com o poderio do eu. Nesse sentido, não é fácil encontrar um ser humano, é fácil reencontrar o que já é conhecido e é fácil encontrá-lo no simbólico. Porém, encontrá-lo “face a face” é, na maioria das vezes, muito mais difícil.

A busca pelo outro enseja uma certa inquietação no indivíduo, pois a responsabilidade e a necessidade chocam-se com a novidade. As insatisfações e decepções estarão sempre presentes, mas no momento que se propõe a se colocar no lugar do outro, essa ação vem precedida da responsabilidade pelo outro, instaurando um agir ético como alteridade. A alteridade, portanto, pode ser entendida como uma abertura para se repensar as nossas relações.

É necessário salientar a importância da sensibilidade, pois nesse processo de se colocar no lugar do outro, é uma preocupação não para comigo, mas para com o outro. Em Warat, observa-se que “duas sementes não podem se relacionar, elas estão fechadas. Duas flores podem se relacionar, elas estão abertas” (2004, p.125). É necessário relacionar-se a partir do “centro”, do interior subjetivo e não a partir da “periferia”⁸ (WARAT, 2004, p. 110).

Nesse sentido, é possível afirmar que:

a mediação deve ser compreendida como ética da alteridade, a qual reivindica a recuperação do respeito e do reconhecimento da integridade e da totalidade de todos os espaços de privacidade do outro, ou seja, um respeito absoluto pelo espaço do outro, e uma ética que rechaça o mínimo de movimento invasor em relação ao outro (GIMENEZ; SPENGLER, 2016, p. 122).

Dessa forma, se faz necessária uma ética da alteridade, pois o ser humano tem a obrigação de olhar, de se importar e sentir o outro. Como alerta Costas Douzinas, “no cara a cara, sou total, imediata e irrevogavelmente responsável pelo Outro que me encara” (1999, p.355). E, ainda, “o seu ser está ligado no interior dos outros, em buscar aquilo que está escondido, a verdade real, para assim então surgir ou trazer a tona a transformação que resultará na solução dos problemas” (WARAT, 2004).

No tocante à mediação, como ressalta Vezzulla, somente há pessoas e todas elas merecedoras de respeito. Em mediação, adota-se o conceito de respeito como o de se atender a todos por igual nas diferenças. Ou seja, as próprias diferenças são as que levam os seres humanos a serem iguais (2013, p.79)

Nessa senda, importante frisar que se busca pela prática da mediação a interação entre as partes envolvidas, quando um volta para o outro, em um diálogo franco e terno. De tal modo, para se resgatar a alteridade, a fim de reconstruir os vínculos esmagados “é necessário apostar na cultura, na alteridade, no desejo. A resistência cultural. A cultura da paz, da mediação, da alteridade do amor”. (WARAT, 2010, p.24)

⁸ “A periferia de cada um está muito longe do próprio dever da identidade. A periferia é o lugar onde cada um de nós termina. A última fronteira que nos aproxima do mundo. Uma região altamente enganosa, onde prolifera todo tipo de contrabando e defraudações.” WARAT, Luis Alberto. A Ciência Jurídica e seus dois maridos. Santa Cruz do Sul : Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul, 1985, p. 110.

Trazer o Outro para perto é embarcar para uma viagem infinita rumo ao desconhecido, “a alteridade é a possibilidade de conhecer a existência do outro. Eu existo na medida em que tenho a capacidade para reconhecer a existência do outro, e ele comporá a minha própria existência” (WARAT, 2010).

A mediação tem por objetivo responsabilizar os conflitantes pelo tratamento do seu litígio, unindo-os a partir de uma ética da alteridade; encontrar, com a atuação de um mediador, a garantia do sucesso, aparando as arestas e divergências, compreendendo as emoções reprimidas e alcançando um consenso que atenda aos interesses de cada envolvido e conduza à paz social (GIMENEZ; SPENGLER, 2016, p. 123).

Importante ressaltar que a possibilidade de olhar o conflito pelo olhar do outro faz com que o sujeito se depare e se submeta a um exercício de castração muitas vezes, pois, pode revelar questões perturbadoras. Entretanto, colocar-se no lugar do outro, permitir-se senti-lo, mais que valorizar a outra pessoa, em um ato de ternura e possibilita transformar as relações conflitivas.

3 A MEDIAÇÃO COMO UM INSTRUMENTO DE LIBERAÇÃO DO PERDÃO

A intolerância, a ausência de parâmetros que orientem a convivência pacífica e a falta de habilidade para resolver os conflitos são algumas das principais dificuldades detectadas na sociedade atual. O conflito é uma presença constante na história da civilização e parte integrante do convívio social, e para enfrentá-lo é importante aceitar diferenças, aceitar posições distintas e dialogar sempre.

Nesse sentido, Ortega afirma que:

Um conflito não é necessariamente um fenômeno da violência, embora, em muitas ocasiões, quando não abordado de forma adequada, pode chegar a deteriorar o clima de convivência pacífica e gerar uma violência multiforme na qual é difícil reconhecer a origem e a natureza do problema (2002, p.143).

A mediação⁹ é tida como uma técnica extrajudicial de resolução de

⁹ “Os métodos complementares e adequados orientam-se pela ética da alteridade, reivindicando a recuperação do respeito mútuo e fortalecendo valores fundamentados na fraternidade e na solidariedade, a partir do restabelecimento da comunicação e do diálogo. Assim, a mediação e a conciliação cumprem o objetivo de atender às necessidades de cada parte, devolvendo a elas a capacidade de encontrar a resposta mais adequada ao seu conceito” (GIMENEZ; SPENGLER, 2016, p. 202).

conflitos, por meio da qual as próprias partes, com o auxílio imparcial de um terceiro, buscam dialogar para resolver os seus conflitos de forma satisfatória. Por isso, seguindo Luis Alberto Warat, considera-se a mediação como “uma forma ecológica de negociação ou acordo transformador das diferenças”, pois ocorrendo a mediação todas as partes resultam ganhadoras, uma vez que se chega a uma solução consensual e não existe o ressentimento de sentir-se “perdedor” (1998, p.5).

Conforme ressalta Lília Sales (2004), a “mediação representa assim um mecanismo de solução de conflitos pelas próprias partes que, movidas pelo diálogo, encontram, uma alternativa ponderada, eficaz e satisfatória, sendo o mediador a pessoa que auxilia na construção desse diálogo”.

As noções de culpa e castigo são intensamente enraizadas em nós. Por isso mesmo, perdoar é um ato que exige, em primeiro lugar, lutar contra si mesmo, em algum nível, para que se consiga eximir a culpa que é atribuída ao Outro e, com isso, superar internamente a vontade de castigá-la. Nesse sentido:

Perdoar é o ato de libertar o outro da culpa, mas é mais que isso. Em sua função libertária, o perdão liberta quem o pratica. É um ato de grandeza de espírito, que representa, acima de tudo, uma doação. For-give, vor-geben, per-dón. Praticamente em todos os idiomas a palavra perdoar obedece a sua origem do latim vulgar *perdonare*, formada pela junção do prefixo *per* (através de) com a palavra *donare*, que representa o ato de doar ou, melhor ainda, dar-se. Perdoando, a pessoa doa o que há de melhor em si mesma – a compreensão, a compaixão e a esperança (MUSSAK, 2010).

Portanto, pode-se afirmar que a liberação do perdão marca um reinício nas relações que eram conflituosas, pois permite aos sujeitos desfrutar da sensação de alívio e possibilita a tranquilidade de conviver consigo mesmo, talvez por isso, seja tão difícil de ser praticado. Ademais, há tempos que o conceito de perdão abandonou o aspecto apenas religioso, para permear as relações sociais, uma vez que sem ele a vida em comunidade não seria possível, já que cada ofensa suscitaria uma inimizade.

Nesse sentido, o perdão é uma resposta libertária:

Se não fôssemos perdoados, eximidos das consequências daquilo que fizemos, a nossa capacidade de agir ficaria por assim dizer limitada a um único ato do qual jamais nos recuperaríamos; seríamos para sempre as vítimas das suas consequên-

cias, à semelhança do aprendiz de feiticeiro que não dispunha da fórmula mágica para desfazer o feitiço. Se não nos obrigássemos a cumprir as nossas promessas não seríamos capazes de conservar a nossa identidade; estaríamos condenados a errar desamparados e desnorteados nas trevas do coração de cada homem, enredados nas suas contradições e equívocos - trevas que só a luz derramada na esfera pública pela presença de outros que confirmam a identidade entre o que promete e o que cumpre poderia dissipar. Ambas as faculdades, portanto, dependem da pluralidade; na solidão e no isolamento, o perdão e a promessa não chegam a ter realidade: são no máximo um papel que a pessoa encena para si mesma (ARENDDT, 2016).

Ainda segundo Arendt, o perdão é uma experiência que não se pode ter sem os outros, sem a presença da pluralidade, nunca um ato de si consigo mesmo.

[o perdão] é a única forma de reação que não 're-age' apenas, mas age de novo e inesperadamente, sem ser condicionada pelo ato que provocou e de cujas consequências liberta tanto quem perdoa quanto o que é perdoado [...] é a liberação dos grilhões da vingança (MUSSAK, 2015).

O perdão é oposto à vingança, e é necessário amor, uma vez que o respeito e consideração são suficientes para desculpar o mal feito. Na mediação, enquanto processo transformativo, o perdão simboliza a reconciliação, a liberação de sentimentos negativos, o transformar-se internamente. Assim:

[...] Os conflitos nunca desaparecem, se transformam; isso porque, geralmente, tentamos intervir sobre o conflito e não sobre o sentimento das pessoas, Por isso, é recomendável, na presença de um conflito pessoal, intervir sobre si mesmo, transformar-se internamente, então, o conflito se dissolverá.

O mediador deve entender a diferença entre intervir no conflito e nos sentimentos das partes. O mediador deve ajudar as partes, fazer com que olhem a si mesmas e não ao conflito, como se ele fosse alguma coisa absolutamente exterior a elas. [...] (WARAT, 2004, p.26).

Ou seja, a partir da mediação é possível ocorrer o distanciamento do passado, dos ressentimentos, possibilitando a liberação do perdão, permitindo que os envolvidos convivam em harmonia com o presente. Sentimentos de punição e culpa são convertidos por um olhar para si e para o outro, e em busca do bem comum, em libertação.

Nesse sentido, importante mencionar que o maior atributo que se espera

das perguntas feitas no procedimento da mediação é que possa promover a reflexão, convide à expressão e à decisão sobre algo, após pensar a respeito com cuidado e critérios éticos que considerem o outro (ALMEIDA, 2014, p. 257). Assim, a liberação do perdão também se constitui como resposta, ao se restabelecer a relação social entre os mediandos. Demonstra a calma das emoções, o livramento do sentimento de ódio e injustiça.

Conforme ressalta Muller:

A mediação quer, assim, criar na sociedade um lugar onde os adversários possam aprender ou reaprender a comunicar, a fim de chegarem a um pacto que lhes permita viver juntos, senão numa paz verdadeira, pelo menos numa coexistência pacífica (2006, p. 170)

Destaca-se que, quando a pessoa tem seu relato acolhido, e é chamada a refletir sobre seu modo de agir, pensar e se comunicar, acaba por contemplar sua posição inicial de forma mais profunda. É quando o indivíduo envolvido no conflito começa a identificar seus sentimentos em relação àquela questão e também a sua responsabilidade sobre o ocorrido, ponderando sua necessidade real e expectativa. Passa-se, então, a desenvolver um olhar sensível sobre o outro, comunicando-se com este outro de maneira não agressiva.

Vislumbra-se, nessa ótica, que o instituto da mediação ajuda a desenvolver relações de empatia, formar seres humanos mais seguros, uma vez que conseguem realizar o exercício de se colocar no lugar do outro, entender melhor seus próprios sentimentos, perdoar o outro e acima de tudo a si mesmo, e ter clareza sobre suas emoções e comportamentos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observa-se, a partir do estudo realizado, que o exercício da escuta ativa pode ser visto como uma ferramenta essencial, pois ajuda a se relacionar com os demais, resolver conflitos, compreender sentimentos e opiniões de terceiros, pois, o diálogo é o que ampara a existência social do humano e, por isso, deve ter suas bases no respeito e na cooperação. Nesse sentido, a escuta ativa na mediação estimula os envolvidos em um conflito a expressar suas emoções e instiga as partes a ouvirem uma à outra, não dando margem para reforçar relações de medo e agressividade.

Assim, o terceiro facilitador deve ajudar a parte ouvinte a perceber o conteúdo e a emoção da mensagem proferida; auxiliar as partes a se expressarem e a explicarem o seu ponto de vista sobre o conflito e os seus sentimentos envolvidos, mostrando aos envolvidos que a expressão dos sentimentos é necessária à compreensão da profundidade da controvérsia. Ainda, contribui para criar um ambiente capaz de garantir liberdade e segurança para que a divergência seja abertamente discutida pelas partes.

Destaca-se, nesse sentido, que mediação procura compreender o mal praticado e desenvolver empatia para com a vítima e o ofensor; escutar e atender as necessidades da pessoa que sofreu o dano e daquela que o provocou; estimular o compromisso de assumir as consequências dos próprios atos e a responsabilidade por meio da reflexão pessoal dentro de um processo de planejamento colaborativo; reintegrar as partes como membros valiosos que contribuem para a sociedade, criando ambientes de solidariedade. Ou seja, é uma forma de transformação das relações conflituosas, pautada na comunicação clara e sensível. Por isso, a escuta ativa atenta às narrativas construídas por cada um, e a formulação de perguntas que provoquem os impactos almejados pela mediação, sendo peça-chave na intervenção dos mediadores e no decorrer do processo.

Cada ser tem suas particularidades, características próprias que definem seu modo de encarar suas angústias. Nesse sentido, é preciso a acolhida do outro que possibilita a abertura à alteridade. A alteridade exige desprendimento no sentido de acolher e responder ao outro, de questionar as relações, valores e vontades. O exercício de alteridade deve ser constante, e se dá pela exterioridade.

Por fim, ao estimular a comunicação entre as partes em conflito, analisando este não apenas a partir da sua perspectiva, separando interesses e sentimentos, e desenvolvendo o controle de interações destrutivas, a mediação possibilita a transformação e a pacificação nas relações sociais, reconhecendo a importância da sensibilidade e do perdão para o desenvolvimento da sociedade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Tania. **Caixa de Ferramentas em mediação**: aportes práticos e teóricos. São Paulo: Dash, 2014.

ARENDRT, Hannah. **A condição humana**. Forense Universitária; Edição: 13ª, Nova Edição, 2016, p.295-300.

BACCELAR, Roberto Portugal. **A mediação no contexto dos modelos consensuais de resolução dos conflitos**. São Paulo: Revista do Processo, n. 95, p. 122-134, jul./se.1999, v. 24.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BREITMAN, S.; PORTO, A. C. **Mediação familiar**: uma intervenção em busca da paz. Porto Alegre: Criação Humana, 2001.

BUSH, Baruch. Robert A.; FOLGER, Joseph P. **The Promise of mediation**: the transformative approach to conflict. San Francisco: Jossey Bass, 2004.

CEZAR-FERREIRA, Verônica A. da Motta. **Família, Separação e Mediação uma Visão Psicojurídica**. 3ª ed. São Paulo: Método, 2011.

DEMARCHI, Juliana. **Técnicas de conciliação e mediação**. In: Mediação e gerenciamento do processo. São Paulo: Atlas, 2007.

FACHADA, Maria Odete. **Psicologia Relações Interpessoais**. Lisboa, Ed. Rumo, 1991.

FISCHER, Robert; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim**. Rio de Janeiro: Imago, 1994.

FOLBERG, Jay. **Divorce Mediation**. New York: The Guildford Press, 1988.

GIMENEZ, Charlise Paula Colet; SPENGLER, Fabiana Marion. **O mediador na resolução 125/2010 do CNJ: um estudo a partir do Tribunal Múltiplas Portas**. Águas de São Pedro: Livronovo, 2016.

MENDONÇA, A. H. B. **A Reinvenção da tradição do uso da mediação**. Revista de

MENDONÇA. Rafael, **(Trans) Modernidade e Mediação de Conflitos**, Joinville . Editora Latra água, 2008.

MOORE, Christopher W. **O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos**. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998.

MORAIS, Jose Luis Bolzan. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

MUSSAK, Eugênio. **Preciso dizer o que sinto**. Editora: Integrare; Edição: 1ª, 2015.

NORTHFLEET, Ellen G. "Novas fórmulas para resolução de conflitos". In: TEIXEIRA. Sálvio de Figueiredo. **O judiciário e a constituição**. Brasília: Saraiva, 1994. p. 235.

SALES, Lilia Maia de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. **A cidadania em debate: a mediação de conflitos**. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2005.

_____. **Mediare: um guia prático para mediadores**. 3 ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: GZ ed., 2010.

SIMMEL, Georg. **Sociologia**. Tradução de Carlos Alberto Pavanelli et. al. São Paulo: Ática, 1983.

SIX, Jean François. **Dinâmica da mediação**. Tradução de Giselle Groeninga de Almeida, Águida Arruda Barbosa e Eliana Riberti Nazareth. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Retalhos da Mediação**. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2014.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. Modelos, processos, ética e aplicações. São Paulo: Editora Método, 2008.

VEZZULLA, Juan Carlos. **Teoria e Prática da Mediação**. Paraná: Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil, 1998.

_____. **A mediação para uma análise da abordagem dos conflitos à luz dos direitos humanos, o acesso à justiça e o respeito à dignidade humana**. In: *Mediação de Conflitos*. Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva, organizadora. São Paulo: Atlas, 2013.

WARAT, Luis Alberto. **A Ciência Jurídica e seus dois maridos**. Santa Cruz do Sul : Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul, 1985.

_____. (Coord.), **Ecología, psicoanálisis e mediação**. Em nome do acordo. A mediação no Direito. Trad. J. Rodrigues. Buenos Aires: Almed, 1998.p.5-59.

_____. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001. V I.

_____. **Surfando na pororoca: o ofício do mediador**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

_____. **A rua grita Dionísio!** Direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia. Tradução e organização Vívian Alves de Assis, Júlio Cesar Marcellino Júnior; Alexandre Morais da Rosa. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

_____. **Direito, sujeito e subjetividade: para uma cartografia das ilusões**. Captura Críptica: direito política, atualidade. Revista Discente do Curso de Pós-Graduação em Direito. - n.2., v.2. (jan/jun. 2010) - Florianópolis, Universidade Federal de Santa Catarina, 2010.

A RELAÇÃO ENTRE A MEDIAÇÃO E O PERDÃO: UM RESULTADO (IM)POSSÍVEL DA DINÂMICA CONFLITIVA?

THE RELATIONSHIP BETWEEN MEDIATION AND FORGIVENESS: AN (IM)POSSIBLE RESULT OF CONFLITIVE DYNAMICS?

**Fabiana Marion Spengler¹
Helena Pacheco Wrasse²**

Recebido em: 25/05/2017
Aprovado em: 24/07/2017

RESUMO

Os conflitos representam uma das formas de interações sociais e, partindo-se desse pressuposto, a temática aqui enfrentada aborda o perdão e a mediação. Como problemática do artigo, apresenta-se a seguinte questão: seria a mediação um método de tratamento de conflitos democrático, através do qual se busca o acordo com base no perdão do outro? Nestes termos, o objetivo principal é

¹ Pós-doutora em Direito pela Università degli Studi di Roma Tre, em Roma, na Itália, com bolsa CNPq (PDE). Doutora em Direito pelo programa de Pós-Graduação stricto sensu da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS – RS, com bolsa Capes; mestre em Desenvolvimento Regional, com concentração na área Político Institucional da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC – RS, docente dos cursos de Graduação e Pós Graduação lato e stricto sensu da UNISC, líder do Grupo de Pesquisa “Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos” vinculado ao CNPq; coordenadora e mediadora do projeto de extensão: “A crise da jurisdição e a cultura da paz: a mediação como meio democrático, autônomo e consensuado de tratar conflitos” financiado pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC; e-mail: fabiana@unisc.br. Santa Cruz do Sul, RS, Brasil.

² Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado - da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Bolsista do Programa BIPSS - Bolsas Institucionais para Programas de Pós-Graduação da Universidade de Santa Cruz do Sul, RS, Edital 01/2017. Integrante do Grupo de Pesquisas “Políticas Públicas no tratamento dos conflitos”, vinculado ao CNPq, sob a coordenação da Prof.^a Pós-Dr.^a Fabiana Marion Spengler. Advogada. E-mail: hphelenapacheco@gmail.com. Santa Cruz do Sul, RS, Brasil.

analisar a mediação como procedimento democrático de lidar com os conflitos a partir do estabelecimento de acordos baseados no perdão. O texto está dividido em três partes, que ilustram os objetivos da pesquisa: inicialmente são apontados aspectos acerca da dinâmica conflitiva e de que forma esta pode representar construção social. Em um segundo momento, pretende-se analisar categorias fundamentais à compreensão do perdão. E, por fim, é trazido o relato da autora Jacqueline Morineau acerca da mediação humanística, bem como por que a mediação proporciona um ambiente democrático ao tratamento do conflito. E, na busca por condensar e esquematizar os saberes propostos, utiliza-se do método de pesquisa: o dedutivo e, como método de procedimento: o monográfico, a partir de pesquisas bibliográficas.

PALAVRAS-CHAVE

Conflito, mediação, perdão.

ABSTRACT

Conflicts represent one of the forms of social interactions and, from this pre-supposition; this article aims to address the issue of forgiveness and mediation. Therefore, the text is divided into three parts, which illustrate the objectives of the research: initially, it is pointed out aspects about the conflicting dynamics and how it can represent social construction. In a second moment, the intention is to analyze fundamental categories to the understanding of forgiveness. In addition, the author Jacqueline Morineau's account of humanistic mediation is brought along with why mediation provides a democratic environment for the treatment of conflicts. As problem of research, is presented the following question: would mediation be a method of democratic conflict treatment, through which the agreement is sought based on the forgiveness of the other? Moreover, in the search to condense and to schematize the proposed knowledge, the research uses the deductive method and the monographic procedure, based on bibliographical researches.

KEYWORDS

Conflict, mediation, forgiveness.

1 INTRODUÇÃO

O homem está no mundo, contudo, passa a ser reconhecido como um ser social quando é percebido pelo outro. Um pode representar transtorno e perturbação no espaço de tranquilidade do outro. Sob essa perspectiva, percebe-se o receio em relação às ideias, aos costumes, aos interesses a às ambições que uma pessoa pode ter para com a outra. Nesse sentido, reflete-se que os comportamentos humanos são aprendidos através da imitação, significando que desejos em comum e interesses semelhantes podem ensejar na rivalidade, no conflito, na adversidade, diferentemente do que defendem alguns autores que percebem, nos comportamentos miméticos, a harmonia.

Nota-se o conflito como o confronto de desejos em que se tenta ceder a resistência imposta, sendo composto por pelo menos duas forças que tentam subjugar uma a outra. A cobiça pelo mesmo objeto é um agente desencadeador do conflito. Entende-se que os conflitos fazem parte dos relacionamentos entre os indivíduos. Todavia, para que a vida em sociedade seja preservada, os conflitos devem ser tratados adequadamente.

A partir do pressuposto teórico de que os conflitos fazem parte das relações sociais e representam uma forma de relacionar-se, objetiva-se abordar a temática do perdão, enquanto ato de vontade através do qual as relações sociais podem ser reelaboradas, e da mediação, à medida que representa um mecanismo democrático e consensual de tratamento de conflitos. Nestes termos, o objetivo principal é analisar a mediação como procedimento democrático de lidar com os conflitos a partir do estabelecimento de acordos baseados no perdão. Por isso, o texto está dividido em três partes: inicialmente são apontados aspectos acerca da dinâmica conflitiva e de que forma esta pode representar construção social. Em um segundo momento, pretende-se analisar categorias fundamentais à compreensão do perdão. E, por fim, é trazido o relato da autora Jacqueline Morineau acerca da mediação humanística, bem como por que a mediação proporciona um ambiente democrático ao tratamento do conflito.

Essa análise é tecida na expectativa de apresentar uma resposta ao problema formulado, qual seja: seria a mediação um método de tratamento de conflitos democrático, através do qual se busca o acordo com base no perdão do outro? Assim, na busca por condensar e esquematizar os saberes propositos, utiliza-se do método dedutivo, a partir da relação entre argumentos gerais

- premissas, para argumentos particulares. Parte-se de premissas genéricas, como a questão do conflito construtivo, do perdão como ato de reelaboração de uma relação marcada pelo conflito e da mediação enquanto meio adequado de fazê-lo, a fim de se chegar a uma conclusão que responda satisfatoriamente ao problema. Como método de procedimento, utiliza-se o monográfico, a partir de pesquisas bibliográficas.

2 A DINÂMICA CONFLITIVA E O SEU VIÉS CONSTRUTIVO SOCIAL

Semanticamente a palavra conflito pode ser expressa por: controvérsia, discórdia, luta, confronto, disputa, competição, guerra, concorrência, contraste, litígio, lide, oposição de ideias, de valores, de sentimentos, entre outros termos: uma palavra que se faz presente quando se trata de conflitos familiares, psicológicos, internos, externos, sociais, religiosos. É relevante apontar o fato de que o conflito não é algo que envolve somente aspectos jurídicos, ele abrange outras áreas, como a filosofia, psicologia e sociologia (TARTUCE, 2008).

A filosofia se preocupa em explicar a origem e as condições das estruturas da vida. Nossa existência é marcada por oposições de condutas e opiniões, e faz parte dessa disciplina estudar a vida em termos desses conflitos. Tem-se na sociologia a análise de sistemas sociais, que são transformados ao passo em que há desequilíbrio nas relações entre as pessoas. E a psicologia, além de procurar explicar os comportamentos humanos, desenvolve técnicas apropriadas para a resolução dos conflitos. Desse modo, percebe-se que o tema conflito é marcado por intensa interdisciplinaridade.

Nesse sentido, o conflito pode ser considerado tanto uma potencialidade como uma situação, uma estrutura, uma manifestação, um evento ou um processo. Em cada uma dessas formas existe um confronto dialético entre a realidade e a perspectiva do homem, em entrelaçadas potencialidades, disposições e poderes. O que é perceptível é o movimento do poder, o “toma/larga”, o “puxa/empurra”, o “dá/toma”. Um movimento para frente e para trás. Por isso, o conflito pode ser definido como o equilíbrio dos vetores de poder. Nenhuma das partes tem poder suficiente para se sobrepor à outra e eliminá-lo (RUMMEL, 1976).

Os conflitos podem ser explicados como um “enfrentamento entre dois seres ou grupos da mesma espécie que manifestam, uns a respeito dos outros,

uma intenção hostil, geralmente com relação a um direito” (MORAIS; SPENGLER, 2012, p. 45). Eles acontecem em diferentes níveis que dependem do grau de organização e da intensidade das emoções de cada parte. Os níveis são: latentes, emergentes e manifestos. Os latentes se caracterizam por uma tensão que ainda não foi bem desenvolvida, às vezes nem as partes estão cientes de que existe um conflito querendo se manifestar. Ele é reprimido e, por isso, acarreta certo desconforto interno que precisa ser cessado. Pode acontecer em relacionamentos pessoais, quando um não está ciente da seriedade da mudança que ocorreu, por exemplo, num rompimento de união estável. Já conflitos emergentes são disputas nas quais o problema é reconhecido, está claro que há algo errado, mas não foi estabelecida uma maneira de tratar dessa oposição. Nessa situação as partes não sabem como proceder para interromper a discussão. Pode-se ilustrar um conflito emergente numa relação de trabalho. E, quando o impasse já foi estabelecido e as partes já se comprometeram em uma disputa, o conflito é denominado manifesto. Muitas vezes já se iniciou uma negociação para resolver os problemas. Nesse caso pode ser usado como exemplo um litígio familiar, como divórcio e guarda dos filhos (MOORE, 2003).

A controvérsia pode ter diferentes causas, dentre elas se pode citar: experiência de frustração de uma ou de ambas as partes, diferentes personalidades, metas e percepções. A mudança é uma das principais fontes do conflito. É notável uma grande resistência em relação às mudanças, mas elas nem sempre são negativas, pois mudar pode significar melhorar. Elas podem acontecer parcialmente ou ser absolutas, uma pessoa ganha um novo emprego, se trata de uma mudança absoluta na vida da pessoa e parcial para a empresa, visto que ela tem outros funcionários. Já uma mudança gradativa passa por um período de adaptação, aos poucos é implantada e aos poucos vai se materializando. E a paradigmática é quando há a transformação de um paradigma de conhecimento, é importante, pois pode servir para a compreensão de outros eventos, resultando em um efeito dominó (SAMPAIO; BRAGA NETO, 2007).

Os conflitos aparecem quando as pessoas decidem o que querem, estabelecem suas posições e vão à luta para defendê-las. Ele é um elemento, um fato inerente à vida do homem: assim como existe o “ciclo da vida”, existe o “ciclo do conflito” (SAMPAIO; BRAGA NETO, 2007, p. 30). Por isso, ele pode ser dividido em fases, são elas: o conflito latente, a iniciação, a busca de equilíbrio de poder, o equilíbrio de poder e a ruptura do equilíbrio.

A iniciação é semelhante ao conflito emergente, pois se instala quando uma vontade se sobrepõe a outra. Já a busca de equilíbrio se dá a partir de ações realizadas pelos conflitantes. Quando nessa busca atingem o equilíbrio de poder se espera que um dos litigantes seja beneficiado ou que provoque modificações a seu favor, para daí resultar na ruptura do poder.

Saber administrar o conflito é uma tarefa árdua, por isso, destaca-se a importância da gestão do conflito enquanto determinante na sua caracterização positiva ou destrutiva. A oposição de ideias pode proporcionar momentos de sabedoria, pois se escuta a opinião do outro e se cria um novo conhecimento ou uma nova perspectiva a respeito do assunto debatido. Dessa forma, pode-se obter respostas construtivas a partir de uma oposição. Normalmente o embate e a competição passam uma imagem negativa, o que não é necessariamente verdade.

A análise dos fatores que levaram ao desenvolvimento do conflito pode ser uma experiência enriquecedora. Escutar o raciocínio do outro pode provocar uma mudança de pensamentos, fazendo possível compreender a razão pela qual se instalou aquela situação de disputa. Comunicação é a palavra-chave, pois a falta dela, geralmente, é uma das causas do litígio e ela em si pode simbolizar a resolução. Portanto, a mediação trata de desenvolver essas questões, dando espaço para ambas as partes se manifestarem, para juntas construir suas respostas.

A sociedade é formada por uma gama de valores, ela é um ente dinâmico. Nela estão inseridos indivíduos com as mais diversas experiências e perspectivas, cada um possui sua criatividade e originalidade, por isso, a solução para os problemas pode vir da própria sociedade. Para que seja possível que isso se torne realidade é preciso aceitar que o conflito é inerente à condição humana. Precisa-se desenvolver uma consciência do conflito, que nada mais é do que entender que ele é inevitável e que através de maneiras autocompositivas pode ser tratado. Vale citar aqui uma passagem de Vasconcelos (2008, p. 20):

tradicionalmente se concebia o conflito como algo a ser suprimido, eliminado da vida social. E que a paz seria fruto da ausência de conflito. Não é assim que se concebe atualmente. A paz é um bem precariamente conquistado por pessoas ou sociedades que aprendem a lidar com o conflito. O conflito quando bem conduzido, pode resultar em mudanças positivas e novas oportunidades de ganho mútuo.

Os processos de crescimento também são originados a partir de conflitos. Faz-se necessário valorizar positivamente os conflitos e não vê-los como uma patologia. A ferramenta é criar respostas novas e soluções criativas (VINYAMATA, 2005). Existem múltiplas maneiras dos indivíduos socializarem e interagirem e essas podem ocorrer pelo conflito ou pela cooperação. Contudo, nem sempre a relação pela cooperação é a que mais une as pessoas, pode-se, através de uma interação conflitiva, criar laços.

É preciso reconhecer que os conflitos não têm, necessariamente, um sentido negativo. Ao perceber a sociedade como um tecido de relações humanas que se diferencia e transforma sem cessar, o conflito deve, necessariamente, fazer parte dessa constatação como o meio através do qual muitas dessas alterações acontecem. É por isso que, em princípio, a importância sociológica do conflito não é questionada. Admite-se que ele produza ou modifique grupos de interesse e organizações.

Dessa forma, discutir a relevância/importância sociológica do conflito é partir do pressuposto de que nenhuma sociedade é perfeitamente homogênea, salvo aquelas utópicas. Essa heterogeneidade resulta em desacordos, discórdias, controvérsias, turbulências, assim como choques e enfrentamentos. O jogo de dissensões se traduz segundo o desejo de uns de impor seus pontos de vista sobre os outros mediante a persuasão, o domínio, ou por outros meios (SPENGLER, 2016).

Nesses termos, conflito e desacordo são partes integrantes das relações sociais e não necessariamente sinais de instabilidade e rompimento. Invariavelmente, o conflito traz mudanças, estimulando inovações. Coser (1967), inclusive, aponta o conflito como um dos meios de manutenção da coesão do grupo no qual ele explode. As situações conflituosas demonstram, desse modo, uma forma de interação intensa, unindo os integrantes do grupo com mais frequência que a ordem social normal, sem traços de conflitualidade.

Assim observadas, as formas sociais aparecem sob nova luz quando vistas pelo ângulo do caráter sociologicamente positivo do conflito. A “dinâmica conflitiva” torna-se, então, o meio de manter a vida social, de determinar seu futuro, facilitar a mobilidade e valorizar certas configurações ou formas sociais em detrimento de outras. Essa dinâmica conflitiva permite verificar que o conflito pode ser tão positivo quanto negativo e que a valoração de suas consequências se dará, justamente, pela legitimidade das causas que pretende defender.

O conflito transforma os indivíduos, seja em sua relação um com o outro, ou na relação consigo mesmo, demonstrando que traz consequências desfiguradoras e purificadoras, enfraquecedoras ou fortalecedoras. Ainda, existem as condições para que o conflito aconteça, e as mudanças e adaptações interiores que geram consequências para os envolvidos indiretamente e, muitas vezes, para o próprio grupo.

Nesses termos, é importante analisar as condições que determinam se um conflito será resolvido com consequências construtivas ou destrutivas. A questão central que fundamenta esta investigação supõe que o conflito é potencialmente de valor pessoal e social. Ele tem funções positivas conforme analisado anteriormente, ele previne estagnações, estimula interesse e curiosidade, é o meio pelo qual os problemas podem ser manifestados e no qual chegam às soluções, é a raiz da mudança, pessoal e social. Ainda, o conflito pode estar demarcado em grupos e, dessa forma, ajuda a estabelecer uma identidade coletiva e individual, uma vez que o conflito externo geralmente fomenta coesão interna (DEUTSCH, 2004).

Também é importante fazer a distinção entre conflitos destrutivos e construtivos. Um conflito tem consequências destrutivas quando seus participantes estão insatisfeitos com as conclusões e sentem, como resultado do conflito, que perderam. Similarmente, um conflito tem consequências produtivas se todos os participantes estão satisfeitos com os efeitos e sentem que, resolvido o conflito, ganharam. Na maioria das vezes, um conflito cujos efeitos são satisfatórios para todos os participantes será mais construtivo do que um que seja satisfatório para uns e insatisfatório para outros.

Mas como evitar que o conflito seja destrutivo? Deutsch (2004) responde dizendo que o ponto não é como eliminar ou prevenir o conflito, mas, em vez disso, como fazê-lo ser produtivo. Não devemos lidar com situações de conflito "puro" em que uma parte inevitavelmente perde o que a outra ganha. O interesse aqui se dá sobre conflitos em que haja uma mistura de interesses cooperativos e competitivos, em que uma variedade de resultados é possível: perda mútua, ganho para um e perda para outro, e ganho mútuo. Assim, o aspecto central e importante é investigar as condições sob as quais os participantes irão desenvolver um relacionamento cooperativo ou competitivo em uma situação que permita o desenvolvimento de ambos.

Alguns aspectos dos processos competitivo e cooperativo elaborado por

Deutsch (2004) sugere que cada processo tende a ser autoconfirmativo, de forma que a experiência de cooperação irá induzir a um espiral benigno de aumento da cooperação, enquanto a competição induzirá a um vicioso espiral de intensificação da competição. Isso é verdade até certo ponto, mas há limites que geralmente operam para limitar o desencadeamento de ambos os processos. Um desses limites vem do fato de que uma pessoa ou um grupo está frequentemente envolvido em diversas situações e relacionamentos simultaneamente e seus outros envolvimentos e relacionamentos habitualmente previnem ou contêm o que pode ser chamado de uma obsessiva intensificação de qualquer relacionamento em particular.

Dessa forma, partindo-se da concepção de que os conflitos podem ter um caráter construtivo e de amadurecimento social, traz-se à tona a ideia do perdão enquanto momento em que, através de um esquecimento seletivo, o conflito pode ser superado. Nesse sentido, são abordadas, a partir da conexão entre o tempo e o Direito, categorias consideradas fundamentais à compreensão da sistemática do perdão, como a memória, o (próprio) perdão, a promessa e o questionamento.

3 O PERDÃO ENQUANTO REELABORAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS CONFLITIVAS

A discussão acerca do perdão interliga tempo e Direito demonstrando como ambos se instituem e apontando para quatro categorias tão normativas quanto temporais: a memória, o perdão, a promessa e o questionamento. O tempo se constrói e literalmente se temporaliza através da sua instituição social cujo acontecimento principal é obra do Direito, e nesse interregno liga o passado através da memória e o desliga por meio do perdão, compromete o futuro com a promessa e o desliga mediante o questionamento (OST, 1999).

É nesse sentido que a retemporalização possui quatro momentos extremamente importantes: o primeiro momento seria o fato de que o Direito está ligado à ideia de memória, no segundo momento, ao perdão, o terceiro momento, à promessa, e o quarto momento ao questionamento (OST, 1999).

Entretanto, para que se possa falar de uma nova temporalidade que possa desligar o passado através do perdão, faz-se necessário que o tempo da memória seja ultrapassado ou superado. Nesses momentos, o tempo do perdão se

agiganta, garantindo sua necessidade para o mundo do Direito não como meio de simplesmente esquecer, mas de selecionar o que se vai esquecer. Ou seja, só pode existir Direito na sociedade a partir do momento que se tem perdão, uma vez que a vingança é uma fonte do Direito primitivo. Por outro lado, o perdão é um momento de maturidade, sem ele, se está sob a Lei de Talião. O Direito moderno nasce com a ideia de perdão, que se liga à ideia de esquecimento seletivo. No entanto, o perdão é realizado por um terceiro, o Judiciário é que encaminha esses processos de perdão (ROCHA, 2005).

Assim, o perdão é simultaneamente um ato de memória e de remissão: uma forma de apagar deliberadamente uma ofensa real, de modo que o ofendido considera o ofensor livre de uma falta cuja realidade é reconhecida pelos dois protagonistas. Porém, o perdão também se destaca da lógica jurídica por ser um ato pessoal (concedido pelo ofendido ao ofensor que o solicita), trata-se de uma medida coletiva e pública, se não devido, não pode ser imposto por nenhuma lei, gratuito e gracioso, excede a lei de equivalência frequentemente associada ao reino da justiça. Nesse ínterim, o Direito surge como meio de mediação que, ao substituir a justiça privada, utiliza o processo como meio de intervenção de um terceiro numa querela que se torna, doravante, triangulada e verbalizada. Dessa relação triangulada se espera uma sentença que só é pronunciada ao fim de um debate contraditório ao longo do qual ambas as partes tiveram sucessivamente a palavra (OST, 1999).

A memória da sociedade se traduz no Direito. Não existe Direito sem passado, sem memória, sem tradição. A memória é social e não individual. Nossas recordações, mesmo as mais íntimas e pessoais, só conseguem se exprimir nos termos da tradição e só fazem sentido se forem partilhadas com uma comunidade afetiva e social. Mas o tempo da memória deve ser superado para que se possa falar de uma nova temporalidade que desligue o passado através do perdão.

O perdão é realizado por um terceiro, o Judiciário, que encaminha esses processos, tornando-se simultaneamente um ato de memória e de remissão: uma forma de apagar deliberadamente uma ofensa real, de modo que o ofendido considera o ofensor livre de uma falta, cuja existência é reconhecida pelos dois protagonistas. O Direito surge como meio de mediação, substituindo a justiça privada. Para isso, se utiliza do processo e da intervenção de um terceiro (juiz) numa querela que se torna, doravante, triangulada e verbalizada. Do processo se espera uma sentença que só é pronunciada no fim de um debate

contraditório ao longo do qual as partes tiveram sucessivamente a palavra.

Na busca de tratamento da grande maioria dos conflitos, ocorre a demanda processual, na qual os dois lados na batalha poderão vencer ou perder, mas não podem e/ou não querem desistir do confronto. É por isso que quem frequenta as salas dos tribunais reconhecerá, muitas vezes, no rosto neutro das partes, verdadeiros e próprios duelantes que estão ali a demonstrar com a sua presença e com seu comportamento processual - do qual muitas vezes também outros são cúmplices - que a verdadeira razão do conflito judiciário não é um direito controverso, mas é simplesmente a "contraparte", como se diz na linguagem do processo. Cada motivo é supérfluo: as causas em matéria de separação e divórcio³, que não terminam nunca, mesmo quando são concluídas, são seu emblema mais evidente, tanto é verdade que, melancolicamente, a teoria sugere que somos adultos quando "litigamos bem" (RESTA, 2005, p. 78-79).

Todavia, tratar o conflito judicialmente significa recorrer ao magistrado e atribuir a ele o poder de dizer quem ganha e quem perde a demanda. É nesse sentido a afirmativa de que "quando se vai ao juiz se perde a face" (RESTA, 2005, p. 80), uma vez que, imbuído do poder contratual que todos os cidadãos atribuem ao Estado, sendo por ele empossado, o magistrado regula os conflitos graças à monopolização legítima da força (FERRARI, 1997). O principal problema da magistratura é que ela decide litígios que lhe são alheios, sem sentir os outros do conflito, encaixando-o num modelo normativo, sem ouvir/sentir as partes. Para os juízes, o outro não existe, sempre decidem a partir de si mesmos. Decidem sem responsabilidade, porque projetam a responsabilidade na norma. Decidem conflitos sem relacionar-se com os outros. As decisões dos juízes são sem rosto. Nesses termos, os juízes creem que sua função é administrar justiça e que a realizam, quando decidem, a partir de um conceito, simultaneamente, metafísico e determinista, que não leva em consideração, salvo raras exceções, o que as partes sentem como o justo no litígio que vivem. A tal ponto que, em alguns casos, a distribuição de justiça termina sendo uma violência para com uma das partes. Quando um juiz se preocupa em comparar se seu conceito abstrato de justiça corresponde às expectativas do que é justo para as partes? (WARAT, 2001).

Assim, paralelamente às formas jurisdicionais tradicionais, existem pos-

³ O tratamento de conflitos na área de direito de família sempre foi alvo de estudos e debates. Sobre o tema, é importante a leitura de (HAYNES, 1993); (ORTEMBERG, 1996) e (YANIERI, 1994).

sibilidades não jurisdicionais de tratamento de disputas, nas quais se atribui legalidade à voz de um conciliador/mediador, que auxilia os conflitantes a compor o litígio. Não se quer aqui negar o valor do Poder Judiciário, o que se pretende é discutir uma outra maneira de tratamento dos conflitos, buscando uma nova racionalidade de composição dos mesmos, convencionada entre as partes litigantes.

Esse novo modelo de composição dos conflitos possui base no direito fraterno, centrado na criação de regras de compartilhamento e de convivência mútua que vão além dos litígios judiciais, determinando formas de inclusão de proteção dos direitos fundamentais. Existem outros mecanismos de tratamento das demandas, podendo-se citar a conciliação, a arbitragem e a mediação. Tratam-se de elementos que possuem como ponto comum o fato de serem diferentes, porém não estranhos ao Judiciário, operando na busca da “face” perdida dos litigantes numa relação de cooperação pactuada e convencionada, definindo uma “justiça de proximidade e, sobretudo, uma filosofia de justiça do tipo restaurativo que envolve modelos de composição e gestão do conflito menos autoritariamente decisórios” (RESTA, 2005, p. 82-83).

O direito fraterno coloca, pois, em evidência toda a determinação histórica do Direito fechado na angústia dos confins estatais e propõe um espaço de reflexão ligado ao tema dos direitos humanos, com uma consciência a mais: a de que a humanidade não é apenas um lugar “comum”, em cujo interior pode-se pensar o seu reconhecimento e tutela. Assim, ser homem e ter humanidade são coisas diferentes: ser homem não significa que se possua o sentimento singular de humanidade. O direito fraterno propõe uma autorresponsabilização (RESTA, 2005).

Nesse sentido, Eligio Resta aponta para dois tipos de perdão: o perdão que traz consigo desejo de submissão e que fixa o tempo imóvel do ressentimento que “vuol farla pagare all’infinito”. Esse tipo de perdão permanece imóvel e fixo, ancorado ao passado, sem esquecer aquilo que parece publicamente esquecido. Outra forma de perdão é aquela que reconstrói o tempo não permanecendo dele prisioneiro, possuindo a capacidade de transcendê-lo. Não é um gesto de renúncia, mas de reelaboração. É típico daquele que sabe renunciar a vingança, talvez por sabedoria⁴, talvez por generosidade. Esse perdão pos-

⁴A reelaboração das relações sociais conflitivas, a partir do perdão, pressupõe um grau de amadurecimento.

sui um lugar público na política que não pode ser delegado ao Direito uma vez que “la legge non può consentirsi questo singolare supplemento d’anima” (RESTA, 1996, p. 157-158).

Na busca por uma justiça mais próxima - não em termos geográficos, econômicos ou sociais, mas em termos que signifiquem autonomização e responsabilização do cidadão pelas decisões dela vertidas - a mediação pode surgir como um “um salto qualitativo para superar a condição jurídica da modernidade, que vem baseada no litígio e possuindo como escopo objetivo idealizado e fictício, como é o de descobrir a verdade, que não é outra coisa que a implementação da cientificidade como argumento persuasivo”. Essa verdade⁵ deve ser “descoberta por um juiz que pode chegar a pensar a si mesmo como potestade de um semideus” na tentativa de “descoberta da verdade que é só imaginária” (WARAT, 2001, p. 18). A ciência e o pensamento linear cartesiano têm como pressuposto evitar a dúvida, apontando o certo, o verdadeiro, o indubitável. Desse modo, as verdades científicas impossibilitam a indagação e o risco.

É por isso que precisam ser pensados outros mecanismos de tratamento dos litígios, tais como a mediação, enquanto *locus* democrático que trabalhe com a concepção de auto-regulamentação dos conflitos por parte do sistema social, redefinindo, de forma radical, o modelo de terceiro e a forma de decisão, reconhecendo, ainda que de forma indireta, o papel não exclusivo da jurisdição.

4 A MEDIAÇÃO E O SEU CARÁTER HUMANÍSTICO: UMA RESPOSTA DEMOCRÁTICA AOS CONFLITOS

A mediação⁶ é, essencialmente, o encontro entre duas pessoas que possuem uma controvérsia ou um conflito. No livro “Il mediatore dell’anima: la battaglia di una vita per trovare la pace interiore”, a autora Jacqueline Morineau

⁵ A verdade formal que emerge do processo, das provas e da capacidade das partes de produzi-las, retrata um sistema tradicional de solução de conflitos que necessita de socorro. Na jurisdição tradicional, o Estado-juiz enquanto definidor dos direitos das partes, detentor do poder de estabelecer o melhor direito, decorre e depende que o litígio siga até o seu final. As partes, em regra, “ganham” e/ou “perdem”; o julgador decide quem tem o melhor direito e assim define. Ao contrário, na mediação, as partes constituem, com o auxílio dos mediadores, um mecanismo capaz de gerir seus próprios conflitos.

⁶ Existem diferentes formatos de mediação, na essência alguns princípios e objetivos devem ser resguardados, mas é importante salientar que a mediação possui diferentes correntes teóricas e que ela pode ser aplicada em diferentes ambientes, como na comunidade, na escola, no trabalho, etc.

(2010) compartilha sua experiência pessoal e como teria surgido a chamada mediação humanística. Ela saiu da França para casar-se na Inglaterra, onde viveu por vinte anos e construiu uma carreira profissional muito interessante, tornou-se pesquisadora no *British Museum*, em Londres, onde era especialista em numismática grega, a ciência que tem por objetivo o estudo sob o ponto de vista histórico, artístico e econômico das cédulas, moedas e medalhas.

Nesse meio ela teria aprendido a escavar o passado a fim de encontrar o fio condutor da história que estava sepultada na profundidade da terra. Nesse contexto, se acumulavam indícios que auxiliavam a identificar vestígios da vida de um povo desaparecido há séculos.

Essa ciência deve desenvolver uma profunda concentração para dar a palavra para uma parte ou um pedaço do que foi descoberto, podendo criar uma verdadeira relação com o passado que ajudará na ascensão da história a partir da sua origem. Através do simbolismo por trás da moeda são reconstruídas crenças locais que permitem compreender um pouco mais acerca das relações que aquele povo mantinha. O campo superficial da moeda, apesar de pequeno, exprime a imagem de um homem, um microcosmo que contém um macrocosmo. A busca da alma do passado representava a busca pela sua própria alma (MORINEAU, 2010).

Em um jantar com um amigo, a autora (2010) relatou seu interesse por trabalhar com jovens que se sentissem desorientados, uma vez que a atmosfera Londrina pós-guerra era vulcânica⁷. Ela teve a oportunidade e foi apresentada ao diretor de um centro de acolhimento para jovens saídos da prisão em Brixton, um bairro de Londres caracterizado pela presença de pessoas afrodescendentes. Ela relata que os jovens possuíam uma exuberância contagiosa de vontade de viver. O contraste com o ambiente do British Museum era perturbador. A maioria dos jovens tiveram suas infâncias destruídas, abandonados em orfanatos, criavam um mundo imaginário para sobreviver, mas se viram obrigados a se renderem à realidade. A pequena equipe da diretoria era formada pela autora, um sociólogo e um psicólogo, após dois meses, contudo, a autora foi convidada a ocupar a posição do sociólogo, visto este ser alcoólatra.

Nesse um ano sabático em que esteve afastada do museu percebeu a carência afetiva dos jovens, totalmente privados de sentimentos de carinho e amor.

⁷ Essa história se passa entre os anos de 1970-1980.

Ela relata que esse período foi determinante na sua história, pois uma força superior, independente da sua vontade, teria sido imposta a ela, tendo constatado que lutara tanto para tentar se salvar que esqueceu da urgência do outro. Ela percebia a falta de esperança dos jovens ser transformada em luz nos seus olhares após a troca de coração para coração (MORINEAU, 2010).

Após essa experiência a autora retornou para a França, ela descobriu que a pesquisa da numismática era uma etapa intermediária na busca de reencontrar um pedaço perdido dela mesma. Havia descoberto não apenas a alma, mas também um coração e que poderia servir a qualquer propósito nesta Terra. Em Nova Iorque um diretor de um Tribunal de Menores havia questionado acerca da experiência em Brixton, quando retornou a Paris foi questionada acerca de uma estrutura que oferecesse um método alternativo em comparação ao exercido pelo tribunal. Era necessária uma maneira mais humana de gerenciamento desses casos, a sua experiência em Brixton apontava que a miséria era duplicada quando acompanhada pela angústia de aguardar a decisão judicial. Ela teria sido procurada no sentido de auxiliar na criação de um local pautado na ajuda às vítimas e na mediação penal (num primeiro momento), percebeu ali uma oportunidade de reparação de injustiças. Recebeu diversos caso, de relações familiares, de vizinhança, de trabalho, etc. Notava que a violência estava sempre presente (MORINEAU, 2010).

Até então a autora tinha atuado conforme seus instintos, sem uma preparação técnica específica, uma mediação intuitiva. Essa característica intuitiva não era acessível a todos os aprendizes de mediação, pois lhes foram transmitidos os métodos de educação da mediação americana, que ao seu ver eram interessantes porém pragmáticos, ligados à técnica e voltados para um resultado que deveria ser alcançado. Essa abordagem era distante do que o cerne, o coração da mediação representava para a autora, começou a refletir sobre formas de transmitir esse conhecimento, partindo-se do caos para encontrar uma harmonia, um equilíbrio, a humanidade de cada um. Foi um desafio para a autora, pois ela não tinha o que ensinar aos outros, ela tinha experiências de vida para compartilhar, sendo a mediação um ambiente de troca de conhecimentos.

Assim, durante vinte anos foi elaborado um método de formação produto de uma alquimia entre duas experiências. A primeira é aquela em que duas pessoas em conflito, de como aprender a lidar com seus problemas e suas emoções além de responder a expectativa de uma resolução ao problema dos pró-

prios conflitantes. A segunda foi baseada na sua experiência de vida, que a levava a crer que as pessoas teriam a capacidade de renascer das piores situações. A mediação humanística nasceu dessa forma, cabe notar que é um método em constante mudança, pois ele é um caminho/meio de vida. É resultado de pensamentos dentro de um quadro específico a fim de fornecer as bases da mediação (MORINEAU, 2010).

A partir desse relato, percebe-se que as experiências de vida da autora a conduziram por um caminho de buscar na profundidade do ser humano o cerne do problema, a sua pesquisa numismática parece ter contribuído nesse sentido. Ela percebeu na mediação uma outra forma de tratar os problemas das pessoas, aliando o diálogo e a compreensão do outro enquanto ser humano na expectativa de que juntos fosse possível compor o conflito. Na mediação não se busca a verdade dos fatos, como no sistema Judiciário, mas sim uma solução satisfatória aos envolvidos.

A mediação permite através do imaginário, uma busca no próprio ser humano, a qual ajuda na compreensão de si mesmo, uma busca no íntimo, do secreto, que na mediação encontra um espaço privilegiado e fora do tempo, podendo-se viver essa jornada. A aceitação dessa viagem, chama-se catarse, pois através da superação de sofrimentos, de dor e outros sentimentos se permite que o processo de evolução/amadurecimento se inicie. Essa transformação, a partir da compreensão, análise e superação de barreiras permite que a vida avance, transformando a pessoa e sua atitude, criando uma ruptura com a mentira de uns para com os outros e com relação a si próprio. Acrescenta-se uma pitada de consciência à ilusão que se tinha, criando-se uma nova visão e expectativa de vida. A mediação humanística se desenvolve organicamente por meio de uma conexão com a sabedoria do passado por vezes esquecida (MORINEAU, 2010).

Nesse caminho, Simmel (2013) afirma que a reconciliação possui um caráter subjetivo que contrasta com o modo objetivo do compromisso. O autor não se refere a reconciliação que se produz como consequência de um compromisso ou de qualquer outra forma de encerramento de um conflito, mas sim a reconciliação que é causa desta última. O espírito de reconciliação é um sentimento primário, que iria além da razão objetiva, buscando colocar um fim ao conflito, com o mesmo empenho que carecendo também dos mesmos motivos pelos quais o espírito bélico pretende prolongar uma situação confli-

tiva. Por conseguinte, o caráter psicossociológico que mais se aproxima dessa concepção seria o do perdão, pois ele presumiria uma frouxidão ou falta do ímpeto antagonístico, mas brilha com toda sua pureza após suportar injustiças e lutar apaixonadamente.

A reconciliação e o perdão têm um aspecto irracional, operando como uma negação do que se era antes. Esse misterioso ritmo da alma, segundo o qual as atitudes contrapostas determinam características específicas de como proceder, apresentam o perdão como a sua expressão mais forte: é certamente a única atitude afetiva plenamente submetida à vontade, caso contrário não teria sentido pedir perdão. Esse pedido só pode ser ditado pela vontade. Renunciar a vingança depende de um exercício de vontade. E o sentimento de perdão substitui o antagonismo e o ódio. Apesar de não parecer possível esse movimento apenas a partir da vontade, ele o é (SIMMEL, 2013).

Partindo-se da concepção de Resta (1996), de Morineau (2010) e Simmel (2013) o perdão pressupõe um saber ou um gesto de gratidão, um resgate do passado e um ato de vontade. Trazendo-o para o contexto da mediação humanística, percebe-se o perdão como a vontade e a habilidade de, a partir do passado, reelaborar ou transformar uma relação conflitiva, superando aspectos controversos a partir daquilo que se entende por justo ou satisfatório. Nesse contexto transformativo, o perdão e a mediação parecem caminhar juntos, pois a mediação busca reestabelecer uma conexão, uma comunicação maculada pelo conflito, por uma ruptura.

A mediação é um método de tratamento de conflitos pautado no diálogo, através do qual se incentiva a negociação entre os envolvidos, caracterizado pela presença de um terceiro - mediador - que facilita a comunicação entre os mediandos. Trata-se de um mecanismo autocompositivo, uma vez que as próprias pessoas têm autonomia para tratar dos seus problemas e buscar uma solução que lhes pareça adequada. Para Calmon (2015) a autocomposição pode chegar a três resultados: a renúncia, a submissão e a transação. A renúncia ocorreria quando o titular da pretensão abre mão dela totalmente, através de uma atitude que pode ser considerada altruísta, sem esperar qualquer contrapartida dos demais envolvidos no conflito. Por outro lado, a submissão acontece quando o titular da resistência cede à pretensão do outro, isso também se daria através do altruísmo, sem esperar nada dos outros. Enquanto a transação seria o acordo realizado a partir de concessões recíprocas. A palavra transigir

origina dos vocábulos *trans* e *agire*, transmitindo uma ideia de superação.

Até o momento, percebe-se a mediação como a melhor fórmula encontrada para superar o imaginário do normativismo jurídico, baseado no perdão advindo pelas mãos do terceiro juiz. A mediação tem a finalidade de cumprir com objetivos inerentes a autonomia, cidadania, democracia e aos direitos humanos. A prática da mediação se configura como um instrumento de exercício da cidadania, pois na medida em que educa auxilia na tomada de decisões pelos envolvidos no conflito. Nesse contexto, falar em autonomia, cidadania e democracia é, em alguns sentidos, ocupar-se da capacidade das pessoas para se autodeterminarem em relação aos outros. A mediação é essencialmente democrática, uma vez que dissolve os marcos teóricos determinados pelo perdão estatal advindo da norma hierarquizada, legitimada pela sociedade e aplicada pelo juiz (SPENGLER, 2016).

5 CONCLUSÃO

As interações humanas se dão de infinitas maneiras quer seja no contato entre pessoas, numa troca de olhares, num cumprimento quer seja num diálogo que se desenvolva e resulte numa relação mais íntima. Mas é possível afirmar que cada uma delas pode desencadear um conflito, pois no momento em que algo não seja positivo para ambas as partes, a semente da discórdia é plantada. Esta permanecerá em forma de conflito latente até que uma atitude que não atenda à expectativa do outro desencadeie o conflito propriamente dito (emergente), até que seja estabelecido o devido comprometimento e a busca por solução (manifesto).

É importante lembrar que grandes aprendizados podem vir de conflitos. Mas ainda que o conflito possa se tornar algo positivo não se deve persegui-lo, sair à procura de problemas, não parece sensato. Em vez disso, pode-se adotar um sistema de vida saudável, procurar manter o equilíbrio nas atividades cotidianas, possuir uma atitude positiva e serena em relação à vida, valorizar a opinião alheia e tentar encarar uma mudança negativa como um sistema de superação de dificuldades. Se, contudo, o conflito for inevitável e venha ocorrer, deve-se ter alternativas para administrá-lo.

O perdão é uma atitude adotada com relação ao próximo e representa uma vontade de mudança, de reelaboração das relações sociais que experimenta-

ram de conflitos. A mediação, por ser um espaço democrático, que suspende a lógica normativa judicial, incentiva o diálogo e a autonomia dos conflitantes. Na mediação se busca reestabelecer a comunicação e esta poderá ser feita através do perdão ou não.

A mediação e o perdão possuem lógicas semelhantes no sentido de transformar as relações sociais no tocante ao conflito, mas não necessariamente representam a mesma coisa. Veja-se: a mediação pode ter como resultado o perdão, mas nem sempre a renúncia, a submissão ou a transação subentenderão um ato de perdão. Nem todo acordo realizado na mediação é pautado no perdão, as concessões recíprocas podem estar ancoradas na ação objetiva do compromisso e pautada no respeito entre as partes, de modo que a comunicação é reestabelecida, as relações são mantidas, mas não reelaboradas com fundamento no perdão. Assim, nota-se que a mediação não objetiva tão somente o acordo e nem o perdão, bem como que um pode ser independente do outro⁸, o que não impede que ambos decorram da mediação⁹, dependendo do caso.

Para concluir observa-se que o objetivo da presente pesquisa foi completamente cumprido e a resposta ao questionamento inicial aponta que a mediação é um meio democrático de tratamento de conflito, mas que nem todos os acordos pactuados na sessão de mediação representam um ato de perdão uma vez que podem expressar apenas o desejo de pôr fim ao litígio, sem atribuição de culpa, de modo a pacificar a relação entre os litigantes. Assim, se não há atribuição de culpa, não há necessidade de perdão, diferentemente do que acontece na sentença judicial, que prima por apontar a verdade dos fatos e por atribuir culpa, a um ou a ambos. A mediação trabalha com o diálogo e o consenso, dos quais pode brotar acordo sem que nele se aponte verdades ou culpas.

Por fim, considerando que a mediação é um meio de democraticamente chegar ao consenso o que nem sempre significa perdoar o outro, mas sem esquecer a importância social/afetiva do perdão, é importante recordar aquele que, conhecendo a natureza humana e os seus conflitos, entendia, muito bem,

⁸ A submissão ou a renúncia podem representar um ato de perdão (unilateral), de modo que este não é necessariamente recíproco (transação/acordo).

⁹ Entende-se que dentre as diferentes formas de mediação, a humanística seria a modalidade que mais aproximaria a mediação do ato de perdoar.

a importância e o poder do perdão:

O perdão é um catalisador que cria a ambiência necessária para uma nova partida, para um reinício.

Martin Luther King

REFERÊNCIAS

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015.

COSER, Lewis A. **Le funzioni del conflitto sociale**. Milano: Feltrinelli, 1967.

DEUTSCH, Morton. A resolução do conflito: processos construtivos e destrutivos. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Estudos em Arbitragem, negociação e mediação**. Brasília: Grupos de Pesquisa v. 3, 2004.

FERRARI, V. **Lienamenti de sociologia del diritto**. Roma-Bari: Laterza, 1997.

HAYNES, John M. **Fundamentos de la mediación familiar como afrontar la separación de pareja de forma pacífica para seguir disfrutando de la vida**. Madrid: Gaia Ediciones, 1993.

MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem: Alternativas à Jurisdição!**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MOORE, Christopher W. **The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict**. San Francisco, CA: Jossey-Bass, 2003.

MORINEAU, Jacqueline. **Il mediatore dell'anima: la battaglia di una vita per trovare la pace interiore**. Milano: Servitium, 2010.

ORTEMBERG, Osvaldo D. **Mediación familiar aspectos jurídicos y prácticos**. Buenos Aires: Biblos, 1996.

- OST, François. **O Tempo do direito**. Lisboa: Piaget, 1999.
- RESTA, Eligio. **Poteri e diritti**. Torino: Giappichelli Editore, 1996.
- _____. **Il diritto fraterno**. Roma-Bari: Laterza, 2005.
- ROCHA, Leonel Severo. Tempo. In: BARRETO, Vicente de Paulo. **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo – RS, Rio de Janeiro – RJ: Editora Unisinos/Renovar: 2005.
- RUMMEL, Rudolph. **Understanding conflict and war**. New York: John Wiley and Sons, 1976.
- SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, Adolfo. **O que é Mediação de conflitos**. São Paulo: Editora Brasiliense, 2007.
- SIMMEL, Georg. **El conflicto**. Madrid: Sequitur, 2013.
- SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação de conflitos: da teoria à prática**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.
- TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Civis**. São Paulo: Editora Método, 2008.
- VASCONCELOS, Carlos Eduardo. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas**. São Paulo: Editora Método, 2008.
- VINYAMATA, Eduard (e colaboradores). **Aprender a partir do Conflito: Patologia e Educação**. Porto Alegre: Armted, 2005.
- WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001.
- YANIERI, Alcira Ana. **Mediación en el divorcio alimentos y régimen de visitas**. Buenos Aires: Júris, 1994.

ASPECTOS DA AUTONOMIA REFORÇADA (INDEPENDÊNCIA) DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

ASPECTS OF ENHANCED AUTONOMY (INDEPENDENCE) OF REGULATORY AGENCIES

Artur Carnauba Guerra Sangreman Lima ¹

Recebido em: 24/05/2017

Aprovado em: 22/07/2017

RESUMO

Inaugurado na década de 1990, o formato da regulação estatal brasileira representa uma mudança de paradigma da atuação estatal, que se caracteriza por uma intervenção indireta do Estado. Trilhou-se o caminho da descentralização administrativa, que ensejou a criação de diversas entidades autárquicas. Ocorre que as agências reguladoras, embora inseridas no conceito de autarquias, são dotadas de uma autonomia reforçada (também denominada de independência). Nesse contexto, afigura-se importante uma análise acerca da independência conferida às agências reguladoras, que se subdivide em quatro diferentes aspectos: independência política dos dirigentes; independência técnico-decisional; independência gerencial, orçamentária e financeira; e inde-

¹ Mestre em Direito pela Universidade Federal de Alagoas. Especialista em Direito Público pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Procurador do Município de Maceió. Advogado. E-mail: artursangreman@gmail.com

pendência normativa. Busca-se, assim, mediante uma análise atenta de cada uma das vertentes dessa autonomia reforçada, compreender melhor o funcionamento da atividade regulatória no Brasil, sem olvidar a necessária referência às normas legais e aos posicionamentos jurisprudenciais pátrios.

PALAVRAS-CHAVE

Agência Reguladora. Autonomia Reforçada. Independência. Poder Normativo.

ABSTRACT

Introduced in the 1990s, the Brazilian regulatory framework represents a paradigm shift in government action, resulting in indirect government intervention. Administrative decentralization was embraced, which then entailed the creation of several autonomous entities. The point is that, although deemed autonomous, these regulatory agencies have in reality an enhanced autonomy (also referred to as independence). In this context, it is relevant to analyze the four different aspects of the independence granted to the regulatory agencies: members are politically unaffiliated; technical and decisional autonomy; budgetary, managerial, and financial independence; and normative independence. Not without referring to the legal rules and to the national case law, it is necessary to carry out a careful analysis of each one of the aspects of this enhanced autonomy in order to better understand how government regulatory activity works in Brazil.

KEYWORDS

Regulatory Agency. Enhanced Autonomy. Independence. Normative Power.

1 INTRODUÇÃO

A consolidação da atividade regulatória do Estado no Brasil, que se insere num contexto de redução da participação direta do Estado no domínio econômico, trilhou o caminho da descentralização, por intermédio da criação de entidades autárquicas, denominadas de agências reguladoras.

Com efeito, as características dessas novas autarquias não correspondiam inteiramente às das autarquias até então existentes. As entidades autárquicas, naturalmente, possuem certa autonomia em relação ao ente político ao qual se encontram vinculadas. Por sua vez, as agências reguladoras foram dotadas de uma autonomia reforçada, ao ponto a doutrina comumente referir-se à existência de uma independência das agências.

É possível apontar quatro diferentes vertentes da independência das agências reguladoras: a) independência política dos dirigentes; b) independência técnico-decisional; c) independência gerencial, orçamentária e financeira; e d) independência normativa. Nessa linha, passa-se a analisar a seguir cada um desses aspectos de forma pormenorizada.

2 INDEPENDÊNCIA POLÍTICA DOS DIRIGENTES

A autonomia reforçada das agências reguladoras manifesta-se sob quatro diferentes aspectos, dentre os quais se identifica o viés político. A independência política das agências reguladoras – também denominada por Cuéllar (2001, p. 95) de independência orgânica, uma vez que é assegurada por meio da definição de “regras de composição e de garantias estatutárias” (SILVA, 2015, p. 395) – está intimamente vinculada à isenção da atuação de seus dirigentes, que se desconecta da Administração Direta, circunstância esta relacionada com o processo de escolha daquele que irá ocupar o posto de comando da autarquia regulatória.

Segundo disposto no artigo 4º da Lei 9.986/2000, as agências serão dirigidas em regime de colegiado por um Conselho Diretor ou Diretoria composto(a) por Conselheiros ou Diretores, sendo um deles o seu Presidente ou o Diretor-Geral ou o Diretor-Presidente. Esse posto de comando somente poderá ser ocupado por brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos para os quais serão nomea-

dos, devendo ser escolhidos pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação pelo Senado Federal, nos termos da alínea f do inciso III do art. 52 da Constituição Federal de 1988².

Cumprе ressaltar que ao conferir a direção e administração das agências reguladoras a órgãos colegiados, como conselhos diretores, busca-se promover uma atuação imparcial, formada pela conjugação de um apanhado de posicionamentos e ideias, sem que a opinião de uma única pessoa prevaleça. Note-se que a posição do órgão regulador será adotada sem uma predisposição aos anseios dos atores regulados nem do governo – este último aspecto é denominado por Calvão da Silva (2015, p. 389) de desgovernamentalização.

Não se pode olvidar que a independência não se manifesta apenas em relação à Administração central, mas também quanto aos operadores privados que compõem os setores regulados, o que se presta a evitar a captura dos agentes reguladores (MODERNE, 2009, p. 113).

Nessa esteira, aduz Calvão da Silva (2015, p. 398-399):

a independência [rectius autonomia] das autoridades reguladoras deve ser garantida não só em relação ao Poder Executivo, mas também quanto aos interesses regulados, porquanto um dos maiores perigos da regulação consiste na possibilidade de o regulador ser “capturado” pelos regulados, de modo a transformar-se numa forma de auto-regulação por meio de entreposto regulador.

A pessoa designada para ocupar o cargo de titular de agência reguladora deverá cumprir três espécies de requisitos distintos. Em primeiro lugar, deve possuir nacionalidade brasileira, seja na qualidade de nato ou naturalizado, o que denota um propósito de preservação do interesse nacional. Em segundo lugar, como mecanismo de valorização da moralidade administrativa, insculpida no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, exige-se a reputação ilibada. Finalmente, dois requisitos de caráter técnico, sendo um a exigência de formação universitária e outro a demonstração de destacada experiência no respectivo campo de especialidade, isto é, no setor regulado em que ocupará o cargo.

A escolha dos dirigentes das agências passa pela atuação conjugada dos

² Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: III - aprovar previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de: f) titulares de outros cargos que a lei determinar;

Poderes Executivo e Legislativo, sendo a indicação da autoridade de competência do primeiro, entre brasileiros que preencham os citados requisitos legais, e de competência do segundo a aprovação deste nome, de maneira que a posse e o mandato apenas se iniciam após o segundo ato.

Indiscutivelmente, na prática, é difícil desvencilhar completamente a relação política existente entre os dirigentes e o Chefe do Executivo que o indica. Contudo, os instrumentos adotados – tais como chancela pelo Legislativo acompanhada de sabatina e a estabilidade temporária no cargo (a seguir abordada) – buscam aumentar o grau de isenção e neutralidade.

2.1 Estabilidade Temporária no Brasil e no Direito Comparado

Importante aspecto da autonomia política das agências reguladoras é a estabilidade temporária dos seus dirigentes. Conforme disposto nos artigos 6º e 9º da Lei 9.986/2000, os conselheiros e dirigentes das autarquias regulatórias terão mandato com prazo fixo em lei e somente o perderão em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar. Trata-se da vedação à exoneração *ad nutum*.

A proibição à exoneração imotivada dos dirigentes das agências, ou seja, seguindo unicamente critérios de conveniência e oportunidade, configura-se como garantia de independência política, na medida em que lhes confere estabilidade temporária no cargo ocupado (com mandato a termo). Esta garantia reforça a autonomia das entidades, porquanto permite a condução de suas atividades de acordo com critérios de ordem técnica, imunizando-as de pressões de cunho eminentemente político.

No direito comparado, a experiência norte-americana revela que a questão já foi objeto de intensa discussão. No caso *Myers v. United States*, julgado em 1926, a Suprema Corte, por maioria, entendeu que o Presidente possuía a faculdade de exonerar qualquer diretor/dirigente por ele indicado, independentemente da manifestação do Congresso, em face de sua competência para zelar pela fiel execução das leis e porque o poder de exonerar a pessoa designada para o cargo seria decorrência do poder de designar.

Posteriormente, no caso *Humphrey's Executor v. United States*, julgado em 1935, evoluiu-se o entendimento para considerar constitucional a vedação à exoneração imotivada dos dirigentes das agências reguladoras, ou seja, aco-

lheu-se a possibilidade de vedação à exoneração *ad nutum*. Em semelhante sentido, no caso *Wiener v. United States*, julgado em 1958, a Corte considerou que a natureza quase jurisdicional e quase legislativa das agências reguladoras impunha a restrição à exoneração sem justa causa, mesmo que a lei silenciase a esse respeito.

Por fim, em 1988, no caso *Morrison v. Olson*, a Suprema Corte reafirmou a constitucionalidade da restrição ao poder de exoneração *ad nutum* do Chefe do Executivo, que estaria condicionado à apresentação de justa causa, destacando que “o poder de exoneração, apesar de condicionado a uma *good cause*, continuava [...] nas mãos do Executivo” (ARAGÃO, 2013, p. 235).

As questões mencionadas, em especial a vedação à exoneração *ad nutum* dos dirigentes, já foram objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.949/RS. Discutia-se a constitucionalidade de dispositivo da Lei instituidora da Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul, a qual estabeleceu a estabilidade provisória.

A fim de subsidiar a declaração de inconstitucionalidade, arguiu-se que: a) tal sistemática violaria o inciso II do artigo 84 da Constituição Federal de 1988, que se caracteriza como norma de observância obrigatória para os demais Entes da Federação, segundo o qual compete privativamente à Chefia do Poder Executivo o exercício da direção superior da Administração Pública; b) estaria sendo criada uma nova espécie de cargo público, não prevista e não comportada pela ordem constitucional vigente, especialmente porque inexistiria qualquer previsão no sentido da possibilidade de se criar cargo em comissão com estabilidade provisória; e c) essa previsão violaria o princípio democrático, uma vez que os mandatos dos dirigentes ultrapassam os limites do mandato do agente político nomeante, o que iria de encontro à manifestação da vontade popular nas eleições.

Acrescente-se que, até então, prevalecia o entendimento consignado no verbete sumular nº 25 do Supremo Tribunal Federal, aprovado em 13.12.1963, segundo o qual “a nomeação a termo não impede a livre demissão, pelo Presidente da República, de ocupante de cargo dirigente de autarquia”. Tal entendimento decorreu do julgamento do Mandado de Segurança nº 8.693/DF.

Em abono à tese ventilada na propositura da ADI 1.949/RS, Grau sustenta ser inconstitucional qualquer disposição que limite a possibilidade de

o Chefe do Executivo nomear e exonerar as pessoas designadas para ocupar cargo de dirigente de agência reguladora, já que violaria o regime de governo presidencialista e, especificamente, o artigo 84, II, da CRFB/88 (GRAU, 2009, p. 244).

Por sua vez, o julgamento da mencionada Ação Direta encontrou esteio nas argumentações formuladas pelo Ministro Victor Nunes Leal no julgamento do mesmo Mandado de Segurança, cujo voto restou vencido. Aragão (2013, p. 369) cita trecho desse voto, em que é sintetizada a ideia de independência e autonomia:

A investidura de servidor público por prazo certo, eis uma providência que se integra, com toda naturalidade, no regime de autonomia administrativa atribuído, por lei, a certos órgãos. Visa a investidura de prazo certo a garantir a continuidade de orientação e a independência de ação de tais entidades autônomas, de modo que os titulares, assim protegidos contra as injunções do momento, possam dar plena execução à política adotada pelo Poder legislativo, ao instituir o órgão autônomo, e ao definir-lhe as atribuições.

O voto condutor da constitucionalidade da estabilidade provisória dos dirigentes das agências reguladoras (ADI 1.949), prevista na lei gaúcha, por unanimidade, consignou a seguinte conclusão: a) viola o princípio da separação de poderes a transferência para o Poder Legislativo da totalidade da competência para destituir dirigente de agência reguladora, de maneira a excluir a participação do Chefe do Executivo; b) em que pese a necessidade de participação do Executivo no referido processo de destituição, a exoneração não pode ficar ao critério discricionário desse Poder, uma vez que isso subverteria a própria natureza autônoma da autarquia especial, o que afasta a possibilidade de exoneração *ad nutum*; c) a destituição de dirigente de agência reguladora exige a fixação de parâmetros legais precisos; d) ausente a definição desses parâmetros em lei, o mandato fixo somente poderá ser perdido em razão de renúncia, condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar, observando-se em qualquer caso a necessidade de motivação, de processo formal e de inexistência de espaço para discricionariedade do Chefe do Executivo.

A um só tempo, o Supremo Tribunal Federal consolidou a constitucionalidade da sistemática de nomeação dos dirigentes das agências reguladoras,

mediante indicação do Executivo e aprovação do Legislativo, e da estabilidade provisória dos dirigentes, reconhecendo ser plenamente possível a limitação à exoneração *ad nutum* (lastreada em critérios meramente discricionários).

Destaque-se que o julgado define como sendo da essência das agências reguladoras a independência política, corporificada em mandato fixo e vedação à exoneração imotivada. Conforme destaca Binenbojm (2006, p. 254), trata-se de uma decisão que, “tendo declarado a constitucionalidade da atribuição, por lei, da estabilidade provisória, representa um *leading case* na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e, reflexamente, na própria organização político-administrativa do país”.

A imunização conferida aos dirigentes das agências reguladoras não se presta unicamente a impedir ingerências por parte do Poder Executivo, mas também a fortalecê-la ante os atores privados. Nesse desiderato, previu-se no artigo 8º da Lei 9.986/2000 a figura da quarentena, consubstanciada na restrição à liberdade do dirigente após o término do mandato, impedindo-o de prestar qualquer espécie de serviço no setor público ou a empresa pertencente àquele setor regulado.

Destaque-se, ademais, que a citada legislação estabeleceu que a quarentena teria duração de quatro meses, a contar da exoneração do término do mandato do dirigente. Com efeito, diversas leis específicas instituidoras de agências reguladoras definiram prazo de 12 meses (Lei 9.247/1997, que criou a ANEEL; Lei 9.782/1999, que criou a ANVISA; e Lei 10.233/2001, que criou a ANTT e a ANTAQ) ou de um ano (Lei 9.472/1997, que criou a ANATEL), casos em que a legislação específica tem aplicação.

3 INDEPENDÊNCIA TÉCNICO-DECISIONAL

A autonomia reforçada das agências reguladoras relaciona-se fortemente com sua independência técnico-decisional, que pode ser sintetizada no caráter final de suas decisões no âmbito administrativo, sempre que proferidas pela autoridade máxima da autarquia, não obstante o respeito à inafastabilidade do controle jurisdicional. Trata-se de independência na perspectiva funcional (SILVA, 2015, p. 395), não submetida a poder hierárquico, o que afasta o cabimento de recurso hierárquico impróprio dirigido à Chefia do Poder Executivo com a finalidade de modificar a decisão proferida por ente

da Administração Indireta.

A questão, entretanto, não é pacífica na doutrina. No âmbito da descentralização administrativa, o Poder Central cria uma pessoa jurídica para desempenhar determinada atividade, dotando-a de capacidade administrativa e financeira próprias, entretanto, sobre ela exerce a denominada supervisão ministerial, que se dá, na forma do artigo 20 do Decreto-Lei 200/1967, através da orientação, coordenação e controle das atividades dos órgãos subordinados ou vinculados ao Ministério, nos termos desta lei, pelo Ministro de Estado da respectiva área de competência ou pela Presidência da República, quando a vinculação for direta.

Os objetivos da supervisão ministerial estão definidos no artigo 26 do mesmo diploma normativo, a saber: a realização dos objetivos fixados nos atos de constituição da entidade, a harmonia com a política e a programação do governo no setor de atuação da entidade, a eficiência administrativa e a autonomia administrativa, operacional e financeira da entidade.

Neste ponto, percebe-se um duplo aspecto decorrente da capacidade de autoadministração dos entes descentralizados: a) direito de exercer com independência, inclusive em relação ao ente político, as atribuições legalmente outorgadas; b) dever de prestar o serviço nos moldes definidos em lei, o que atrai a competência fiscalizatória do outorgante (DI PIETRO, 2014, p. 558), ressaltando-se apenas que a extensão do controle exercido pelos Ministérios sobre as autarquias não pode ofender a capacidade de autoadministração definida em lei.

Os entes descentralizados são dotados de independência perante o Poder Central para desempenhar determinadas atividades, na forma definida pela legislação de referência. Do mesmo modo, a tutela administrativa, exercida por intermédio da supervisão ministerial, requer previsão legal expressa para poder ser efetivada, não nascendo por presunção nem por analogia.

Importante destacar que a tutela não se confunde com a hierarquia. A primeira, na qual se insere a supervisão ministerial, é um controle realizado pelo Poder Central sobre o ente descentralizado e se reveste de caráter finalístico, isto é, presta-se à verificação da conformidade de sua atuação com seus fins institucionais e com a legalidade, na forma definida em lei. A seu turno, a segunda é realizada nos casos de desconcentração e denota a relação de subordinação no seio da própria Administração Pública. No primeiro caso, há duas

pessoas jurídicas distintas e o controle (inclusive seus limites) demanda a expressa previsão legal, enquanto no segundo caso a relação se dá no âmbito da mesma pessoa jurídica e independe de previsão legal expressa.

Regra geral, o recurso não constitui manifestação da tutela administrativa, haja vista que seu cabimento se relaciona com a ideia de subordinação hierárquica. A interposição de recursos administrativos contra decisões exaradas pela Administração Pública, direta ou indireta, deve ocorrer no âmbito do próprio órgão ou entidade (mesma pessoa jurídica), motivo pelo qual são denominados de recursos hierárquicos.

Com efeito, quando a lei estabelece o cabimento de recurso para autoridade pertencente a pessoa jurídica diversa daquela que proferiu a decisão, configura-se a hipótese de recurso hierárquico impróprio. Assim, não cabe, ordinariamente, a interposição de recurso perante a Administração Direta contra decisão proferida no âmbito da Administração Indireta. Apenas por exceção se admite o denominado recurso hierárquico impróprio e desde que exista expressa previsão legal.

Nesse sentido, Mello (2013, p. 167) observa que “o Ministro supervisor não é autoridade de alçada para reconhecer de recurso” interposto contra ato expedido por pessoa jurídica diversa, o que inclui a Administração Indireta, de modo que o cabimento de recurso hierárquico impróprio somente se afigura possível quando previsto expressamente em lei.

No caso das autarquias regulatórias, conforme menciona Aragão (2013, p. 372), inexistente lei que preveja a existência de recurso administrativo hierárquico impróprio, “o que por si só bastaria para eliminar tal possibilidade em razão da vetusta doutrina do *pas de tutelle sans texte, pas de tutelle au-delà du texte*”.

Contudo, em caso envolvendo decisão exarada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), o recurso hierárquico impróprio já foi admitido pelo então Ministro da Justiça, Nelson Jobim, ao argumento de que questões relativas a políticas públicas relevantes não poderiam ser retiradas da influência da Administração Central e que o inciso LV do artigo 5º da Constituição de 1988 garante o contraditório e a ampla defesa com os meios e recursos a eles inerentes.

Este entendimento é perfilhado por Sérgio Guerra (2011, p. 374), acrescentando que as agências reguladoras não refogem ao controle exercido pelos Ministérios e, em última análise, pela Chefia do Executivo, e que a provocação de

instâncias superiores seria também um direito dos administrados. Com efeito, ele próprio reconhece, em seguida, que a admissão do recurso hierárquico impróprio nesses casos poderia gerar “uma crise no arcabouço institucional estruturado pelo ordenamento jurídico para a eficácia das atividades regulatórias descentralizadas” (GUERRA, 2011, p. 378) e pontua que o poder-dever de a Administração Central manifestar-se na via recursal apenas nasceria quando a agência reguladora invadissem a seara de competência ministerial, ou seja, quando a entidade extrapolasse sua função reguladora.

Tais argumentos, contudo, carecem de sustentação e não justificam a imposição deste forte mecanismo de tutela administrativa sem a necessária previsão legal (ARAGÃO, 2013, P. 374). Há de se ter em mente que as leis instituidoras das agências não só definem seus objetivos, como também os instrumentos indispensáveis à coordenação das políticas públicas do respectivo setor, de forma que a atuação da entidade deverá voltar-se à consecução dos fins estabelecidos, com a preservação de sua autonomia política.

De outro lado, é importante destacar que as leis criadoras das agências dispõem acerca de recursos administrativos contra as decisões proferidas no seio das entidades, o que realiza o mandamento constitucional inserto no inciso LV do artigo 5º da CRFB/88, não sendo o recurso hierárquico impróprio instrumento indispensável ao respeito do contraditório e da ampla defesa. Ademais, a admissão desta modalidade recursal suprimiria a independência política dos dirigentes, na medida em que a Administração Central poderia impor suas concepções e vontades a qualquer tempo, fazendo prevalecer interesses políticos em detrimento de questões técnicas.

Nessa linha, considerando a natureza autárquica das agências reguladoras e a ausência de previsão legal acerca do cabimento de recurso hierárquico impróprio contra as decisões de seus dirigentes, assim como a inexistência de vínculo de subordinação hierárquica entre a Administração Indireta e o Poder Central, acredita-se ser forçoso o reconhecimento da inadmissibilidade desta via recursal.

4 INDEPENDÊNCIA GERENCIAL, ORÇAMENTÁRIA E FINANCEIRA

No âmbito da autonomia administrativa, já se mencionou a estabilidade provisória dos dirigentes das agências, com mandato fixo e imune à exonera-

ção *ad nutum*, como forma de proteção da atividade regulatória, garantias que compõem a independência política dos dirigentes e, simultaneamente, fortalecem a atuação da própria entidade.

Com efeito, a independência gerencial engloba também a escolha dos objetivos a serem perseguidos pelas agências no exercício da atividade regulatória, sempre com o necessário respeito à respectiva lei de regência, e dos instrumentos que serão empregados para atingir tais objetivos com a maior eficiência possível. Importante acrescentar que a efetiva autonomia das agências reguladoras passa necessariamente por sua independência financeira, circunstância essencial à consecução a contento de seus objetivos institucionais com isenção e imparcialidade, leia-se, livre de ingerências políticas e influências externas.

A independência financeira reúne a existência de orçamento próprio, com repasses de recursos pelo ente político ao qual esteja vinculado, de patrimônio próprio, transferido no ato de sua criação, e a previsão de outras fontes de receitas próprias, oriundas de taxas de fiscalização referentes aos serviços públicos ou atividades econômicas objeto da regulação, de imposição de multas, de rendimentos de operações financeiras, de recursos de convênios, acordos ou contratos, de doações e de montantes apurados pela venda ou aluguel de móveis ou imóveis pertencentes às autarquias (CUÉLLAR, 2001, p. 94).

Ressalta-se que este aspecto da independência das agências não significa a desnecessidade de respeito ao regime jurídico de direito público, que impõe a obrigatoriedade de licitação como requisito para a celebração de contratos, a realização de concurso público para a contratação de pessoal, às regras de cunho financeiro e orçamentário na realização de despesas, dentre outras.

Esse aspecto da autonomia reforçada das agências, no entanto, pode representar o principal meio de limitação de sua liberdade de atuação. Uma vez que seus orçamentos estão vinculados ao Executivo, a restrição no repasse de recursos pode representar verdadeiro empecilho à sua independência.

5 INDEPENDÊNCIA NORMATIVA

A capacidade normativa atribuída às agências reguladoras é, sem dúvida, o tema que suscita maiores discussões e questionamentos por parte da doutrina e da jurisprudência. Não por outro motivo, Gordillo (2013, p. VII-21) aponta os regulamentos como a mais problemática das fontes do Direito Administra-

tivo. Porém, é também sua mais importante característica, a ponto de Couto e Silva (2015, p. 287) afirmar que “regulação é, na verdade, exercício de poder normativo”.

As agências reguladoras foram criadas para promover a retirada do Estado da intervenção direta no domínio econômico, num movimento de migração para a intervenção indireta. Por sua vez, no âmbito da produção normativa, vislumbrou-se que o Poder Legislativo não detinha o conhecimento técnico necessário para deliberar acerca de determinadas matérias, demasiadamente complexas e específicas.

Nessa esteira, tendo em vista a necessidade de o Poder Público continuar a figurar como um ator importante nas questões envolvendo o domínio econômico e a prestação de serviços públicos, definindo parâmetros de conduta para seus respectivos agentes, concebeu-se a atribuição de poder normativo para entidades de caráter técnico como uma forma de contornar essa ausência de conhecimento especializado do legislador e, ao mesmo tempo, de tornar mais imparcial a atuação da Administração Pública, sem olvidar que as leis de outorga da competência normativa contêm as diretrizes e os objetivos a serem perseguidos.

A capacidade normativa das agências reguladoras é característica inerente à natureza da atividade por elas desenvolvida, ou seja, a aptidão das agências para editar normas no âmbito do setor regulado é atributo próprio de sua atuação, sem a qual a atividade regulatória perde a sua essência. A regulação “presupõe a edição de regras que disciplinem o comportamento das pessoas em sociedade, mediante a limitação de direitos subjetivos de que são titulares em benefício do convívio harmonioso de todos” (COUTO E SILVA, 2015, p. 287).

Glauco Martins Guerra (2004, p. 297) conceitua a regulação sob a perspectiva do poder normativo das agências reguladoras:

É possível afirmar que a regulação é uma atividade jurídica de franca produção normativa tipicamente desenvolvida para um modelo econômico capitalista, no qual o Estado, como agente legitimado para o exercício da função legislativa e da força coercitiva, intervém no mercado produtivo mediante instrumentos de autoridade, objetivando delinear a atividade empresarial em consonância com os interesses públicos, sociais e econômicos.

No que toca especificamente aos serviços públicos, o mesmo conceito acima pode ser aplicado, com o adendo que o Estado deixa de realizar diretamente as

atividades econômico-produtivas (empresariais), ainda que consideradas de natureza essencial, promovendo-as ao particular, que renderá sua atuação às regras e normas ditadas pelo agente regulador, seja no que toca às questões técnico-operacionais, à defesa dos interesses do consumidor e à proteção da livre concorrência.

Porém, é possível verificar, no campo doutrinário, posições diametralmente opostas quanto à admissibilidade do poder normativo. A de cunho mais restritivo, na qual se inserem Clève (2014, p. 247 et. seq.) e Couto e Silva (2015, p. 289-290), identifica o regulamento como mera manifestação do poder regulamentar (para a fiel execução de leis), previsto no artigo 84, IV, da Constituição Federal de 1988, de maneira que não se afiguraria possível a inovação no ordenamento jurídico através de ato normativo dessa natureza, bem como seria inaplicável à realidade brasileira a tese da delegação legislativa.

Por outro lado, a tese favorável à outorga de poder normativo às agências reguladoras defende que os regulamentos encontrariam espeque na tese da deslegalização e seriam dotados de respaldo constitucional, em perfeita sintonia com a atual visão acerca do princípio da legalidade. Essa visão simpática à capacidade normativa das agências foi bem sintetizada por Binenbojm (2006, p. 260), que faz referência à possibilidade de inovação no ordenamento jurídico, editando normas de caráter primário:

Dado o amplo grau de generalidade e abstração característico das leis de criação das agências (as chamadas *broad delegations*, como referidas na literatura publicista norte-americana), estas últimas são investidas de grande autonomia normativa, do que decorre, por inevitável imposição prática, a elaboração de normas jurídicas em caráter primário. A produção de normas com aptidão para inovar no ordenamento jurídico, criando direitos e obrigações, constituiria, assim, segundo parcela significativa da doutrina nacional e alienígena, autêntica nota característica das agências reguladoras.

Na busca por afastar as críticas mencionadas, é importante destacar que tanto o poder regulamentar do Executivo quanto o poder normativo das agências reguladoras possuem o devido amparo no plano constitucional – a Constituição Federal de 1988 dedicou-se a definir ambas as competências normativas. Contudo, não é possível enquadrá-las sob o mesmo manto, uma vez que elas não possuem a mesma natureza jurídica.

Em primeiro lugar, cumpre registrar a ausência de violação ao princípio

da legalidade, atualmente compreendida como juridicidade (sob o influxo da constitucionalização do direito administrativo). Paulo Otero (2003, p. 158) anota que o “desenvolvimento do sentido e do valor da Constituição [...] veio impregnar a legalidade administrativa de uma dimensão constitucional que antes lhe era alheia”.

Para o autor português, a visão tradicional do princípio da legalidade administrativa encontra-se “desesperadamente ultrapassada”, de maneira que já não pode ser visto sob uma perspectiva fechada e rígida:

em vez disso, assiste-se a uma progressiva indeterminação e abertura densificadora da normatividade a favor da Administração Pública que, por esta via, adquire um crescente activismo na revelação e construção das soluções concretas e regulamentares, conferindo-se uma inerente maleabilidade à legalidade administrativa, que vive tempos de erosão do seu habitual e repetido papel puramente vinculativo da actuação administrativa. (OTERO, 2003, p. 894).

As agências reguladoras, ao editarem os regulamentos, precisam respeitar o bloco de legalidade, especialmente os preceitos e valores constantes da Constituição Federal de 1988. Todavia, não se afasta a aptidão para inovar no ordenamento jurídico, ainda que se refira à edição de regulamentos com caráter técnico e compatíveis com diretrizes traçadas pelo legislador. Portanto, diz-se que a atuação da Administração Pública demanda uma atribuição de competência, não se admitindo mais o vetusto conceito de legalidade administrativa que restringia sua atuação ao que estivesse previamente estipulado em lei.

Neste ponto, é pertinente a distinção entre reserva legal absoluta e relativa. A primeira refere-se à exigência de que determinada matéria seja inteiramente tratada no âmbito do Poder Legislativo, regradas integralmente por lei em sentido formal, sem que remanesça qualquer margem para a atuação discricionária dos agentes públicos (MOREIRA NETO, 2003, p. 57). A segunda diz respeito à desnecessidade de um regulamento exaustivo da matéria no plano legal, permitindo que o legislador se restrinja a fixar parâmetros de atuação, os quais demandarão posterior complementação por atos infralegais emanados dos órgãos administrativos, de modo que compete ao Legislativo apenas a definição de parâmetros. A ideia de juridicidade enquadra-se nesse contexto, porquanto não vincula a conduta administrativa à estrita previsão legal, admitindo que a Administração se conduza embasada em habilitação legal, sem afastar a neces-

cidade de respeito ao Direito.

Cabível também distinção entre reserva de lei formal e material. No primeiro caso, a disciplina de determinada matéria é exclusiva do Poder Legislativo, na forma rigidamente descrita no Texto Constitucional. Deste modo, verifica-se a reserva de lei formal “quando determinada matéria possa ser tratada por ato emanado do Poder Legislativo, mediante adoção do procedimento analítico ditado pela própria Constituição” (MOREIRA NETO, 2003, p. 57). No segundo, fala-se em atos materialmente legislativos, a significar que possuem força de lei, apesar de não emanados do Parlamento. Assim, é possível falar que houve uma atenuação da concepção clássica de legalidade com a outorga de poder normativo para as agências reguladoras.

A configuração oitocentista do princípio da legalidade administrativa vem sendo objeto de reformulação, com reflexo sobre a noção de reserva legal. No direito comparado, Paulo Otero (2003, p. 734) já sustenta que à Administração Pública é facultada, em regra, a atuação com fundamento direto na Constituição, exceto nos casos de reserva de lei expressamente definidos no texto constitucional.

Encontra-se aqui exposta, por conseguinte, uma via de rotura do mito da onipotência da lei em face da Administração Pública e da consequente menoridade ou inferioridade da Constituição perante a lei no âmbito da função administrativa: em vez de a eficácia operativa das normas constitucionais estar sempre dependente da lei na sua vinculatividade para a Administração Pública, tal como se encontra subjacente ao pensamento liberal oitocentista. A lei deixou de ter hoje o monopólio habilitante da actividade administrativa, registrando-se que a aplicação da Constituição à Administração Pública e pela Administração Pública não exige necessariamente a mediação legislativa (OTERO, 2003, p. 735).

Otero (2003, p. 743) acrescenta, ainda, que a substituição da lei pela Constituição no papel de centralidade na atribuição de competências aos órgãos da Administração Pública (desmistificação da onipotência da lei ou debilitação da centralidade da lei) afasta a máxima operatividade do princípio da precedência da lei em relação à Administração, inclusive no que concerne à intervenção de normas de diversas naturezas (utilizando o Direito Comunitário e o Direito Internacional como exemplos).

Nesse contexto, a admissibilidade das normas reguladoras promove uma

ressignificação do princípio da legalidade, seja sob a perspectiva da Administração Pública, porque autorizada a atuar com fundamento em norma habilitadora, seja em relação ao particular, na medida em que aceita a possibilidade de o Executivo editar normas de caráter geral e abstrato com aptidão para inovar, as quais deverão ser observadas por todos os atores da regulação (públicos ou privados).

Elaborado um panorama sobre a atividade normativa regulatória frente ao princípio da legalidade, é indispensável mencionar que o poder normativo das agências reguladoras pode ser explicado de acordo com a teoria da deslegalização, compreendida como espécie de delegação legislativa que promove a modificação do plano normativo em que se dará a normatização de determinadas matérias, passando para a seara do regulamento questões anteriormente reservadas à lei, sem que se configure a negação de sua primazia.

Por consequência, há um alargamento da competência normativa do Executivo promovido pelo próprio Legislativo ao transferir a capacidade de estabelecer regras. As normas reguladoras, registre-se, são dotadas de abstração, generalidade e aptidão para inovar no ordenamento jurídico, ou seja, “os regulamentos possuem caráter normativo” (LIMA, 2015, p. 58).

As autarquias regulatórias não usurpam a função legislativa, já que a competência para editar leis permanece com o Poder Legislativo. O poder normativo das agências não afasta o poder de legislar, conformando-se como um aprofundamento da atuação normativa estatal, tendo em vista a necessidade de normas com caráter técnico, específicas para atender às exigências de determinado setor:

a agência não é usurpadora da função legislativa. Esta continua a caber ao Poder Legislativo, que edita leis, frequentemente com um grau de abstração e generalidade que não mais atende aos novos padrões da sociedade, sendo necessárias normas que tratem das especificidades, que realizem o planejamento dos setores, viabilizem a intervenção do Estado em garantia do cumprimento ou da realização daqueles valores. Daí a atribuição de poder normativo para as agências, o qual não exclui o poder de legislar, mas mero aprofundamento da atuação normativa do Estado. (SOUTO, 2005, p. 247-248)

Observa Moreira Neto (2003, p. 117) que as normas editadas no exercício da atividade regulatória possuem natureza eminentemente técnica (distancia-

das do viés político), de modo que se apresentam como a via mais adequada para regradar questões de tal natureza. Contudo, nem sempre se fez necessária a distinção entre escolhas político-administrativas e matérias de ordem predominantemente técnica, porquanto o Parlamento, historicamente, albergou integralmente ambas as competências. A necessidade de segmentação surge apenas com a crescente “complexificação da conveniência social”, a fim de evitar a obsolescência de regras de ordem técnica no plano legal.

Ressalte-se que a norma regulatória, conforme leciona Souto (2005, p. 28), deve ser editada para disciplinar questões de ordem técnica, sem se imiscuir na seara política. Noutras palavras, a valoração política fica ao encargo da lei que cria a agência reguladora e traça os objetivos a serem alcançados naquele setor, cumprindo à autarquia regulatória estabelecer regras de natureza técnica com o fito de realizar estes fins.

Não se fala, no âmbito das agências reguladoras, em ausência de intermediação legal entre os regulamentos e a Constituição. Verifica-se a utilização das denominadas leis-quadro, que se caracterizam por definir parâmetros de atuação a serem posteriormente integrados por ato normativo diverso de lei, no caso, o regulamento. Assim, considerando a complexidade e a tecnicidade da matéria, as leis limitam-se a definir *standards*, fins a serem perseguidos, configurando-se como de baixa densidade normativa. Noutras palavras, “a delegação, ainda que possível, não pode ser ‘em branco’, isto é, desacompanhada de parâmetros ou diretrizes obrigatórias” (MOREIRA NETO, 2003, p. 59).

As competências legislativas foram conferidas ao Poder Legislativo, razão por que é necessário, mesmo na seara da reserva legal relativa, que a norma legal defina contornos mínimos (princípios a serem seguidos e objetivos a serem alcançados) acerca da disciplina de cada matéria, como forma de orientar a edição dos regulamentos e permitir o controle. Não se afigura possível a simples transferência de competência normativa sem a definição de parâmetros mínimos de atuação, o que representaria “verdadeira abdicação da função de legislar sobre o assunto, aí sim, uma subversão da legalidade e do sistema de distribuição de competências previsto na Constituição” (BRUNA, 2003, p. 117).

Sobre a necessidade de lei que respalde a atuação das agências reguladoras no exercício de seu poder normativo, Carvalho Filho (2011, p. 67) aduz: “ainda que dotada de grande amplitude, a regulamentação feita pelas agências [...] terá que adequar-se aos parâmetros da respectiva lei permissiva”, haja vista

que “a delegação legislativa não é ilimitada, mas, ao contrário, subjacente a normas e princípios estabelecidos na lei”.

Nesse sentido, Bruna (2003, p. 93) enquadra o poder normativo das agências no conceito de regulamentos autorizados (ou por delegação), por se tratar de competência normativa conferida pelo Legislativo ao Executivo diante de circunstâncias mutáveis e essencialmente técnicas, em que o primeiro se limita a estabelecer princípios gerais e ao segundo incumbe a expedição do respectivo regramento.

Enfim, o poder normativo das agências reguladoras não se confunde com o poder regulamentar da Chefia do Executivo, pois não se limita à fiel execução da lei (LIMA, 2015, p. 59). Enquanto o poder regulamentar encontra fundamento no artigo 84, IV, da Constituição Federal de 1988, os regulamentos são editados com fulcro nos artigos 21, XI, 174 e 177, § 2º, II, também da CRFB/88, bem como nas leis deslegalizadoras. Ademais, ambos possuem características/finalidades distintas: enquanto o poder regulamentar se presta a promover a fiel execução da lei, o poder regulador disciplina a matéria deslegalizada, com abstração e generalidade, sendo instrumento apto a inovar no ordenamento jurídico.

Os regulamentos expedidos no exercício da atividade regulatória caracterizam-se como normas, porém, “no direito público, as normas reguladoras surgem como espécies normativas *sui generis*, distintas das normas legais tradicionais, empregadas no Direito Administrativo” (MOREIRA NETO, 2003, p. 113). Portanto, as normas reguladoras não se confundem com as normas legais, originárias do Poder Legislativo, tampouco com as regulamentares, provenientes do Poder Executivo. Não obstante editadas no âmbito da Administração Pública, as normas reguladoras possuem natureza jurídica própria.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em suas diversas vertentes, a autonomia reforçada (independência) é uma das principais características da atividade regulatória do Estado, um atributo indispensável ao adequado cumprimento das competências legalmente atribuídas às agências reguladoras.

A independência orgânica, que se traduz na independência política dos dirigentes, significa que a atuação das agências não busca realizar os interesses do setor regulado, do ente político ao qual se encontra vinculado ou do

governo eleito. A atuação das autarquias regulatórias deve ser pautada em critérios de natureza técnica. Nesse contexto, a escolha dos dirigentes ocorre de forma conjugada, fruto da indicação do Poder Executivo e aprovação do Poder Legislativo, e é vedada a exoneração imotivada dos escolhidos (estabilidade temporária).

A independência técnico-decisional exprime o caráter eminentemente técnico da atuação das agências reguladoras e, não obstante a inafastabilidade do controle jurisdicional, assegura a o caráter final de suas decisões na seara administrativa, o que revela o não cabimento de recurso hierárquico impróprio.

A independência gerencial, orçamentária e financeira reflete a faculdade para eleger os objetivos que serão perseguidos no exercício da regulação, sem esquecer as diretrizes constantes da lei, bem como a necessidade de orçamento próprio, com repasse de recursos pelo ente político e previsão de fontes de receitas próprias.

Em que pese a importância dos aspectos acima citados, a independência normativa merece ser qualificada como o principal atributo da regulação. A essência das agências é a capacidade para editar normas de caráter técnico no âmbito do setor que se prestam a regular. Tal outorga de competência é feita diretamente pelo Legislativo, que retira determinada matéria do domínio da lei, passando-a ao domínio do regulamento, o que se denomina de deslegalização ou delegificação.

Na regulação, o poder normativo é conferido pelo próprio núcleo político do poder estatal, na medida em que decorre da atuação conjunta dos Poderes Executivo (ao trilhar o caminho da descentralização administrativa) e Legislativo (ao editar as normas instituidoras das agências com a competência para expedir os regulamentos). Conforma-se, assim, como uma releitura do princípio da separação de poderes (LEHFELD, 2008, p. 263) e da legalidade, por intermédio da qual se compreende possível que entidades integrantes do Poder Executivo estabeleçam regras de conduta no respectivo setor regulado, as quais deverão ser obrigatoriamente cumpridas pelas diversas pessoas que o compõem.

Diante deste cenário, com a pretensão de sintetizar a ideia de independência normativa das agências reguladoras – uma das manifestações de sua autonomia reforçada –, é possível compreendê-la como a outorga de poder normativo pelo Legislativo a entidade da Administração Indireta para editar normas de natureza técnica no âmbito do respectivo setor regulado, com o es-

copo de realizar os objetivos traçados na lei. Observe-se que os regulamentos são fruto de habilitação legal, dotados de caráter normativo e de aptidão para inovar no ordenamento jurídico, possuindo natureza jurídica de norma *sui generis*, inconfundíveis com normas legais.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria de Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.949. Relator: Ministro Dias Toffoli. Tribunal Pleno. Julgado em 17 de setembro 2014. Publicação em 14 de novembro 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7237463>>. Acesso em: 30/10/2015

BRUNA, Sérgio Varella. **Agências Reguladoras: poder normativo, consulta pública, revisão judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Agências Reguladoras e Poder Normativo**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Poder Normativo da Administração Pública**. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de; FERRAZ, Sérgio; ROCHA, Silvio Luís Ferreira da; SAAD, Amauri Feres (coord.). **Direito Administrativo e Liberdade - estudos em homenagem a Lúcia Valle Figueiredo**. São Paulo: Malheiros, 2014.

COUTO E SILVA, Almiro do. **Conceitos Fundamentais do Direito no Estado Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015.

CUÉLLAR, Leila. **As Agências Reguladoras e Seu Poder Normativo**. São Paulo: Dialética, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27^a ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo y obras selectas: parte general** (tomo 1). 1. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2013.

GRAU, Eros Roberto. La regulación em Brasil. In: MARCOU, Gérard; MODERNE, Franck (org.). **Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional**. Tomo I. Bogotá: Editorial Universidad de Rosario, 2009, p. 244.

GUERRA, Glauco Martins. Agências Reguladoras no Brasil: Princípio da Legalidade e Regulação. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). **Direito Regulatório: temas polêmicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

GUERRA, Sérgio. Agências Reguladoras e a Supervisão Ministerial. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

LEHFELD, Lucas de Souza. **Controles das Agências Reguladoras**. São Paulo, Atlas, 2008.

LIMA, Artur Carnauba Guerra Sangreman. Os Novos Contornos do Princípio da Legalidade e o Poder Normativo das Agências Reguladoras. In: CARVALHO, Fábio Lins de Lessa (coord.). **Direito Administrativo Inovador**. Curitiba: Juruá, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MODERNE, Franck. Los usos de la noción de regulación em el derecho positivo y en la doctrina jurídica de los Estados de la Unión Europea. In: MARCOU, Gérard; MODERNE, Franck (org.). **Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional**. Tomo I. Bogotá: Editorial Universidad de Rosario, 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública - O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2003.

SILVA, João Nuno Calvão da. Poderes e Instrumentos Regulatórios da Entidades Reguladoras ao Abrigo da Lei-Quadro das Entidades Administrativas Independentes com Funções de Regulação da Atividade Económica dos Sectores Provado, Público e Cooperativo. In: GONÇALVES, Pedro Costa (org.). **Estudos de Regulação Pública - II**. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo regulatório**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SUPREMA Corte dos EUA. *Myers v. United States*, 272 U.S. 52 (1925). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/272/52/case.html>>. Acesso em: 1/3/2016.

SUPREMA Corte dos EUA. *Humphrey's Executor v. United States*, 295 U.S. 602 (1935). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/295/602/case.html>>. Acesso em: 1/3/2016

SUPREMA Corte dos EUA. *Wiener v. United States*, 357 U.S. 349 (1958). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/357/349/case.html>>. Acesso em: 1/3/2016.

SUPREMA Corte dos EUA. *Morrison v. Olson*, 487 U.S. 654 (1988). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/487/654/case.html>>. Acesso em: 1/3/2016.

A NECESSIDADE DE DEFINIÇÃO DAS AUDIÊNCIAS DE CONCILIAÇÃO OU MEDIAÇÃO E A ESCOLHA LEGISLATIVA À SANÇÃO POR ATO ATENTATÓRIO À DIGNIDADE DA JUSTIÇA

THE NEED FOR THE DEFINITION OF CONCILIATION OR MEDIATION COURT HEARINGS AND THE LEGISLATIVE CHOICE BY FINE TO THE ACTION THAT ATTENTIVE THE DIGNITY OF JUSTICE

Renato Horta Rezende¹

Recebido em: 12/05/2017

Aprovado em: 06/08/2017

RESUMO

O Código de Processo Civil reconheceu o sistema multiportas de resolução de conflitos, incentivando a resolução consensual de litígios e impondo a realização obrigatória, em regra, de audiências de conciliação ou mediação. A ausência, injustificada, de qualquer das partes à audiência de conciliação será considerada ato atentatório à dignidade da justiça apenada com multa de 2% sobre a vantagem econômica ou valor da causa, contudo no presente arti-

¹ Mestre em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Fumec (2016); graduado em Direito pela Fundação Universidade de Itaúna (2004); Advogado inscrito na Seccional Minas Gerais (2005); Professor ministrando aulas de Direito Ambiental, Direito Previdenciário, Organizações e Normas Técnicas, Direito Minerário, Direito do Trabalho, Legislação profissional e ética no CEB-CECON (2007-2011); Direito Civil no CFDs da APMMG (2014); Arbitragem, mediação e conciliação junto ao Conselho Estadual de Arbitragem de Minas Gerais (2009-2017), Árbitro inscrito no CONFEJAB (2015); Estágio docência, ministrando aulas na disciplina metodologia de pesquisa jurídica na Faculdade de Direito da Universidade Fumec (2016); Especialização em ciência criminais na Faculdade Arnaldo Janssen

go indaga-se se a ausência injustificada à audiência de mediação conduziria a mesma sanção. Foram investigadas duas hipóteses, a primeira, relacionada à impossibilidade legal da aplicação de multa por ausência de previsão legislativa e, a segunda, impossibilidade da mesma sanção, em virtude da natureza, características e objetivos da mediação. Utilizando de método hipotético-dedutivo as hipóteses foram desenvolvidas por meio de revisão bibliográfica e análises legislativa, possuindo como marco teórico o atual CPC, e culminaram com a confirmação de ambas as hipóteses.

ABSTRACT

The Civil Code Proceedings recognized the multiport system of conflict resolution, encouraging consensual disputes dictum and imposing mandatory, as a rule, conciliation or mediation hearings. The unjustified absence of either party to the conciliation hearing shall be deemed to be an offense against the dignity of justice, which shall be punished with a 2% fine on the economic advantage or case value, but in this article it is asked whether the unjustified absence of the mediation would lead to the same penalty. Two hypotheses were investigated, first one related to the legal impossibility of imposing a fine due to lack of legislative foreknowledge, and second, impossibility of the same sanction, due to nature, characteristics and objectives of the mediation. Using a hypothetical-deductive method, the hypotheses were developed through a bibliographical review and legislative analysis, having as theoretical framework the current Proceedings, culminating with confirmation of both hypotheses.

PALAVRAS-CHAVE

Mediação; inaplicabilidade de multa; dignidade da justiça.

KEYWORDS

Mediation; fine non-applicability; dignity of justice.

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos tem ganhado força o sistema multiportas de acesso à justiça mediante o oferecimento e reconhecimento de mecanismos e meios de solução de controvérsias, em especial meios consensuais, como mediação e conciliação.

Todavia, há que se esclarecer, desde logo, que a possibilidade de conciliação, depois de instaurado o processo judicial, não é novidade, estando presente, por exemplo, na Lei nº 5478, de 25 de julho de 1968, que dispõe sobre ação de alimentos e dá outras providências, assim como Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 especificamente entre seus artigos 407 e 409, da, bem como nas Leis nºs 8.952, de 13 de dezembro de 1994; 9.245, de 26 de dezembro de 1995; 10.358, de 27 de dezembro de 2001; 11.232, de 22 de dezembro de 2005, 11.382, de 06 de dezembro de 2006, que editaram o texto original do Código de Processo Civil anterior.

Porém, com a edição da resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010 pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), foi atribuído ao Judiciário a missão de estabelecer políticas públicas de tratamento adequado aos problemas jurídicos e conflitos de interesses não apenas por soluções adjudicadas mediante sentenças, mas também por meio de opções consensuais de solução de conflitos, atendimento e orientação ao cidadão.

Desde então uma “triste demonstração do fanatismo que tem tomado conta do âmbito doutrinário e legislativo a respeito de solução consensual do conflito” (NEVES, 2016, p. 820) vem nublando as percepções dos operadores do direito, fazendo com que compreensões exageradas, desassociadas da natureza jurídica dos instrumentos e do raciocínio jurídico venham a prejudicar a finalidade e utilidade dos meios alternativos ao método heterônomo de resolução de conflitos, como se verificará dos enunciados expedidos pelo Tribunal de Justiça Mineiro (TJMG) e pelo Fórum Permanente de Processualistas Civil (FPPC).

A sobrecarga e expectativa colocada sobre os institutos da mediação e conciliação, “ante um cenário desolador de nosso Judiciário, de aguda crise estrutural que vai resultar na mais profunda ruptura entre a satisfação do direito e o processo que o instrumentaliza” (BRAGA, 2009, p. 41), acaba por exorbitar o sentido deontológico do sistema multiportas e deturpar o sentido ontológico da mediação e da própria conciliação, trazendo confusão entre os institutos e

banalizando sua construção, afastando a semântica construída em torno do instituto da mediação e mesmo da sistemática legal.

O §8º do art. 334 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, atual Código de Processo Civil (CPC), estabelece a possibilidade de multa àqueles que não comparecem de forma injustificada à audiência de conciliação, considerando tal falta ato atentatório à dignidade da justiça.

Mesmo tal disposição legislativa atente contra o princípio da autonomia da vontade que guia o método autônomo de solução de litígios, contudo, o ponto a se destacar neste artigo consiste na indagação acerca da impossibilidade de sanção aos que deixarem de comparecer em audiência preliminar de mediação e a interpretação apresentada pelo enunciado nº 25 do TJMG e nº 273 do FPPC, que ampliam a multa aos que, injustificadamente, se ausentarem à audiência de mediação.

Diante do problema, partiu-se da hipótese sobre a ausência de previsão legal, compreendendo que somente seria legalmente viável a imposição de multa por ausência injustificada em audiência de conciliação, afastada a sua aplicabilidade aos que se ausentarem da audiência de mediação.

Outra hipótese ventilada consiste na adequação da escolha legislativa, não devendo ser considerado ato atentatório à dignidade da justiça a ausência injustificada à audiência de mediação em virtude da natureza e caráter ontológico desta espécie de audiência prévia.

O desenvolvimento teórico e investigativo impresso na pesquisa utilizou o método científico hipotético-dedutivo, possuindo como referencial teórico o atual Código de Processo Civil.

A pesquisa será construída em quatro partes, na primeira descreveremos, resumidamente, os movimentos de acesso à justiça a luz das proposições formuladas por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, porém voltadas ao cenário brasileiro; na seguinte o artigo será dedicado ao exame da autonomia da vontade privada dirigida à construção da solução consensual de conflitos e princípio basilar das audiências preliminares; posteriormente empenharemos esforços a definir o conceito, natureza, características e finalidade da mediação, traçando ainda distinção ontológica entre os institutos da conciliação e mediação, conforme os atuais ditames do CPC; e ainda, por derradeiro, passaremos ao exame acerca da (in)aplicabilidade da multa do §8º do artigo 334 do CPC àqueles que injustificadamente não comparecerem à audiência de mediação.

Para o desenvolvimento do trabalho será realizado levantamento bibliográfico e da legislação pertinente, com a finalidade de contribuir para o desenvolvimento do raciocínio jurídico-científico sobre o tema.

2 A RELEITURA DO ACESSO À JUSTIÇA: NECESSIDADE DOS NOVOS TEMPOS

Cappelletti e Garth (2012) ao analisarem os movimentos históricos e jurídicos de acesso à justiça identificaram três momentos renovatórios, divididos cronologicamente em “ondas”, a primeira estaria voltada à assistência judiciária integral e a justiça gratuita aos pobres; a segunda, direcionada à representação e proteção dos interesses coletivos e difusos; e a terceira teria como finalidade a promoção e simplificação de procedimentos, buscando a efetiva resolução de conflitos, reconhecendo formas alternativas à jurisdição estatal como meio a solucionar controvérsias.

Observam aqueles autores que a primeira onda renovatória tinha finalidade exclusivamente privatista e individualista, enquanto a segunda tinha como objetivo proporcionar a facilitação da possibilidade de defesa de interesses difusos ou coletivos, sem que isto significasse o afastamento de qualquer um deles.

Mesmo com foco diverso, tanto o primeiro como o segundo momento estavam dirigidos ao acesso à jurisdição estatal, se estabelecendo uma relação de sinonímia entre fazer justiça e Judiciário.

Diferente dos momentos anteriores, a terceira onda renovatória de acesso à justiça não se dedica apenas à promoção do acesso ao Judiciário, mas busca favorecer o acesso substancial à justiça.

O acesso à justiça observado na terceira onda proporciona o rompimento da relação de sinonímia até então existente entre justiça e Judiciário, ou seja, o monopólio da justiça não estaria restrito às mãos do Estado-Juiz, detentor no monopólio da jurisdição, devendo ser reconhecidas formas alternativas de solução de conflitos que não aquelas decorrentes de resoluções adjudicadas mediante sentença.

O terceiro movimento renovatório de acesso à justiça não se limitou ao reconhecimento de formas alternativas ao Judiciário como meio de alcançar a justiça, vindo a impor, concomitantemente, reformas ao arranjo jurídico por

meio de normas materiais e processuais com o objetivo de apresentar soluções substanciais aos conflitos sociais que são levados ao Judiciário, alterando assim o agir e pensar estatal, bem como a forma de atuação dos profissionais que operam a máquina judiciária.

Com este enfoque trazido pela terceira onda renovatória de acesso à justiça deve ser interpretado o inciso XXXV do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988, que reconhece a faculdade² do cidadão em obter do Estado-juiz resposta jurisdicional efetiva e satisfativa ao dilema levado ao crivo estatal a ser desenvolvido sob o paradigma do Estado Democrático de Direito³.

Eventual interpretação formal do princípio constitucional de acesso à justiça fundamentada na mera existência do Judiciário devidamente constituído, sem relação direta com a efetiva entrega da jurisdição satisfativa, está afastada do elemento sistemático⁴ que envolve o exercício de interpretação do texto constitucional.

O modelo de Estado Democrático de Direito, instituído constitucionalmente exige a interpretação substancial do acesso à justiça, por ser a “expressão popular que resulta na ideia de instituições públicas sólidas e na possibilidade de o cidadão buscar do Estado-Juiz a solução do litígio em que esteja envolvido para defesa de seus direitos” (VALCANOVER, 2014, p. 3).

Figueiredo Teixeira (1993, p. 80) argumenta que “nenhum texto constitu-

² Em decisão proferida nos autos do AgR em SE nº 5206 do STF o Ministro, Carlos Mário da Silva Velloso, por meio de seu voto condutor, afirmou que o direito fundamental de primeira dimensão consagrado no inciso XXXV do art. 5º da CRFB/88 possui natureza restritiva dirigida, exclusivamente, ao legislador, sendo facultado ao cidadão a utilização da jurisdição estatal ou meios alternativos a esta para resolução de conflitos. Para maior aprofundamento sobre o assunto, vide: RENATO HORTA. A necessidade da harmonização e cooperação das justiças estadual e arbitral: novos tempos In: CONPEDI, XXIV, 2015. Aracajú: CONPEDI. 2015. p. 1-17.

³ Sampaio (2013, p. 71) argumenta que o termo Estado Democrático de Direito compreende no mínimo três concepções: um pouco exigente e puramente formal, outra material ou forte, e um terceiro intermediário. Foi escolhida neste artigo a concepção material ou forte em que se desloca o foco das simples enunciações para a prática.

⁴ “Não há, na ordem jurídica, nenhum dispositivo autônomo, autoaplicável. A norma jurídica somente pode ser interpretada e ganhar efetividade quando analisada no conjunto de normas pertinentes a determinada matéria. Quando um magistrado profere uma sentença, não aplica regras isoladas; projeta toda uma ordem jurídica ao caso concreto. O ordenamento jurídico compõe-se de todos os atos legislativos vigentes, bem como das normas costumeiras válidas, que mantêm entre si perfeita conexão. Entre as diferentes fontes normativas, não pode haver contradições. De igual modo, deve haver completa harmonia entre os dispositivos de uma lei, a fim de que haja unicidade no sistema jurídico, ou seja, uma única voz de comando. Para que a ordem jurídica seja um todo harmônico, é indispensável que a hierarquia entre as fontes formais seja preservada.” (NADER, 2014, p. 257)

cional valorizou tanto a 'Justiça', tomada aqui a palavra não no seu conceito clássico de 'vontade constante e perpétua de dar a cada um o que é seu', mas como conjunto de instituições voltadas para a realização da paz social" que a Constituição da República de 1988.

A interpretação conforme a Constituição acerca do acesso à justiça repercute no vigoroso incentivo dos operadores do Direito e dos legisladores em criar meios emancipatórios para que os cidadãos possam resolver de forma consensual e autônoma os conflitos em que estão inseridos.

A resolução de conflitos afastada da concepção heterônoma exige o reconhecimento da autonomia e capacidade privada de resolução de controvérsia, ou seja, do desejo e da disponibilidade em convergir.

3 AUTONOMIA DA VONTADE E A ADEQUADA SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITO: EVOLUÇÃO JURÍDICA

O Código de Processo Civil estabelece em seu art. 166 os princípios informadores da conciliação e mediação, dentre os quais, o princípio da autonomia da vontade.

Todos os princípios fixados, assim como o princípio da autonomia da vontade, possuem concepções deontológicas a determinar que "algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes" (ALEXY, 2008, p. 90).

Observa-se que o caráter deontológico do princípio da autonomia dirigida à resolução consensual de conflitos se dá a *prima facie* enquanto as razões definitivas encontram-se erigidas em regras presentes no capítulo V, "Da audiência de conciliação ou de mediação", do título I, "Do procedimento comum", do livro I, "Do processo de conhecimento e do cumprimento de sentença", da parte especial do CPC.

Cabe destacar, desde logo, que o princípio da autonomia da vontade não se confunde com o princípio da autonomia privada, ainda que, de maneira geral, há autores que utilizam os termos como sinônimos, como adverte Roberta Elzy Simiqueli de Faria (FARIA, 2007, p. 60).

O princípio da autonomia da vontade, desenvolvido no modelo de Estado Liberal, esteve assentado na concepção de liberdade igualdade formal em que a construção normativa era construída livremente pelos envolvidos cabendo

ao Estado-Juiz garantir o cumprimento de acordos avençados e não limitados pelo Estado-Legislador, estando livres as partes para pactuarem aquilo que desejavam.

A autonomia da vontade se mostrava adequado ao paradigma de Estado Liberal, contudo, em virtude, muitas vezes, da ausência de igualdade e liberdade material entre as partes e crescimento dos movimentos sociais no período seguinte ao pós Primeira Guerra Mundial, o Estado capitalista burguês se viu obrigado a abandonar o modelo do Estado Liberal dando início ao modelo de Estado Social⁵, mais organizado, buscando corrigir as divergências por meio de grande regulação da vida pública e privada.

O novo paradigma tornou o direito o maior vetor moral destinado a proporcionar proteção e libertação, voltada à preservação de igualdade material entre os indivíduos em suas relações mútuas (justiça comutativa⁶) ou em suas relações sociais (justiça distributiva⁷) com a finalidade de fazer justiça e alcançar progresso (DIAS, 2003, p. 30-32).

Neste momento “o Estado deixa de ser mero garantidor das relações particulares e passa a intervir na esfera privada” (FARIA, 2007, p. 57) dirigindo e limitando a autonomia da vontade, sem, contudo por fim a ela.

A intervenção estatal alterou os contornos da autonomia da vontade, todavia, o princípio da autonomia da vontade permanece em vigor com maior ou menor influência conforme desejo estatal.

As limitações impostas ao princípio da autonomia da vontade não afastou sua aplicação, contudo, esta deve ser relida como elemento integrante do prin-

⁵ Neste estudo adota-se a seguinte classificação: O Estado Social constitui em ações políticas de intervenção social e econômica no Estado possuindo como marco inicial a política New Deal incentivado por movimento social do início do século XX que tinham como intuito a conquista de direitos sociais. O Estado do bem estar social consiste em programas pontuais de governos desenvolvidos na Europa ocidental e nos Estados Unidos da América no período pós Segunda Guerra Mundial, possuindo como marco o plano Marshall. O Estado-providência constitui-se em políticas públicas sociais e econômicas desenvolvimentistas efetuadas em periféricos, como o Brasil, com o objetivo assistencial de fomentar diretamente setores econômicos e sociais.

⁶ “O argumento da justiça compensatória/comutativa é aquele que afirma a necessidade das políticas de ação afirmativa para compensar as vítimas de uma discriminação passada. A sociedade, ao adotar as referidas políticas, está “promovendo, no presente, uma ‘reparação’ ou ‘compensação’ pela injustiça cometida no passado aos antepassados das pessoas pertencentes a esses grupos sociais.” (BARZOTTO, 2003, p. s.p)

⁷ “diz respeito à necessidade de se promover a redistribuição equânime dos ônus, direitos, vantagens, riqueza e outros importantes ‘bens’ e ‘benefícios’ entre os membros da sociedade.” (GOMES, 2001, p. 66 apud BARZOTTO, 2003, p. s.p)

cípio da autonomia privada (FIÚZA, 2003, p. 311), indispensável à realização de negócios jurídicos e dos atos processuais.

O atual CPC ao disciplinar os auxiliares da justiça assim como as audiências de mediação e conciliação estabeleceu, de forma inarredável, os princípios que devem reger a conciliação e mediação, dentre os quais, explicitamente, o princípio da “autonomia da vontade” conferindo às partes o amplo direito de resolverem seus conflitos, ainda que já judicializados por meios que valorizem a vontade particularizada dos envolvidos.

Contudo, apesar da explícita menção ao princípio da autonomia da vontade no caput do art. 166 do CPC os litigantes estão impedidos de ausentarem ou de não se fazerem representar, injustificadamente, à audiência de conciliação (§8º do art. 334) e mediação (enunciado nº 25 do TJMG e enunciado nº 273 do FPPC).

A limitação imposta ao princípio da autonomia da vontade ainda que lida sob a o viés do princípio da autonomia privada fragiliza os fundamentos da conciliação e mediação, pois sobre o âmago dos institutos paira a principal restrição, submissão obrigatória à audiência prévia.

Contudo, como se observará a seguir a imposição de multa àquele que se ausentar ou deixar de enviar representante, injustificadamente, à audiência de mediação, além de atentar contra os fundamentos do princípio da autonomia da vontade acima delineado, também colide com a autonomia privada, com o Estado de Direito, com a natureza e finalidade da mediação.

4 O ORDENAMENTO JURÍDICO PROCESSUAL E OS CRITÉRIOS OBJETIVOS PARA DESIGNAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE MEDIAÇÃO: NÃO HÁ DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

Inicialmente se mostra relevante analisar o conceito apresentado à mediação com o objetivo de definir seus contornos e sua natureza.

Segundo Adolfo Braga Neto (1999, p. 93) mediação é:

Mediação é uma técnica não-adversarial de resolução de conflitos, por intermédio da qual duas ou mais pessoas (físicas, jurídicas, públicas, etc.) recorrem a um especialista neutro, capacitado, que realiza reuniões conjuntas e/ou separadas, com o intuito de estimulá-las a obter uma solução consensual e satisfatória, salvaguardando o bom relacionamento entre elas.

Ildemar Egger (2008, p. 60):

Mediação é um método extrajudicial, não adversarial, de solução de conflitos através do diálogo. É um processo autocompositivo, isto é, as partes, com o auxílio do mediador, superam o conflito sem a necessidade de uma decisão externa, proferida por outrem que não as próprias partes envolvidas na controvérsia. Ou seja, na mediação, através do diálogo, o mediador auxilia os participantes a descobrir os verdadeiros conflitos, seus reais interesses e a trabalhar cooperativamente na busca das melhores soluções. A solução obtida culminará num acordo voluntário dos participantes. A mediação consegue, na maioria das vezes, restaurar a harmonia e a paz entre as partes envolvidas, pois o mediador trabalha especialmente nas inter-relações. Na mediação, as soluções surgem espontaneamente, reconhecendo-se que a melhor sentença é a vontade das partes.

Observa-se que nos conceitos propostos além da técnica evidente e indispensável ao instituto é apresentado também o objeto teleológico da mediação que corresponde ao intuito de restabelecer o diálogo entre os conflitantes, ou seja, o retorno a um momento anterior em que era possível a interação das partes, sendo forçoso concluir que entre os litigantes já teria havido, em algum tempo, intensa relação amistosa convolada em conflituosa.

Este também é o objetivo e a condição proposta pelo §1º, do art. 2º da Lei nº 13.140, de 26 de julho de 2015, que prevê a possibilidade de fixação de mediação em instrumento contratual, reconhecendo assim a necessidade de ter existido, em momento anterior ao conflito, relações de fidúcia e consensualidade entre as partes, indispensáveis à contratação.

Mesmo Fredie Didier Júnior (p. 274, 2016), para quem a diferença entre mediação e conciliação é sutil ou mesmo inexistente, a mediação seria mais indicada para casos em que exista relação anterior e permanente entre os interessados.

O §3º do art. 165 do CPC, mesmo direcionado à figura do mediador e não propriamente à audiência de mediação, apresenta como finalidade da audiência de mediação o estabelecimento de condições favoráveis ao “reestabelecimento da comunicação”, estabelecendo a necessidade de haver relação intensa entre as partes anteriores ao conflito, além de reconhecer também ao instituto da mediação a sua capacidade emancipatória e suficiente para solucionar conflitos.

Desta forma não resta dúvida que, para que se possa dizer sobre mediação é indispensável a existência de relação intensa e amistosa prévia ao conflito, pois não há como “reestabelecer” algo que não tivesse existido anteriormente.

Contudo, a atuação do mediador em audiência específica e a aplicação de técnicas mediadoras foram relativizadas no Código de Processo Civil, vindo o caderno processual a flexibilizar a atuação tanto do conciliador como do mediador, não condicionando a atuação destes, respectivamente, à ausência ou existência de vínculo entre as partes conflituosas, ou seja, é possível ao conciliador e mediador atuarem em conflitos aos quais existam ou não previa relação amistosa entre as partes, sem que isto desnature o tipo de audiência a ser realizada, se conciliação ou mediação.

Assim, o que temos nos §§ 2º e 3º do art. 165 do CPC é a possibilidade de pessoa capacitada para determinado tipo de procedimento realizar outro ao qual não possui formação técnica, ainda que de forma excepcional, como se verifica do exame sistemático dos parágrafos mencionados combinados com o §1º do art. 334 do mesmo código.

A possibilidade apresentada afasta a precipitada conclusão segunda a qual a definição acerca da natureza da audiência, se conciliação ou mediação, decorreria da escolha do auxiliar capacitado para conciliar ou mediar, justamente porque, nos termos dos §§ 2º e 3º ambos do art. 165, do CPC, os auxiliares da justiça não estão vinculados, rigorosamente, àquilo para o qual foram capacitados⁸.

Observa-se também que a audiência de conciliação e mediação poderá ser realizada por magistrado⁹, conforme inciso V, do art. 139 do CPC, a quem caberá, a qualquer tempo, o dever-poder de realizar audiência visando a autocomposição, ainda que, preferencialmente, com o auxílio de conciliador ou mediador (REDONDO, 2016, p. 223).

Portanto, não será a pessoa ou a formação daquele que preside a audiência que irá determinar sua natureza, ou seja, substancialmente quando o objetivo da audiência for o “reestabelecimento da comunicação” (BRASIL, 2015b) entre as partes submetidas aos contornos estabelecidos pelo Código de Processo Civil, estaremos sempre diante de audiência de tentativa de mediação, assim ainda que o magistrado designe audiência de conciliação ou a audiência preliminar venha a ser presidida por conciliador ou magistrado, a depender de

⁸ O §1º do art. 167 do CPC exige curso de formação aos conciliadores e mediadores conforme parâmetro curricular a ser definido pelo CNJ.

⁹ Enunciado 9 - (art. 165) As audiências de conciliação poderão ser realizadas pelos conciliadores existentes na comarca ou pelo próprio juiz, até que o Tribunal forme o quadro respectivo (TJMG, 2016).

sua finalidade, poderemos estar diante de uma mediação, não sendo possível ao magistrado ou ao auxiliar da justiça desnaturar a espécie de audiência, cuja lei já definiu.

A técnica a ser empregada pelo auxiliar da justiça, mediador ou conciliador, ou ainda pelo magistrado, quando no exercício da função de mediar, deve compreender a investigação das motivações conflituosas que muitas vezes extrapolam as razões jurídicas formalmente trazidas ao Judiciário, para que então consiga aclarar as nebulosas relações pretéritas construídas pelas partes e incentiva-las a encontrar soluções adequadas à resolução de conflitos, conforme estabelecido pelo §3º do art. 165 do CPC, colocando fim a animosidades.

A técnica a ser empregada pelos auxiliares da justiça ou pelo magistrado na mediação consiste em ações voltadas à emancipação das partes para que estas consigam identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios próprios.

Essa autonomia concedida às partes justifica a dispensa da advertência ao mediador que “vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem”¹⁰, porém imposta ao conciliador no §2º do art. 165 do CPC.

Os objetivos traçados pelo Código de Processo Civil exigem que o mediador conheça e desenvolva técnicas necessárias para alcançar a finalidade descrita, sendo esta a razão dos termos fixados no §1º do art. 167 do mesmo diploma legal, relacionadas à habilitação dos auxiliares da justiça.

Porém, utilizando do mesmo raciocínio acima desenvolvido, a luz dos §§ 2º e 3º do art. 165 do CPC, ainda que a pessoa que presida a audiência de mediação não possua qualificação técnica específica, tal fato não afastará a natureza substancial da audiência, cabendo àquele que funcionar como mediador observar o objetivo teleológico do instituto, destinado ao reestabelecimento da comunicação das partes, e as características legalmente fixadas, solução consensual por meio da emancipação, possibilitando assim a mediação.

Diante de tais argumentos temos por afastada a concepção segundo a qual a mediação no atual CPC se resumiria a técnica¹¹ destinada à obtenção de auto-

¹⁰ Idem.

¹¹ Diferente é a concepção adotada pela Lei nº 13.140/2016, segunda a qual: “Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.” (BRASIL, 2015a).

composição, inexistindo, analiticamente, aspectos substanciais a lhe conceder natureza autônoma, sendo forçoso, muito antes pelo contrário, concluir que havendo relação intensa e consensual anterior ao conflito entre as partes a audiência prévia a ser designada será, invariavelmente, a audiência de tentativa de mediação mais complexa e voltada ao restabelecimento amistoso, independentemente de quem irá presidi-la, ou de sua qualificação técnica, cabendo, tem todo caso, observar a finalidade e características impostas pelo Código de Processo Civil.

5 INEXISTÊNCIA DE ATO ATENTATÓRIO À DIGNIDADE DA JUSTIÇA POR AUSÊNCIA INJUSTIFICADA À AUDIÊNCIA DE TENTATIVA DE MEDIAÇÃO

O capítulo V, do título I, do livro I da parte especial do CPC, composto unicamente pelo art. 334, regula a audiência prévia de tentativa de conciliação ou mediação.

No único artigo referido tem-se explícita a dicotomia entre as audiências de conciliação e mediação a que os artigos pretéritos já haviam relatados, primeiramente em virtude do título atribuído ao capítulo V, “da audiência de conciliação ou de mediação”, em que o legislador utilizou o conectivo excluyente, ou, para diferir os tipos de audiência, construindo a semântica segundo a qual determinado tipo de audiência, condicionalmente, exclui a outra.

Ainda, tanto no caput como nos parágrafos do referido artigo, o legislador cuidou de repetir de forma exaustiva os termos “audiência de conciliação” e/ou “audiência de mediação”, ainda que em sua ampla maioria as disposições se referissem a ambos os tipos de audiência prévia, fato que deixa explícita a intenção de destacar que os dispositivos são aplicados a ambos os tipos previstos de audiências prévias e a sua autonomia frente à outra espécie de auto-composição.

Contudo, ao tratar no §8º acerca do não comparecimento injustificado do autor, do réu ou de ambos à audiência prévia e suas consequências, o legislador somente considerou como ato atentatório à dignidade da justiça a ausência injustificada à audiência de conciliação nada tratando acerca da audiência de mediação, apesar desta ser reiteradas vezes mencionada tanto em parágrafos anteriores como ulteriores.

A ausência da previsão da audiência de mediação no §8º do art. 334 do CPC não nos parece compreender lapso do legislador e tampouco deve ser compreendida como forma a conceder semântica sinonímia aos institutos da conciliação e mediação, tratando-se de escolha legislativa consciente e adequada.

De forma contrária posiciona-se Eduardo Cambi (2015, p. 887) quando comenta:

Ademais, embora o art. 334, §8º, do NCPC tenha se referido apenas à audiência de conciliação, a sanção pelo não comparecimento também deve ser imposta a ausência na audiência designada para mediação, pois a interpretação sistemática do NCPC impede a existência de tratamento diferenciado entre ambos os meios, igualmente relevantes, de autocomposição.

Em que pese o posicionamento do autor, salvo melhor juízo, a interpretação sistemática não nos leva à conclusão a que ele chegou, pois, como já argumentado anteriormente, em todo o capítulo V examinado o legislador frisou, quando assim desejou, de forma até mesmo redundante, a necessária implicação das disposições tanto às audiências de conciliação como de mediação, deixando de proceder da mesma forma justamente no §8º do art. 334 do CPC, em que trata exclusivamente da audiência de conciliação.

Portanto, acreditamos que a ausência de audiência de mediação no referido parágrafo trata-se de escolha legislativa implícita e explícita, tendo em vista que, o legislador quando quis apontou precisamente quando pretendia aplicar dispositivos às espécies de audiência, se conciliação e/ou mediação.

Ainda que para nós o texto legal se apresente de forma clara e incontestável, ou seja, somente admitindo condenação a multa prevista por ato atentatório à dignidade da justiça quando a parte, injustificadamente, se ausentar ou não enviar representante com poderes suficientes à audiência de conciliação¹², o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) e o Fórum Permanente de Processo Civil (FPPC) editaram, respectivamente, os seguintes enunciados:

¹² Autores como THEODORO JÚNIOR, et al (p. 242 e 243, 2016), REDONDO (p. 225 e 226, 2016) e DIDIER JÚNIOR (p. 274, 2016) se resumem a transcrever em suas respectivas obras a literalidade do texto normativo, restringindo a possibilidade de aplicação da multa por ato atentatório à dignidade da justiça à parte que, injustificadamente, se ausentar da audiência de conciliação, sem contudo problematizar a afirmativa, não sendo possível afirmar com segurança desejada o posicionamento de cada um deles.

Enunciado 25 - (art. 334, §8º) A multa pelo não comparecimento injustificado da parte será imposta no termo da própria audiência de conciliação ou mediação e fixado o prazo para pagamento.

Enunciado 273 - (art. 250, IV; art. 334, § 8º) Ao ser citado, o réu deverá ser advertido de que sua ausência injustificada à audiência de conciliação ou mediação configura ato atentatório à dignidade da justiça, punível com a multa do art. 334, § 8º, sob pena de sua inaplicabilidade. (Grupo: Petição inicial, resposta do réu e saneamento).

Os enunciados acima colacionados refletem o fanatismo (NEVES, 2016, p. 820) pela resolução consensual do conflito a qualquer custo, inclusive por meio de proposições sem fundamento legal ou contrários à natureza consensual das audiências de mediação, servindo a ameaça da multa a ser imposta como meio coercitivo ao comparecimento à audiência prévia ainda que eventual acordo conserve-se no plano da eventualidade ou faculdade.

Mesmo que nos respectivos enunciados destinados a orientar as interpretações a serem aplicadas ao Código de Processo Civil não restem fixados, expressamente, o acolhimento do posicionamento segundo o qual haveria sinonímia entre os institutos da conciliação e mediação, como defendido por Freddie Didier Júnior (DIDIER JÚNIOR, 2016, p. 274), é forçoso crer que tanto o Tribunal de Justiça mineiro como o Fórum Permanente de Processualistas Cíveis adotem tal entendimento, pois, como se verifica no texto legal, a sanção a ser aplicada por ausência injustificada a audiência está restrita à espécie conciliação.

Observa-se que a escolha legislativa pela exclusão da audiência de mediação ditada no §8º do art. 334 do CPC é adequada, pois, considerando as duas espécies de audiência prévia, conciliação ou mediação, a necessária apresentação recíproca das partes ou de seus respectivos representantes, assim como a sugestão de soluções para o fim do litígio com o objetivo de reduzir o número de processos a serem julgados pelo Estado-Juiz se faz presente na audiência de conciliação, sendo relevante oportunizar às partes a possibilidade de estabelecer relação interpessoal com auxílio intenso do conciliador visando construir soluções dialógicas para por fim ao conflito jurídico, que tenha origem em desentendimentos sobre temas únicos decorrente de efêmera relação anterior.

Algo diferente das audiências de mediação em que as partes possuem relação jurídica anterior intensa e o objeto conflituoso, ainda que jurídico, se tornou conflituoso por múltiplas e complexas razões, sendo necessária a presença

de um terceiro, mediador, para então auxiliar os envolvidos a solucionarem não apenas da demanda levada ao judiciário, mas o conflito, que, mesmo não jurídico circundam o litígio, restabelecimento da comunicação.

Observa-se que a finalidade e o desenvolvimento da audiência de mediação são mais amplas e profundas, sendo para tanto indispensável o desejo das partes em participar do procedimento, desejo esse livre e gracioso não como resultado de imposição jurídica, ainda que limitada apenas ao comparecimento em audiência, conforme princípio da autonomia de vontade a que alude o *caput* do art. 166 do CPC.

Vale também destacar que todas as condutas ditas como atentatórias à dignidade da justiça e sujeitas a sanção dispostas no atual CPC, são apresentadas em *numerus clausus*, inadmitindo de tal maneira, interpretação extensiva como se infere dos dispositivos seguintes dispositivos, art. 77, IV, VI e seus parágrafos; art. 161, parágrafo único; art. 772, II; art. 774 e parágrafo único; art. 777; art. 903, §6º; e art. 918, parágrafo único.

Portanto, temos que a conduta atentatória à dignidade da justiça a que se refere o art. 334, §8º do CPC exige tipicidade formal, assim como as demais catalogadas no atual Código de Processo Civil, cuja subsunção do fato a norma é indispensável para aplicação da sanção.

Em virtude do exposto temos que obrigar as partes a se reunirem pessoalmente, ou ainda que por preposto (§10, do art. 334 do CPC) em audiência de mediação, sob a ameaça de multa, poderá causar maior constrangimento e hostilidade entre os envolvidos, algo que justifica a escolha legislativa pela inaplicabilidade de sanção pecuniária ao que se ausentar, injustificadamente, à referida audiência, em virtude de sua natureza, sendo ainda forçoso afirmar que as condutas catalogadas no atual CPC como atentatórias à dignidade da justiça são dispostas em rol taxativo, não admitindo interpretação extensiva, não sendo razoável aplicar sanção destinada apenas a ausência injustificada em audiência de conciliação também na mediação, por ausência de previsão legal e ausência de sinonímia entre os institutos.

Portanto, torna-se indispensável o reconhecimento da autonomia da mediação, desvinculada da conciliação, assim como a fixação de critérios objetivos para a sua definição a afastar arbitrariedades e conceder interpretação adequada do §8º do art. 334 do CPC, por meio da análise dos dispositivos pertinentes.

6 CONCLUSÕES

O atual Código de Processo Civil reconheceu o sistema multiportas de acesso à justiça voltando à necessária entrega da jurisdição satisfativa, por meio de processos constitucionais democráticos, reconhecendo a emancipação cidadã e a capacidade humana de resolução autônoma de conflitos.

As resoluções de conflitos possuem maior amplitude que as resoluções das demandas judiciais que, em determinados casos, agravavam a hostilidade entre os envolvidos, fato que, juntamente com a morosidade das decisões judiciais, justificou a maior abertura reconhecida pelo atual CPC a meios consensuais como regra a solucionar litígios.

A resolução consensual de conflitos assenta-se no princípio da autonomia da vontade, a qual o art. 166 do CPC, expressamente, faz referência. A autonomia da vontade como supedâneo à resolução de conflitos levados à jurisdição estatal encontra na conciliação e mediação a possibilidade de se desenvolver.

Na conciliação o objetivo é a resolução do conflito por meio do diálogo entre as partes conduzido por terceiro, que possui maior liberdade para auxiliar os envolvidos a encontrarem resoluções para divergências jurídicas sobre situação singular que lhe levou ao litígio.

Por outro lado, na mediação, o litígio levado ao Judiciário possui ramificações em situações intensas e pretéritas, nem sempre exclusivamente jurídicas, sendo importante que as ações práticas em seu exercício tenham como objetivo o reestabelecimento da comunicação anteriormente existente até então perdida ou conturbada entre as partes, possuindo assim, natureza complexa e diversa da conciliação ao se destinar a resolução estrutural dos conflitos existentes entre as partes e não apenas da demanda levada ao crivo do Judiciário.

Portanto, a designação de audiência se conciliatória ou mediadora não comporta discricionariedade do magistrado, pois, cada qual possui natureza e finalidade específica, sendo determinante para tanto observar a complexidade, natureza, existência e o grau de intensidade das relações anteriores ao litígio que envolve as partes para que então se defina a espécie de audiência preliminar a ser designada, algo importante em virtude da sanção fixada no §8º do art. 334 do CPC.

O artigo 334 do CPC disciplina a obrigatoriedade, em regra, da audiência prévia, tratando no seu caput assim como em quase todos os seus parágrafos,

concomitantemente, das duas espécies de audiência, conciliação e mediação.

Contudo observando o §8º do art. 334 do CPC verifica-se que o legislador optou por não atribuir à ausência injustificada da parte ou de seu representante à audiência de mediação a pecha de ato atentatório à dignidade da justiça e, por consequência, a multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, a ser revertida em favor da União ou do Estado, estando a penalidade reservada, exclusivamente, às audiências de conciliação.

A opção legislativa pela inaplicabilidade de multa por ato atentatório à dignidade da justiça àquele que se ausentar, injustificadamente, da audiência de mediação se mostra adequado em virtude da natureza do instituto, assim como de seus objetivos, pois, conforme o momento ou a situação em que as partes estão envolvidas, a mediação poderá prejudicar o reestabelecimento da comunicação já fragilizada entre as partes.

Assim, é forçoso concluir que a mediação constitui espécie autônoma ao lado da conciliação, não se confundindo com esta, sendo também evidente a inexistência de previsão legal a sustentar a aplicação de multa por ato atentatório à dignidade da justiça àquele que se ausentar, injustificadamente, de audiência de mediação.

Restaram demonstrado que o legislador em todo o art. 334, que trata sobre as audiências de conciliação e mediação, quando quis, identificou detidamente a qual espécie deveria ser aplicada as regulamentações, sendo evidente a escolha legislativa, o que, afasta argumentos direcionados a eventual lapso do legislador.

Também foi observado que as condutas fixadas como atentatórias à dignidade da justiça são apresentadas no atual CPC em *numerus clausus* não se admitindo a interpretação extensiva de seus institutos em virtude da tipicidade formal, não sendo possível a subsunção da conduta ao dispositivo legal deve ser afastada a sanção prevista.

Portanto, temos que a aplicação da sanção prevista no §8º do art. 334 do CPC somente é cabível nos casos em que a parte se ausentar pessoalmente ou deixar de apresentar preposto com poderes suficientes, de forma injustificada, em audiência de conciliação, deixando as partes de se manifestarem, expressamente, pelo desinteresse na composição consensual, ou, quando não se admitir a autocomposição, não se estendendo à audiência de mediação face sua natureza jurídica, determinação legal, escolha legislativa e interpretação sistemática de todos os dispositivos que envolvem o tema.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008;

BAZOTTO, Luiz Fernando. Justiça Social: Gênese, estrutura e aplicação de um conceito. **Revista Jurídica Virtual**. Brasília, V 5, n° 48, mai. p. s.p. 2003;

BRAGA, Rodrigo Bernardes. **Teoria e prática da arbitragem**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009;

BRAGA NETO, Adolfo. **Os advogados, os conflitos e a mediação**. In: OLIVEIRA, Ângela (coord.) **Mediação: métodos de Resolução de Controvérsias**. São Paulo: LTr, 1999;

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao-compilado.htm. Acessado em 09 abr 2017;

BRASIL, **Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968**, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5478.htm. Acessado em 08 abr 2017;

BRASIL, **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm. Acessado em 08 abr 2017;

BRASIL, **Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994**, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8952.htm#art1. Acessado em 08 abr 2017;

BRASIL, **Lei nº 9.245, de 26 de dezembro de 1995**, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9245.htm#art1. Acessado em 08 abr 2017;

BRASIL, **Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005**, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11232.htm#art4. Acessado em 08 abr 2017;

BRASIL, **Lei nº 11.382, de 6 de dezembro de 2006**, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11232.htm#art4. Acessado em 08 abr 2017;

BRASIL, **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015a**, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acessado em 09 abr 2017;

BRASIL, **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015b**, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acessado em 09 abr 2017;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Sentença Estrangeira nº 5206**. Agravante: M B V commercial and export management establishment. Agravado: Evandro Catunda de Clodoaldo Pinto e outros. Ministro Relator: Carlos Mário da Silva Velloso. DJ: 30 abr 2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador-pub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889>. Acessado em 09 abr 2017;

CAMBI, Eduardo. **Audiência de conciliação ou de mediação**. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. DIDIER JÚNIOR, Fredie. TALAMINI, Eduardo. DANTAS, Bruno (coord.) Breves comentários ao novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015;

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo do Judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009;

CAPPELLETTE, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002;

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**, disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/Resolucao_n_125-GP.pdf. Acessado em 08 abr 2017;

DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Direito Administrativo pós-moderno**. Belo Horizonte: Mandamentos. 2003;

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao Direito Processual Civil, parte geral e processo de conhecimento**. Vol. 1. Salvador: Jus Po-divm, 2016;

EGGER, Ildemar. **Cultura da paz e mediação**: uma experiência com adolescentes. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008;

FACHIN, Luiz Edson; GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. Hermenêutica da vontade como princípio informador da mediação e conciliação. **Revista de informações legislativa**, Brasília, ano 48, nº 190, abr/jun 2011.

FARIA, R. E. S. **Autonomia da vontade e autonomia privada**: uma distinção necessária. In: Direito civil: da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais. César Fiúza, Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves (Org.). Belo Horizonte: Del Rey, 2007;

FIGUEIREDO TEIXEIRA, Sálvio. **As garantias do cidadão na Justiça**. São Paulo: Saraiva. 1993;

FIÚZA, César. **Direito civil**: curso completo. 7ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003;

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. **Enunciados**. Disponível em: <http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>. Acessado em: 22 abr 2017;

GALVÃO, F. K.; GALVÃO FILHO, M. V. **Da mediação e da conciliação na definição do novo código de processo civil**: art. 165. In: A mediação no novo Código de Processo Civil. Diogo Assumpção Rezende de Almeida; Fernanda Medina Pantoja; e Samantha Pelajo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2016;

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do Direito**. Rio de Janeiro: Forense. 2014;

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016;

REDONDO, B. G. **Conciliação e mediação**. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Temas essenciais do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016;

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey. 2013;

SILVA, A. H. **Arbitragem, mediação e conciliação**. In: Mediação, arbitragem e con-

ciliação. Eduardo de Oliveira Leite (Org.). Rio de Janeiro: Forense, 2008;

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2016;

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **Enunciados sobre o Código de Processo Civil/2015**. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/data/files/D3/80/B8/74/089835108C58A735DD4E08A8/enunciados-novo-cpc.pdf>. Acessado em: 22 abr 2017;

VALCANOVER, Fabiano Haselof. O princípio do acesso à justiça após a Emenda Constitucional nº 45/2004. **Revista Páginas de Direito**, Porto Alegre, ano 14, nº 1104, 30 jan 2014.

POSSÍVEIS CONTRIBUIÇÕES DA ARGENTINA NA IMPLEMENTAÇÃO DA MEDIAÇÃO NO BRASIL

POSSIBLE CONTRIBUTIONS OF ARGENTINA IN THE IMPLEMENTATION OF MEDIATION IN BRAZIL

Peter Panutto¹

Marília Morasca Monteleone²

Recebido em: 11/05/2017

Aprovado em: 03/09/2017

RESUMO

Diante da previsão expressa no Novo Código de Processo Civil e também na Lei nº 13.140/15, a mediação ganhou extrema importância no Brasil como meio de solução de conflitos. Entretanto, tal realidade vem gerando questões de ordem prática, referentes à infraestrutura disponível para a realização das sessões de mediação, à formação e capacitação de mediadores qualificados e suficientes para suprir a demanda e também à remuneração destes profissionais. Neste contexto, este artigo reflete sobre problemas a serem enfrentados pelo Poder Judiciário

¹ Doutor e Mestre em Direito pela Instituição Toledo de Ensino. Professor de Direito Processual Civil, Direito Constitucional e Diretor do Curso de Direito da PUC – Campinas. Prof. Dr. da PUC Campinas e Advogado.

² Bacharel em Direito pela PUC – Campinas e Advogada.

na implementação desse meio consensual e sugerir possíveis adequações que possam ser feitas no modelo brasileiro de mediação, com base na bem sucedida experiência argentina na implantação da mediação.

PALAVRAS-CHAVE

Sistema Multiportas; Acesso à Justiça; Mediação; novo Código de Processo Civil; Lei de Mediação.

ABSTRACT

In view of the provision expressed in the New Code of Civil Procedure and also in Law No. 13.140 / 15, mediation has become extremely important in Brazil as a means of resolving conflicts. However, this reality has generated practical questions regarding the infrastructure available to conduct the mediation sessions, the training and qualification of qualified mediators and sufficient to meet the demand and also the remuneration of these professionals. In this context, this article reflects on problems to be faced by the Judiciary in the implementation of this consensual environment and suggest possible adjustments that may be made in the Brazilian model of mediation, based on the successful Argentine experience in the implementation of mediation

KEY-WORDS

Multi-door system; Access to Justice; Mediation; New Code of Civil Procedure; Mediation Law.

1) CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Os meios consensuais de solução de conflito, dentre os quais se encontra a mediação, vêm crescendo em importância, visto que a lei tem estimulado a utilização de meios autocompositivos, em detrimento da via estritamente judicial, com decisão de mérito prolatada pelo juízo. Tal preocupação se refletiu no Novo Código de Processo Civil (NCPC), sendo uma de suas propostas a superação da percepção atual de que existe o meio judicial e que todos os demais são meros meios alternativos, desenvolvendo-se, assim, uma noção de que existem outras formas possíveis para se resolver o litígio, igualmente importantes ao processo civil contemporâneo.

Além do NCPC, a Lei nº 13.140/15, conhecida como Lei da Mediação, também veio contribuir para melhor regulamentar a mediação. Entretanto, as disposições trazidas por essas leis geram questionamentos de ordem prática, visto que a atual infraestrutura do Poder Judiciário ainda é insuficiente e inadequada para a nova realidade de crescente demanda pelo serviço de mediação, decorrente de sua obrigatoriedade como audiência inicial no procedimento comum.

Desse modo, o presente trabalho se presta a refletir sobre alguns problemas estruturais e profissionais a serem enfrentados pelo Poder Judiciário na implementação da mediação, tais como a criação dos centros judiciários de mediação, as parcerias com as câmaras privadas de mediação, a utilização da mediação *online*, os requisitos para se tornar mediador, e, por último, a remuneração desses profissionais. Além disso, são sugeridas possíveis adequações ao modelo brasileiro de mediação com base na experiência argentina.

2) O SURGIMENTO DA MEDIAÇÃO NO BRASIL E O SISTEMA DO TRIBUNAL MULTIPORTAS

Durante muito tempo tem predominado a resolução de conflitos por meios heterocompositivos, destacando-se a jurisdição como um dos

meios mais procurados para solucionar litígios, o que tem gerado congestionamento de processos nos tribunais. Diante de tal fato, vários países começaram a buscar formas alternativas ao processo judicial, optando, em sua maioria, pelos meios autocompositivos como formas de “descongestionar” os órgãos jurisdicionais e garantir maior acesso à justiça, função esta que nunca foi apenas do Poder Judiciário, mas sim uma finalidade do Estado, o qual pode incentivar a solução dos conflitos no âmbito estatal ou fora dele, por meio de vários métodos privados.³

A edição da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que dispõe sobre a “Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesse no âmbito do Poder Judiciário”, foi muito positiva para estimular os meios consensuais. Tal Resolução considerou a relevância de organizar e uniformizar os serviços dos meios consensuais e tentou estabelecer algumas diretrizes para auxiliar o Poder Judiciário na implantação de uma política mais efetiva de tratamento dos litígios. Assim, entende-se que esta Resolução consolidou no Brasil a implantação do que se tem chamado de Tribunal Multiportas, um sistema pelo qual o Estado:

coloca à disposição da sociedade alternativas variadas para se buscar a solução mais adequada de controvérsias, especialmente valorizados os mecanismos de pacificação (meios consensuais), e não mais restrita a oferta ao processo clássico de decisão imposta pela sentença judicial. Cada uma das opções (mediação, conciliação, orientação, a própria ação judicial contenciosa etc.), representa uma “porta”, a ser utilizada de acordo com a conveniência do interessado, na perspectiva de se ter a maneira mais apropriada de administração e resolução do conflito.⁴

³ Por meio da heterocomposição o litígio é solucionado por um terceiro (magistrado, árbitro) com poderes para tanto e cuja decisão irá vincular as partes conflitantes, que ficarão submetidas a tal decisão, mesmo que esta não corresponda aos seus respectivos interesses. Na autocomposição um terceiro pode participar como facilitador da comunicação entre as partes, podendo até fazer propostas de solução, dependendo do caso concreto, porém, o resultado final depende apenas da vontade dos interessados. (CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem: Mediação, Conciliação, Resolução CNJ 125/2010. 4ª Ed. Ver. Atual. E Ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 41-42).

⁴ CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem: Mediação, Conciliação. Resolução CNJ 125/2010. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 58.

Esse sistema teve como base o modelo americano *multidoor courtroom*, adotado pelos EUA desde 1970, pelo qual o Poder Judiciário apenas em último caso deve ser o gestor do conflito.

Como consequência da Resolução nº 125/2010 do CNJ, no ano de 2011, enquanto seguiam-se discussões sobre o projeto do NCPC, surgiu uma proposta de regulamentação da mediação com um detalhamento próprio, o que resultou na Lei da Mediação (Lei nº 13.140/2015) de modo que atualmente no Brasil tanto o NCPC quanto a Lei nº 13.140/15 estão disciplinando a mediação, sendo que a Lei de Mediação traz disposições sobre a mediação extrajudicial, câmaras privadas de mediação, bem como sobre a autocomposição envolvendo entes da Administração Pública.

3) A MEDIAÇÃO NA ARGENTINA E UMA COMPARAÇÃO INICIAL COM O SISTEMA BRASILEIRO DE MEDIAÇÃO

A Argentina se destacou ao colocar em seu ordenamento jurídico outras formas de resolução de disputas, além da tradicional tutela jurisdicional. Em 1991 iniciou-se a implementação de programas consensuais no país, com várias iniciativas para estimular a mediação⁵, destacando-se a Lei nº 24.573 de 1995, que instituiu a mediação no país⁶, sendo posteriormente derogada pela Lei nº 26.589 de 2010, atual lei que regulamenta o instituto na Argentina.

A Lei nº 26.589 de 2010 instituiu a mediação obrigatória e prévia a todo processo judicial, na tentativa de se solucionar a demanda extrajudicialmente⁷, antes de se iniciar uma disputa judicial. Desse modo, no caso de a autocomposição restar infrutífera, a parte deve juntar a ata expedida pelo escritório responsável pela mediação em

⁵ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos Conflitos Cíveis*. 2ª Ed., Ver. Atual. E Ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2015. Pág. 186.

⁶ AMARAL, Márcia Terezinha Gomes. *O Direito de Acesso à justiça e a Mediação*. 2008. 154f. Dissertação (mestrado em Direito e Políticas Públicas) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Ciências Sociais. Distrito Federal, Brasília.

⁷ ARTÍCULO 1º, Ley 26.589.

sua petição inicial para, então, ajuizar a ação judicial, pois a prova da tentativa de mediação é um requisito para que a demanda seja admitida no Judiciário⁸, sendo facultativa a mediação prévia nos casos de execução e despejos⁹.

Ainda pela Lei nº 26.589 de 2010, para ser mediador é necessário ser advogado com três anos de registro, provar ter feito o treinamento exigido pela regulamentação, ser aprovado em exame de aptidão, estar atualmente inscrito no Registro Nacional de Mediação e, por último, cumprir os demais requisitos eventualmente estabelecidos por outros regulamentos¹⁰. Cumprindo esses requisitos e uma vez inscrito como mediador, o profissional poderá ser designado por acordo entre as partes conflitantes, quando estas escolherem o mediador por convenção escrita; por sorteio; por proposta do requerente ao requerido, que irá selecionar um mediador de uma lista; ou ainda, durante a tramitação do processo, na qual o juiz poderá, apenas uma vez, submeter o caso ao procedimento de mediação, ficando o processo, nesse caso, suspenso por certo prazo¹¹.

Realizada a audiência de mediação¹² e havendo acordo entre as partes, o mediador, os interessados e os advogados irão assinar a ata da audiência e o procedimento consensual terminará. Na hipótese de não haver acordo, será lavrada ata com a assinatura de todos os envolvidos e o requerente poderá ajuizar a ação judicial para resolver a disputa.¹³

⁸ ARTICULO 2º, Ley 26.589.

⁹ ARTICULO 6º, Ley 26.589. O artigo 5º da Lei 26.589/10 traz alguns casos que não se submetem ao procedimento de mediação prévia obrigatória, tais como causas penais, ações envolvendo separação e divórcio, nulidade de casamento, filiação e pátrio poder e adoção, exceto as questões patrimoniais derivadas delas, declaração de incapacidade, casos em que o Estado ou alguma de suas entidades indiretas sejam parte, dentre outras hipóteses previstas no mencionado artigo.

¹⁰ ARTICULO 11, Ley 26.589.

¹¹ ARTICULO 17, Ley 26.589.

¹² Em regra, o prazo para ser realizada a mediação é de 60 dias corridos, contados da última notificação ao requerido (artículo 20, Ley 26.589).

¹³ ARTICULO 27, Ley 26.589.

No que diz respeito aos honorários dos mediadores, a lei afirma que os mediadores receberão, por seu desempenho na mediação, honorário básico cujo montante e condições de pagamento serão fixadas por regulamentação do Poder Executivo.¹⁴

Já no modelo brasileiro a mediação não é um requisito para se ajuizar ação judicial, mas algo que deve, obrigatoriamente, ser tentado em audiência no início do procedimento, salvo se ambas as partes expressamente manifestem a vontade de não tentar a composição ou se não se tratar de caso passível de autocomposição¹⁵. Há também a possibilidade de mediação extrajudicial¹⁶.

Além disso, enquanto na Argentina se transferiu para o setor privado a responsabilidade de tentar mediar os interessados, no Brasil é função do Poder Judiciário fornecer uma estrutura que possibilite a mediação, não se excluindo a possibilidade de solução do conflito extrajudicialmente pelas Câmaras Privadas de Mediação¹⁷. Neste sentido o NCPC e a Lei de Mediação preveem que os tribunais deverão criar centros judiciários de solução consensual de conflitos, sendo estes responsáveis por realizar as sessões e audiências de mediação, bem como desenvolver programas voltados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição entre as

¹⁴ ARTICULO 35, Ley 26.589.

¹⁵ Art. 334, § 4º, incisos I e II, NCPC. Caso apenas uma das partes ou ambas tenham interesse em realizar a audiência de mediação, o juiz irá designá-la e o procedimento, realizado por um mediador, deverá ser concluído em até 60 dias, ressaltando-se que é possível haver mais de uma sessão de mediação (art. 334, *caput* e §2º do NCPC; arts. 27 e 28 da Lei 13.140/15). No caso de apenas um interessado manifestar desinteresse na autocomposição, seja ele o requerente ou requerido, tal fato não impede que a audiência/sessão de mediação seja designada. Se houver acordo na audiência de mediação, os autos são encaminhados ao magistrado, que irá arquivar o processo e, desde que requerido pelos mediados, homologará o acordo por sentença, bem como o termo final da mediação e determinará o arquivamento do processo (art. 28, parágrafo único, Lei 13.140/15).

¹⁶ Além da mediação judicial, caso as partes queiram tentar a autocomposição extrajudicialmente, basta que um dos interessados faça o convite para iniciar o procedimento de mediação extrajudicial, por qualquer meio de comunicação, devendo estipular o escopo proposto para a negociação, a data e o local da primeira reunião (art. 21, Lei 13.140/15). Também é possível a previsão contratual de mediação, também chamada de cláusula de mediação, a qual exige que algumas informações mínimas sobre o procedimento devem constar no contrato (art. 22 e parágrafos, Lei 13.140/15).

¹⁷ A mediação extrajudicial é feita "sem o auxílio de componentes dos quadros jurisdicionais", enquanto a mediação será judicial "quando efetivada no curso de uma demanda já instaurada". (TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos Conflitos Cíveis*. 2ª Ed., Ver. Atual. E Ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2015. p. 280-284.)

partes¹⁸. Portanto, no Brasil, o Poder Judiciário assume a função de fornecer a infraestrutura para a mediação, ficando a cargo de cada tribunal a composição e organização dos referidos centros, desde que observada a Resolução 125/10 do CNJ.

Diferentemente da Argentina, no Brasil não se exige que o mediador seja Bacharel em Direito ou advogado, sendo possível que um profissional de qualquer área seja mediador. Isso porque para ser mediador, principalmente judicial, é obrigatório ter certificado de participação em curso de capacitação de mediação ministrado por entidades devidamente credenciadas e ser graduado há pelo menos 2 anos em curso de ensino superior de instituição devidamente reconhecida¹⁹, salvo se o mediador for escolhido pelas partes para atuar no procedimento extrajudicial de mediação, hipótese em que qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação pode ser mediador extrajudicial²⁰. Quando cumprir esses requisitos de capacitação mínima determinados em lei, o profissional poderá requerer sua inscrição no Cadastro Nacional de Mediadores sob a responsabilidade do CNJ, podendo, a partir deste momento, atuar como mediador.

No Brasil a remuneração dos mediadores judiciais será custeada pelas partes, conforme tabela de honorários definida pelos tribunais²¹, enquanto que na mediação extrajudicial o estabelecimento dos honorários se dá pelo próprio mediador ou pela Câmara Privada à qual ele está vinculado,

¹⁸ Art. 165, NCPC e art. 24, Lei 13.140/15.

¹⁹ Art. 167, caput e §1º, NCPC e art. 11, Lei 13.140/15.

²⁰ Art. 9º, Lei 13.140/15. Percebe-se que para atuar como mediador extrajudicial é preciso ter capacidade civil (requisito objetivo), confiança das partes (requisito subjetivo) e capacitação para mediar, porém este último requisito não está detalhadamente previsto na lei. Assim, é possível entender que o mediador extrajudicial não precisa, necessariamente, ter participado em curso de capacitação para mediação, bastando ele ter habilidades em mediar, enquanto o mediador judicial, mesmo quando escolhido pelas partes, precisa cumprir os requisitos de capacitação mínima previstos em lei.

²¹ Art. 169, NCPC. Ressalta-se, entretanto, que a ressalva do art. 169 quanto à hipótese do § 6º do art. 167 foi um equívoco, visto que este último dispositivo não traz nada a respeito da remuneração dos mediadores. Essa referência do art. 169 se vinculava à redação anterior do projeto de lei do CPC, a qual sofreu alteração durante seu processo legislativo. (SAMANTHA, Fernanda Medina Pantoja. A mediação no novo código de processo civil. Coordenação Diogo Assunção Rezende de Almeida. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 165).

cabendo às partes efetuar o pagamento, salvo nos casos em que for deferida gratuidade da mediação, tanto judicial como extrajudicial²².

4) QUANTO À INFRAESTRUTURA PARA REALIZAR MEDIAÇÃO

Diante da previsão de criação pelos tribunais de centros judiciários de solução consensual de controvérsias para realizar as sessões de mediação há necessidade de se conceber toda uma estrutura física para atender o aumento na demanda pela mediação, devido à obrigatoriedade prevista em lei. Além dos centros judiciais, a lei estabelece que os entes federativos também devem criar suas próprias câmaras de mediação para tentar solucionar conflitos no âmbito administrativo²³.

Portanto, nota-se que há um desafio estrutural e gerencial a ser enfrentado pelo Poder Judiciário principalmente porque, em termos administrativos, a composição e a organização dos referidos centros ficará a cargo dos respectivos tribunais, observadas as disposições das normas do CNJ.

Tendo em vista que a audiência de mediação será realizada “em um espaço próprio, pensado e adequado para um momento informal e capaz de colocar as partes em uma situação confortável para a negociação e empoderamento” a implantação da mediação enseja ampliação na infraestrutura judiciária, além de “designar servidores, criar infraestrutura de abastecimento, de tecnologia da informação, organizar rotinas

²² Art. 4º, §2º, Lei 13.140/15. Tendo em vista que essa possibilidade de gratuidade da mediação está nas disposições comuns, é possível concluir que até para a mediação extrajudicial a parte hipossuficiente pode requerer a Justiça Gratuita. Inclusive, o NCPC também prevê o dever dos Tribunais de determinar um percentual de audiências não remuneradas a serem suportadas pelas Câmaras Privadas de Mediação, com o fim de atender aos processos em que deferida gratuidade da justiça, como contrapartida de seu credenciamento (art. 168, §2º, NCPC). Dessa forma, uma Câmara Privada que deseje atuar em parceria com o Poder Judiciário precisa concordar em realizar determinado número de sessões de mediação gratuitamente para poder se credenciar e fornecer seu serviço de mediação.

²³ O art. 32 da Lei 13.140/15 utiliza a expressão “poderão criar” enquanto a o art. 174 do NCPC (Lei 13.105/15) fala que os entes federativos “criarão câmaras de mediação e conciliação”. Diante da controvérsia, considerando que o poder público é um dos maiores litigantes no Brasil, correto é se considerar a obrigatoriedade estabelecida no NCPC, visando desafogar o Poder Judiciário.

e procedimentos”.²⁴ Os referidos centros judiciários, além de realizar as audiências e sessões de mediação, também será responsável pelo atendimento, orientação e estímulo aos meios consensuais.

A criação destes órgãos, dotados de certa autonomia em relação às unidades judiciais, é essencial para o funcionamento do modelo de processo civil proposto pelo CPC/2015, em que as tarefas de conciliação/mediação, preferencialmente, não serão afetas ao magistrado.²⁵

Enquanto a estrutura judiciária estiver em processo de implementação para atender a crescente demanda de meios consensuais poderiam ser celebradas parcerias e convênios com as Câmaras Privadas de Mediação, visto que elas, por se focarem na prestação de serviços de mediação, possuem corpo de mediadores profissionais, que já fizeram cursos e dominam técnicas necessárias para auxiliar as partes na mediação. Para isso, tais câmaras deveriam se inscrever nos cadastros dos tribunais locais caso desejem atuar juntos deles.

Para se viabilizar a mediação, deve ser fomentada a utilização da mediação por meio eletrônico²⁶, podendo-se contar, principalmente, com a estrutura das já mencionadas Câmaras de Mediação Privadas para oferecer, não apenas atendimento presencial, mas também por vídeo videoconferência. Dessa forma, por meio da mediação *on line*, seria possível às comarcas presentes em grandes centros, as quais, em geral, dispõem de melhor estrutura e mais recursos para seu funcionamento, a absorção de parte das demandas de mediação das comarcas menores, além de se ampliar a abrangência do alcance da mediação, na medida em que os meios eletrônicos possibilitam a diminuição da distância en-

²⁴ LESSA NETO, João Luiz. O Novo CPC Adotou o Modelo Multiportas!!! E Agora?!. Revista de Processo. vol. 244. ano 40. p. 427-441. São Paulo: Ed. RT, junho 2015. p. 433.

²⁵ GAJARDONI, Fernando. Comentário ao art. 165. In: DELLORE, Luiz; DUARTE, Zulmar; ROQUE, André; GAJARDONI, Fernando (coords.) Teoria geral do processo: Comentários ao CPC de 2015. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Pág. 538.

²⁶ Art. 334, § 7o, NCCPC.

tre as partes conflitantes, de modo que elas podem optar pela mediação, mesmo que estiverem em comarcas distantes, tornando desnecessário o deslocamento para comparecerem à sessão de mediação.

Além disso, quando se inicia a organização de um programa de resolução consensual de conflitos, além da estrutura física, também é preciso considerar outros aspectos como a capacitação e remuneração dos mediadores.

A primeira preocupação que se tem em relação aos mediadores refere-se a sua quantidade, visto que ainda não se tem um número de mediadores suficientes para suprir a crescente demanda pela mediação, devido, principalmente, ao fato de a tentativa de solução consensual do conflito (seja mediação ou conciliação) ser, em regra, obrigatória. Tal preocupação é relevante, na medida em que a oferta de cursos de mediação está crescendo lentamente e a maioria ainda oferece apenas ensino presencial, o que limita, em certa proporção, a quantidade de alunos a serem formados²⁷. Esses fatores têm tornado o processo de formação de mediadores um tanto lento, sendo forçoso refletir sobre a necessidade de formação de mediadores por meio de ensino à distância, ainda que parte do curso seja presencial.

Outro ponto a se considerar é quanto aos critérios estabelecidos para o credenciamento de mediadores judiciais. Segundo o NCPC para um profissional requerer sua inscrição no cadastro de mediadores exige-se apenas o certificado de participação em um curso de mediação²⁸, ficando possibilitado aos tribunais locais a realização de concurso público para selecionar seus quadros de mediadores judiciais. Já a Lei de Mediação determina que, além do referido certificado do curso, é preciso estar formado há pelo menos 2 anos em um curso superior, exigência que, apesar de garantir indivíduos com maior experiência profissional, não

²⁷ JÚNIOR, Asdrubal. *Mediação Obrigatória no Brasil – Alguns desafios para o sucesso*. Disponível em: <http://www.momentoarbitragem.com.br/arquivos/962>. Acesso em: 14/10/16.

²⁸ Art. 167, §1º, NCPC.

assegura, necessariamente, maior capacidade desses profissionais em atuar na mediação, atributo este que pode ser aprendido e aprimorado por meio de cursos de capacitação de mediadores e pela prática, posteriormente.²⁹

Não obstante o valor inegável da experiência em qualquer modalidade de atuação profissional, cabe observar, contudo, que: a) nem todos os profissionais fazem sua própria experiência ser acompanhada de uma reflexão crítica, que potencializaria em grande parte o aprendizado, mas muitas vezes terminam por atuar de forma automática e pouco criativa; b) é sem dúvida verdadeira a afirmação de que há diferentes caminhos para o desenvolvimento pessoal, mas este pode passar, sobretudo num estágio inicial, pelo conhecimento teórico e treinamentos, para em seguida se refletir na prática, quando a pessoa se depara com problemas e necessidades reais.³⁰

Assim, a participação em curso de capacitação de mediadores seria um dos melhores critérios a ser exigido para se requerer a inscrição no cadastro nacional, desde que tais cursos tenham um modelo de ensino pensado para formar profissionais para intermediar conflitos, contribuindo no entendimento da controvérsia pelos mediandos, com foco no restabelecimento do diálogo. Importante ainda que os cursos de capacitação exijam a realização de um certo número de horas de atuação em sessões de mediação reais³¹, equivalente a um estágio, supervisionado por mediadores já experientes.

Deve ser considerada também a remuneração dos mediadores, pois esse fator será relevante para estimular a criação e permanência de um

²⁹ SAMANTHA, Fernanda Medina Pantoja. A mediação no novo código de processo civil. Coordenação Diogo Assunção Rezende de Almeida. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 195.

³⁰ SAMANTHA, Fernanda Medina Pantoja. A mediação no novo código de processo civil. Coordenação Diogo Assunção Rezende de Almeida. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 195.

³¹ A Resolução nº 125 do CNJ prevê um módulo prático, chamado Estágio Supervisionado, no qual o aluno atende casos reais de mediação, sendo uma etapa imprescindível para a obtenção do certificado de conclusão do curso de capacitação de mediadores (que habilita o mediador a atuar perante o Poder Judiciário). Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso em: 12/10/16.

bom quadro de mediadores, devendo tal valor, contudo, ser proporcional aos valores arcados pelas partes no tocante às custas e às demais despesas processuais. Caso haja necessidade, deverá ser concedido o já mencionado benefício da gratuidade da mediação, para não tornar este instrumento inacessível às camadas mais carente da população.

5) POSSÍVEIS CONTRIBUIÇÕES DO MODELO ARGENTINO NA IMPLEMENTAÇÃO DA MEDIAÇÃO NO BRASIL

Apontadas algumas questões (estrutural e profissional) que trazem certa preocupação, pelo menos em um primeiro momento, é interessante destacar possíveis contribuições do modelo argentino de mediação na implementação do instituto consensual no Brasil.

Em um país de dimensões continentais, grande população e quantidade imensa de processos, não basta agilizar o processo judicial (...). Há que se implementar medidas mais profundas de redução da quantidade de causas. Por isso, tem-se buscado, outrossim, popularizar meios alternativos de solução de conflitos, inspirados muitas vezes em experiências bem-sucedidas no exterior, visando desafogar o Poder Judiciário.³²

A primeira característica do modelo argentino que poderia ser utilizada pelo Brasil seria o enfoque na mediação privada. Na Argentina a mediação é exclusivamente privada, de modo que, além de apenas ser permitido aos advogados formados há pelo menos três anos atuar como mediadores, a tentativa de mediação é feita nos próprios escritórios de advocacia, enquanto no sistema brasileiro, como demonstrado, o encargo de realizar as sessões de mediação ainda está muito concentrado no Poder Judiciário³³. Assim,

³² BASÍLIO, Ana Tereza Palhares. Projeto de Lei da Mediação Obrigatória e a busca da pacificação social. *Revista de Arbitragem e Mediação*. Vol. 4, n. 13, p. 38-57, abr./jun, 2007. São Paulo: Ed. RT, p. 38.

³³ Mesmo que a reunião de mediação seja feita por um centro judiciário ou por uma câmara designada para atuar no caso, a mediação será considerada judicial na hipótese de o autor ter apresentado petição inicial ao juízo, pois, nesse caso, caberá ao magistrado analisar se estão presentes os requisitos inicial e determinar a citação da parte contrária para comparecer à audiência de mediação ou conciliação. Assim, as partes podem escolher o mediador, de comum acordo, porém, se elas não acordarem sobre essa escolha, o próprio juízo irá designar um de seus mediadores judiciais ou uma câmara privada de mediação credenciada para atuar no caso. Em ambas as possibilidades a mediação será considerada judicial pois está atrelada ao Poder Judiciário.

percebe-se que no modelo argentino presa-se pela mediação prévia, ou seja, antes mesmo de se ajuizar a ação judicial os interessados devem tentar a autocomposição, o que, sem dúvida, diminui a quantidade de processos judiciais, visto que se a mediação for exitosa, a parte autora nem sequer apresentará petição ao juízo, deixando de haver provocação do Poder Judiciário.

No Brasil existe possibilidade da mediação privada (extrajudicial), na qual as partes interessadas procuram, por si só, um escritório ou câmara de mediação que auxilie na autocomposição, sem a necessidade de acionar o Poder Judiciário. Porém trata-se de uma faculdade das partes, o que, na maioria absoluta dos casos, acarreta no ingresso pela via jurisdicional obrigando o Poder Judiciário a criar enorme infraestrutura para atender a demanda pelos meios consensuais de solução de conflito.

Nesse ponto o modelo argentino, ao deixar a iniciativa privada responsável pela mediação, possibilitou que cerca de 30% das demandas nem sequer vão para o Judiciário, sendo o conflito resolvido já na mediação prévia (pré-processual)³⁴. Assim, como bem aponta o advogado e professor argentino Dr. Manuel Osvaldo Cobas, solucionar o conflito pela mediação pré-judicialmente, sem ir a juízo, é algo que traz celeridade para resolver a controvérsia e também benefícios econômicos, tanto para as partes quanto para o próprio advogado mediador, pois aqueles terão a possibilidade de solucionar seu conflito de maneira mais célere e menos custosa³⁵.

Nota-se que o Brasil não aproveitou esta vantagem do modelo argentino, pois deixou às partes apenas a faculdade de tentar a mediação pré-processual. Talvez poderia ser adotado no Brasil a mesma obrigatoriedade de mediação pré-processual, deixando para o Poder Judiciário exercer a mediação apenas nos casos de direitos indisponíveis.

Há no sistema argentino apenas um cadastro nacional no qual os

³⁴ JÚNIOR, Asdrubal. Mediação Obrigatória na Argentina e no Brasil. Disponível em: <http://www.momentoarbitragem.com.br/arquivos/1045>. Acesso em: 15/10/16.

³⁵ JÚNIOR, Asdrubal. A Experiência Argentina em Mediação. Disponível em: <http://www.momentoarbitragem.com.br/arquivos/931>. Acesso em: 15/10/16.

advogados precisam se inscrever para exercerem a função de mediadores, enquanto no modelo brasileiro o NCPC determinou a criação de dois tipos de cadastros, sendo um deles nacional, mantido pelo CNJ e outro relacionado a cada um dos Tribunais. Tal pluralidade de cadastros parece ser desnecessária, de modo que apenas a existência do cadastro nacional já dispensaria a necessidade de se criar cadastros locais para os tribunais.

Para resolver isso, nada impede, que

(...) do cadastro nacional, conste informação em relação a qual ou quais tribunais e comarcas pretende o mediador ou conciliador atuar. A partir de tais dados, que deverão ser disponibilizados aos tribunais locais, estes poderão identificar a quais mediadores e conciliadores poderão ser distribuídas as causas em tramitação naquele órgão.³⁶

Além disso, a manutenção de tais cadastros setoriais demanda “alocação de equipamentos eletrônicos, de pessoal e, portanto, de recursos, o que, ao nosso ver, não só não se justifica como ainda gera inconvenientes”, além de haver risco de exclusão de um mediador de um cadastro local e sua manutenção no cadastro nacional.³⁷

6) CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há de se reconhecer a importância do NCPC e da Lei de Mediação ao estabelecerem o sistema multiportas no Brasil, pois há necessidade de se criar a cultura de solução de conflitos por diversas formas, devendo os sujeitos serem “atores” na solução do conflito, reconhecendo outras figuras, para além do juiz, capazes de contribuir na pacificação. Entretanto, pecou o legislador brasileiro ao deixar a mediação extrajudicial apenas

³⁶ MAIA, Andrea; HILL, Flávia Pereira. A mediação no novo código de processo civil. Coordenação Diogo Assunção Rezende de Almeida. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 158.

³⁷ MAIA, Andrea; HILL, Flávia Pereira. A mediação no novo código de processo civil. Coordenação Diogo Assunção Rezende de Almeida. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 158.

como uma faculdade das partes, insistindo na cultura paternalista de invocação da tutela jurisdicional. Desta forma, haverá o início de mais um processo judicial, com a movimentação de toda a máquina judiciária para a solução deste conflito. Mesmo que o conflito seja solucionado na audiência inicial de mediação, haverá necessidade de designação da audiência, citação do réu, intimação da parte autora, designação de mediador e posterior homologação da mediação realizada, caso frutífera. Sem contar a necessidade de aparelhamento do Poder Judiciário para atender a crescente demanda do sistema multiportas de solução de conflito, seja no tocante à infraestrutura, seja quanto à criação e manutenção de bons quadros de mediadores.

Por todo o exposto, há necessidade de adequações para o sistema brasileiro de mediação ser implementado de maneira mais eficaz, para que tanto operadores do Direito, como a sociedade e o Estado passem a enxergar a mediação como um meio pleno de resolver seus conflitos de interesse, sem a necessidade de recorrer à via adjudicatória, estimulando-se a mediação que tem o potencial de resolver controvérsias de forma mais rápida, adequada e menos custosa, tanto para as partes, como para o Estado.

De todo modo, talvez seja necessário um tempo de aplicação dos dispositivos do NCPC e da Lei de Mediação para que seja criada a cultura da possibilidade de solução extrajudicial do conflito, para que, em um segundo momento, seja incorporada a característica do modelo argentino da obrigatoriedade da realização da mediação extrajudicial como condição para a propositura da ação judicial.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Márcia Terezinha Gomes. **O Direito de Acesso à justiça e a Mediação**. 2008. 154f. Dissertação (mestrado em Direito e Políticas Públicas) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Ciências Sociais. Distrito Federal, Brasília.

BASÍLIO, Ana Tereza Palhares. **Projeto de Lei da Mediação Obrigatória e a busca da pacificação social**. Revista de Arbitragem e Mediação. Vol. 4, n. 13, p. 38-57, abr./jun, 2007. São Paulo: Ed. RT.

BRASIL. Lei 13.105/2015, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 13 mar. 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 16 de maio de 2016.

BRASIL. **Lei 13.140/2015, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 29 jun. 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 16 de maio de 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 125 de 29/11/2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso em: 04/07/2016.

BRASIL. Senado Federal. **Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil**. Comissão de Juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal nº 379, de 2009, destinada a elaborar Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em: 16 de maio de 2016.

CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem: Mediação, Conciliação, Resolução CNJ 125/2010**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

CAPPELLETTI, Mauro; BRYANT, Garth. **Acesso à Justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. Reimpresso: 2002.

DUPUIS, Juan Carlos G. **La Reforma Judicial em Argentina: Justicia Inmediata**. Menor Cuantia Y Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos. A Cuatro Años de la Mediación. Disponível em: <http://www.fores-justicia.org.ar/eventos/mendoza/trabajos/jcarlosdupuis.ht>. Acesso em: 16 de outubro de 16.

GAJARDONI, Fernando. Comentário ao art. 165. In: DELLORE, Luiz; DUARTE, Zulmar; ROQUE, André; GAJARDONI, Fernando (coords.) **Teoria geral do processo: Comentários Ao CPC de 2015**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Meios Alternativos de Solução de Controvérsias – Verdades, ilusões e descaminhos no Novo Código de Processo Civil**. Revista de Processo. vol. 242. Ano 40. P. 597-629. São Paulo: Ed. RT, abr. 2015.

JÚNIOR, Asdrubal. **A Experiência Argentina em Mediação**. Disponível em: <www.momentoarbitragem.com.br>. Acesso em: 15/10/16.

JÚNIOR, Asdrubal. **Mediação Judicial e Extrajudicial Novo CPC – Lei de Mediação**. In: FÓRUM DE DIREITO DAS IES CATÓLICAS, II., 2015, Canoas – RS. Disponível em: <<http://anec.org.br/forumdireito/wpcontent/uploads/sites/5/2014/09/palestraAsdrubal.pdf>> . Acesso em: 16 de maio de 2016.

_____. **Mediação Judicial e Extrajudicial Novo CPC – Lei de Mediação**. In: FÓRUM DE DIREITO DAS IES CATÓLICAS, II., 2015, Canoas – RS. Disponível em: <<http://anec.org.br/forumdireito/wpcontent/uploads/sites/5/2014/09/palestraAsdrubal.pdf>> . Acesso em: 16/05/2016.

_____. **Mediação Obrigatória na Argentina e no Brasil**. Disponível em: <www.momentoarbitragem.com.br>. Acesso em: 15/10/16.

Mediação obrigatória no Brasil – Quais os desafios para o seu sucesso. Disponível em: <http://www.momentoarbitragem.com.br/arquivos/962>. Acesso em: 11/10/16.

LESSA NETO, João Luiz. **O Novo CPC Adotou o Modelo Multiportas!!! E Agora?!** Revista de Processo. vol. 244. ano 40. p. 427-441. São Paulo: Ed. RT, junho 2015.

LEVY, Fernanda; MANDELBAUM, Helena; BAYER, Sandra; ALMEIDA, Tania; NETO, Adolfo Braga; LORENCINI, Marco. **Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça: Leitura comentada.** Disponível em: <http://www.mediare.com.br/2016/03/07/resolucao-n-125-do-conselho-nacional-de-justica-leitura-comentada/>. Acesso em: 27/09/2016.

MAIA, Andrea; HILL, Flávia Pereira. **A mediação no novo código de processo civil.** Coordenação Diogo Assunção Rezende de Almeida. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

MEDINA, Eduardo Borges de Matos. **Meios Alternativos de Solução de Conflitos: o cidadão na administração da justiça.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

PAUMGARTTEN, Michele. **Os Desafios para a Integração das Práticas Conciliatórias ao Novo Processo Civil.** Revista de Processo. vol. 247. ano 40. p. 475-503. São Paulo: Ed. RT, setembro 2015.

PEREZ, Adriana Hahn. **A Nova Lei Alemã de Mediação.** Revista de Processo. vol. 243. ano 40. p. 555-581. São Paulo:Ed. RT, maio 2015.

RISKIN, Leonard L. Mediator Orientations, Strategies and Techniques, In: MENKEL-MEADOW, Carrie J.; LOVE, Lela Porter; Schneider, Andrea Kupfer; STERNLIGHT, Jean R. **Dispute Resolution: Beyond the Adversarial Model**, Nova York: Aspen, 2005.

SOUZA, Luciane Moessa de. **Mediação: Breve Análise da Proposta Brasileira e das Experiências Argentina e Colombiana na Normatização deste método de Solução de Conflitos**. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura &artigo_id=1426](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1426). Acesso em: 04/07/2016.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cíveis**. 2ª Ed., Ver. Atual. E Ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2015.

WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: MORAES, Maurício Zanoide; YARSHELL, Flávio Luiz (coords.) **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005.

DIREITOS HUMANOS E A ONU: A POSSIBILIDADE DE UM PROCESSO DE PERDÃO PARA O GENOCÍDIO

HUMAN RIGHTS AND THE UN: A POSSIBILITY OF A PROCESS OF FORGIVENESS FOR GENOCIDE

Ivanaldo Oliveira dos Santos Filho¹

Recebido em: 25/02/2017

Aprovado em: 19/07/2017

RESUMO

O objetivo do estudo é apresentar e analisar a possibilidade da efetivação do perdão, enquanto categoria dos direitos humanos, para estabelecer a convivência entre grupos sociais e étnicos diferentes e, com isso, evitar o crime de genocídio. Propõe-se que a efetivação do perdão seja mediada e estabelecida pela Organização das Nações Unidas (ONU). O estudo tem como eixo central de discussão as ideias do pensador contemporâneo Jacques Derrida sobre o perdão. Apresenta-se a ONU como sendo uma instituição, devido ao seu objetivo de manutenção da paz no mundo, que poderá promover o perdão em regiões, povos e etnias que foram vítimas do crime de genocídio. No entanto, não se trata de um perdão no sentido de esquecer e de não condenar os culpados

¹ Filósofo, pós-doutorado em estudos da linguagem pela USP, pós-doutorado em linguística pela PUC-SP, doutor em estudos da linguagem pela UFRN, professor do Departamento de Filosofia e do Programa de Pós-Graduação em Letras da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN).

pelo genocídio. Trata-se do perdão no sentido de garantia dos direitos humanos, de estabelecimento da perpétua memória das ações violentas do genocídio, uma memória necessária para evitar que novos genocídios aconteçam, e da tentativa, mesmo que precária, de estabelecer a convivência pacífica entre povos e etnias que durante séculos foram inimigos.

PALAVRAS-CHAVE

Direitos humanos. ONU. Perdão. Genocídio.

ABSTRACT

The aim of the study is to present and analyze the possibility of the forgiveness as category of human rights in order to establish a coexistence between different social and ethnic groups, thereby avoiding the crime of genocide. It is proposed that an effective forgiveness can be mediated and established by the United Nations (UN). The study has as central axis of discussion the ideas of the contemporary thinker Jacques Derrida on pardon. It presents the UN as a non-governmental organization, because of its objective of maintaining worldwide peace, which can favor forgiveness in regions, peoples and ethnic groups that have been victims of the crime of genocide. However, it is not a pardon in the sense of forgetting and not condemning those guilty of genocide. It is a matter of pardon in the sense of guaranteeing human rights, establishing a perpetual memory of the violent actions of genocide, a useful memory to prevent new genocides from happening, and the attempt, even if precarious, to establish a peaceful coexistence between ethnic peoples who for centuries were enemies.

KEYWORDS

Human rights. UN. Pardon. Genocide.

1. INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea vive um dilema. De um lado, experimenta um inédito desenvolvimento da ciência, do aprimoramento dos padrões materiais de existência e, no campo das relações humanas, são desenvolvidos novos arranjos sociais. Diante de tantos avanços no campo técnico-científico e das experiências no campo sociocultural, fala-se de uma *pós-modernidade*² e até mesmo de um momento histórico *pós-humano* (cf. SILVA, 2005). Do outro lado, a humanidade vive um momento histórico marcado pela barbárie, pelo terror e pela presença, no cotidiano, das mais cruéis formas de manifestação da violência. Atualmente a humanidade experimenta o retorno do antissemitismo, de velhas guerras tribais e genocídios que marcaram a história humana recente. Esses genocídios continuam trazendo efeitos negativos tanto para os povos e países envolvidos diretamente nos atos violentos como em regiões distantes desses atos e que, por isso, deveriam viver em certa tranquilidade.

De certa forma, atualmente a humanidade vive a contradição exposta por Sigmund Freud, na década de 1930, que demonstra que apesar do ser humano ter avançado no campo da técnica e da cultura no “domínio da mente, por sua vez, o elemento primitivo se mostra tão comumente preservado” (FREUD, 2011, p. 11).

Uma forma de materialização da contradição freudiana é o genocídio. Isso acontece porque, de um lado, têm-se os avanços civilizatórios e materiais e, do outro lado, um grupo étnico, ideológico, político ou religioso que deseja destruir e eliminar parcialmente ou totalmente outro grupo. Esse processo de destruição é feito utilizando os métodos mais cruéis e violentos. É o uso organizado, em caráter industrial da barbárie.

A origem do genocídio são os ódios inter-raciais, os conflitos

² O presente estudo não efetua um debate sobre o conceito e a existência do pós-moderno ou da pós-modernidade. Para um debate aprofundado do tema, recomenda-se consultar: Lyon (1998), Lyotard (2004), Jameson (2002), Harvey (2004), Vattimo (2002), Dip (2002) e Oliveira (2002).

históricos, as reivindicações territoriais, econômicas e políticas. Esses conflitos terminam culminando, de forma lamentável, na tentativa de um grupo social eliminar totalmente os membros de outro grupo.

De certa forma, a contradição freudiana, que culmina no genocídio, só será superada quando o ser humano for capaz de estabelecer o perdão. No entanto, fala-se de um *perdão* enquanto um acordo diplomático para a convivência pacífica e a superação de conflitos entre grupos sociais diferentes que, muitas vezes, passaram séculos em guerras. No entanto, quando se fala em *convivência pacífica* pode-se fazer perguntas, tais como: Como estabelecer o perdão? Qual instituição poderá ser um agente de implantação e propagação do perdão entre grupos étnicos que vivem, muitas vezes, a séculos em guerra?

O presente estudo não é uma resposta definitiva para essas e outras perguntas. A intenção é bem mais realista. Por isso, o objetivo do estudo é apresentar e analisar a possibilidade da efetivação do perdão, enquanto categoria dos direitos humanos, para estabelecer a convivência entre grupos sociais e étnicos diferentes e, com isso, evitar a realização do crime de genocídio. Propõe-se que a efetivação do perdão seja mediada e estabelecida pela Organização das Nações Unidas (ONU). Para alcançar o objetivo o estudo foi dividido em quatro partes, sendo elas: Perdão; Genocídio; Direitos humanos e a ONU; Direitos humanos e a ONU: a possibilidade de um processo de perdão para o genocídio.

Na primeira parte apresenta-se o tema do perdão dentro do direito e das preocupações contemporâneas da filosofia. Demonstra-se que este tema visa, dentre outras questões, a garantia que os seres humanos não são supérfluos e descartáveis. Na discussão referente ao direito as principais fontes teóricas são: Gessinger (1984), Roesler (2007) e Sigaud (2004). Já no campo das discussões filosóficas sobre o perdão, utiliza-se principalmente o pensamento de Derrida (2004, 2005, 2008, 2010) e os comentários, as ideias de Derrida, desenvolvidos por Duque-Estrada (2008) e Nascimento (2005).

Na segunda parte apresenta-se o conceito, as causas e os atos de violência que permeiam o genocídio. Além disso, de forma sumária,

apresenta-se os principais genocídios do século XX e como a prática genocida está ancorada na contradição, exposta por Freud (2011), entre a civilização e a barbárie. Nesta parte as principais referências são: Bruneteau (2008), Silva (1998), Cytrynowicz (1990) e Roseman (2003). Além disso, trabalhar-se com a *Carta de Londres*, a *Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade* e a *Convenção para Prevenção e Punição/Repressão do Crime de Genocídio*.

Na terceira parte são apresentados os conceitos de direitos humanos e de dignidade da pessoa humana. Demonstra-se como os direitos humanos estão relacionados aos avanços e problemas socioculturais da sociedade contemporânea. Além disso, aponta-se a Organização das Nações Unidas (ONU) como uma instituição internacional, desvinculadas dos Estados nacionais, que trabalha diretamente com os direitos humanos, a garantia da dignidade da pessoa humana e com a tentativa de evitar guerras e de promover a concórdia entre os povos e nações. Dentre as várias fontes teóricas, citam-se: Lembo (2007), Comparato (1998), Dallari (2008), Ribeiro (2008), Lafer (1995) e Ricupero (2002).

Na quarta parte apresenta-se a ONU como sendo uma instituição, devido ao seu objetivo de manutenção da paz no mundo, que poderá promover o perdão em regiões, povos e etnias que foram vítimas do crime de genocídio. No entanto, não se trata de um perdão no sentido de esquecer e de não condenar os culpados pelo genocídio. Trata-se do perdão no sentido de garantia dos direitos humanos, de estabelecimento da perpétua memória das ações violentas do genocídio, uma memória necessária para evitar que novos genocídios aconteçam, e da tentativa, mesmo que precária, de estabelecer a convivência pacífica entre povos e etnias que durante séculos foram inimigos. As principais fontes teóricas da discussão são: Derrida (2004, 2005), Freud (2011), Lafer (1988) e Comparato (1999).

Por fim, nas considerações finais, afirma-se que a humanidade ainda está distante de uma solução definitiva para o crime de genocídio. No entanto, como demonstrou Derrida, é necessário ter coragem para

enfrentar o problema. Uma das formas para enfrentá-lo é por meio de uma política anti-genocídio. Um dos pilares dessa política será o estabelecimento do perdão entre grupos sociais que historicamente são inimigos. Neste contexto, a ONU é convocada a ser a instituição internacional, desvinculada de governos e de ideologias, que deverá tentar estabelecer o perdão e, com isso, evitar novos crimes de genocídio.

2. PERDÃO

Em muitos ambientes socioculturais o perdão é percebido numa perspectiva metafísica, mística e religiosa. Neste contexto, trata-se do perdão enquanto a relação entre o ser humano e a divindade. É um perdão ético, ontológico e místico. Um modelo de perdão onde, por meio da relação fraterna com a divindade, o ser humano é capaz de perdoar a si mesmo e o outro. Com isso, é possível se pensar em um processo de pacificação pessoal e social. (cf. FRANÇA MIRANDA, 1978; FONTANA, 2011).

No entanto, é necessário pensar o perdão tanto dentro do campo metafísico e místico como também de outras esferas das relações humanas, como, por exemplo, o direito e os direitos humanos. Em grande medida, isso acontece porque após a Segunda Guerra Mundial, em 1945, percebeu-se que para a *condição humana* (cf. ARENDT, 2007) ser respeitada é necessário negar e não aceitar a “concepção, explicitamente assumida pelo totalitarismo, de que os seres humanos são supérfluos e descartáveis” (LAFER, 1988, p. 19).

No campo estritamente jurídico, de um direito positivado, existe a categoria do *perdão judicial*. Em síntese, esse modelo de perdão consiste na clemência tanto por parte do Estado como do judiciário, especificamente na figura do magistrado ou do gestor da Lei, para situações expressamente previstas em lei. Neste caso, não se aplica a pena prevista para determinados delitos penais. No entanto, esse dispositivo legal só pode ser acionado se forem satisfeitos certos requisitos objetivos e subjetivos que envolvem a infração penal. Existem várias funções

para o perdão judicial, tais como: o caráter pedagógico do perdão, o qual demonstra ao sentenciado que poderá voltar à convivência civil sem, no entanto, rescindir na infração criminal; evitar que o Estado tenha gastos, financeiros e de infraestrutura, com um possível apenado, demonstrar para o sentenciado e para a sociedade civil que é possível a reinserção social, evitar prejuízos para a família e para a sociedade com o encarceramento de um cidadão que, na perspectiva da lei, poderá continuar a gozar da plena liberdade e, por último, demonstrar o caráter ético e humanístico do judiciário. (cf. GESSINGER, 1984).

O pensador Jacques Derrida definiu, no campo do direito, o perdão da seguinte forma:

[...] então essa hipérbole do direito sinaliza, contudo, para um perdão, a saber, um excesso no excesso, um suplemento de transcendência (pode-se, ao mesmo tempo em que se condena perante a corte de Justiça, perdoar o imperdoável) ou ainda para uma reapropriação humanizadora, uma reimanentização da lógica do perdão. (DERRIDA, 2004, p. 2).

No campo da jurisprudência existem várias situações aonde é possível se aplicar o perdão judicial. Entre essas situações citam-se: o perdão judicial na apropriação indébita previdenciária e questões que envolvem a ecologia e o direito ambiental.

No tocante ao perdão judicial na apropriação indébita previdenciária esse modelo de perdão poderá ser efetivado em casos, como, por exemplo, se houver a morte do agente que é alvo da pena, se o Estado ou outro agente de direito tiver perdido os prazos e registros oficiais, se o valor a ser cobrado for insignificante e se o sujeito da ação penal conseguir provar, por exemplo, que investiu o valor financeiro, cobrado pela justiça, em ações sociais, de caridade e de interesse público. (cf. ROESLER, 2007).

Já o perdão judicial que envolve problemas ligados a ecologia e ao direito ambiental estabelece que o perdão só poderá ser concedido se houver, por parte da parte processada, o uso pedagógico da pena, ou seja, o perdão deverá ser acompanhado de um compromisso de não

agressão ao meio ambiente. Além disso, o perdão deverá ser concedido se houver um acordo, entre o judiciário e a parte processada, a qual poderá ser uma pessoa física ou jurídica, para haver, por exemplo, investimentos e a promoção da educação ambiental, do reflorestamento, da preservação de áreas ambientais estratégicas para os animais e para o convívio humano. (cf. SIGAUD, 2004).

De forma geral, o *perdão* é um tema muito debatido pelos pensadores contemporâneos. É um tema que atravessa as preocupações jusfilosóficas de pensadores, como, por exemplo, Hannah Arendt (cf. MAGALHÃES, 2003), Jacques Derrida (cf. NASCIMENTO, 2005) e Paul Ricoeur (cf. MIGLIORI, 2007). A princípio, essa preocupação se deve ao crescente estado da contradição entre a civilização e barbárie que envolve o homem moderno, descrita por Freud na década de 1930. Uma contradição entre o avanço técnico e cultural e a presença, em níveis cada vez maiores, de elementos primitivos, bárbaros, violentos e selvagens.

O pensador contemporâneo que mais debateu sobre o tema do perdão foi Jacques Derrida. No entanto, para se compreender o tema do perdão no pensamento de Derrida é necessário se fazer uma breve síntese de sua obra.

No final da década de 1960 Jacques Derrida publica um dos livros mais importantes do século XX. Trata-se de *Gramatologia*, um livro que propõe, dentro do debate filosófico contemporâneo, que a maioria dos discursos filosóficos, oriundos do mundo antigo, podem ser repensados, refeitos e até mesmo *desconstruídos*. Em síntese, ele propõe a vanguardista tese que é possível desconstruir um discurso que, ao longo dos séculos, foi tido como verdade e até mesmo inquestionável. (DERRIDA, 2008).

Na *Gramatologia*, Derrida cunha o termo *desconstrução*. Um termo que, ao longo do século XX, ganhou vida própria, se desconectou da exigência de pensar o discurso filosófico e, por isso, passou a ser aplicado aos mais diversos campos do saber, como, por exemplo, a arquitetura, a estética, a análise política e ao direito.

O próprio Derrida, em seus escritos e debates, passou a aplicar o conceito de desconstrução a temas ligados ao mundo jusfilosófico e

político-jurídico, como, por exemplo, a pena de morte, o problema da soberania e do perdão.

Em 1994 ele publica um livro que aplica a tese da desconstrução ao direito. Trata-se de *Força de lei*. Neste livro ele chama a atenção para a necessidade de distinguir a lei ou o direito, da justiça. Para Derrida, enquanto a justiça é indesconstrutível, o direito é essencialmente desconstrutível, porque é construído sobre camadas textuais interpretáveis e transformáveis, por meio das mudanças históricas e culturais, ou porque seu fundamento último, por definição, não existe. Por isso, de um lado, o direito estaria numa espécie de *vácuo* em constante busca de fundamento, mas preso as exigências histórico-culturais. Do outro lado, o processo de desconstrução aponta na direção da justiça. Por essência, a justiça é desconstrução. Isso se dá porque ela tem a missão de quebrar barreiras teóricas, conceituais, linguísticas e ligadas as estruturas socioculturais. (DERRIDA, 2010).

No entanto, é na segunda metade da década de 1990 que Derrida vai se dedicar a um dos temas mais debatidos atualmente dentro do universo jusfilosófico. Trata-se do tema do *perdão*. Ele começa a debater o tema do perdão a partir do processo de reconciliação na África do Sul após o fim do regime do *apartheid*, o regime de segregação racial, em 1994, e, por conseguinte, com a instalação e os trabalhos da Comissão de Verdade e Reconciliação (CVR) da África do Sul. Uma comissão que visava rever e tentar punir os crimes contra a humanidade praticados pelo *apartheid*. Além disso, neste mesmo período histórico discutia-se a anistia e a reconciliação no Chile com o fim, em 1990, do regime autoritário de Augusto Pinochet.

Inicialmente Derrida afirma que o perdão, vinculado historicamente ao cristianismo, é algo muito específico e até mesmo sublime. O perdão é diferente de conceitos ligados ao direito, como, por exemplo, a anistia e a reconciliação. Para ele, enquanto a anistia e a reconciliação estão ligados ao direito, o perdão está vinculado ao estabelecimento da justiça.

O problema é que “constatando hoje o aumento crescente das cenas de arrependimento, de perdão pedido e de reconciliação” (DERRIDA, 2005,

p. 59). Derrida vê com preocupação o crescente aumento dos pedidos de perdão na sociedade contemporânea. Com preocupação vê-se, por exemplo, governos e governantes, políticos, magistrados, empresas e até mesmo igrejas e líderes religiosos pedindo perdão por erros históricos ou crimes contra a humanidade.

No atual modelo societário parece que o perdão está sendo banalizado. Segundo Derrida, essa banalização é muito preocupante porque a anistia e a reconciliação podem ser conquistas do direito. No entanto, quem garante que, em um futuro próximo, não haverá um novo holocausto, um novo *apartheid* ou um novo genocídio?

Na perspectiva de Derrida, para responder essa pergunta é necessário, de um lado, compreender que o perdão excede a “ordem humana da lei e o tempo humano do julgamento serem ultrapassados por uma instância transcendente” (DERRIDA, 2004, p. 2). Por isso, não se pode estabelecer o perdão por um decreto do governo, uma lei ou uma comissão de julgamento histórico, como, por exemplo, as comissões da verdade na África do Sul, no Líbano e no Brasil. Do outro lado, o “perdão de que fala Derrida excede a ordem do jurídico e do político: pode-se perdoar o culpado, ao mesmo tempo que se o condena. Perdoar não é indultar ou agradecer, nem reconciliar” (NASCIMENTO, 2005, p. 24).

Para Derrida o perdão não pode ser oferecido a um crime comum (roubo, assassinato, etc). Para os crimes comuns o direito possui categorias, como, por exemplo, o indulto e a prescrição da pena. O perdão também não pode ser oferecido a crimes políticos e econômicos, como, por exemplo, um governante preso por corrupção ou um empresário que sonega impostos. Para esse tipo de crime o direito possui categorias, como, por exemplo, a anistia e a reconciliação pública.

Em Derrida o perdão só pode ser aplicado a crimes históricos e crimes contra a humanidade, como é o caso do holocausto, do *apartheid*, do genocídio e das vítimas das ditaduras civis e militares ao redor do mundo. Neste sentido, o perdão é um conceito e uma experiência sociocultural ligada à justiça. Uma rara experiência que só pode ser colocada em prática diante do *impossível*, diante de crimes que afetaram

não apenas uma comunidade (cidade, etnia, povo, nação, etc), mas toda a humanidade. (DUQUE-ESTRADA, 2008).

Na perspectiva de Derrida, para se efetivar o perdão é necessário colocar em prática duas estratégias.

A primeira estratégia é a memória. Para Derrida o perdão só pode existir se o brutal ato que foi praticado (holocausto, genocídio, etc) for constantemente lembrado, estiver presente, na forma de memória, no cotidiano. Neste sentido, “trata-se da memória de um passado que não foi presente, a memória do *avenir*, da promessa, do que vem, do que chega amanhã” (DERRIDA, 2005, p. 34), ou seja, não se trata de reviver o passado, mas da memória dentro da vida dos cidadãos e da sociedade. Para Derrida a memória tem um papel educacional, pedagógico. Ela pode ensinar as novas gerações o tipo de ato bárbaro e selvagem que o ser humano pode praticar e, por isso, esse tipo de ato deve ser evitado, não pode ser repetido, não pode acontecer uma segunda vez.

A segunda estratégia é a convivência. Para Derrida, de um lado, um dos fatores centrais que conduziram a realização de crimes contra a humanidade é a ausência de convivência entre grupos étnicos, sociais e religiosos diferentes. Do outro lado, não existe uma regra social rigorosa que afirme que se houver uma saudável convivência entre grupos socioculturais diferentes, então não haverá a possibilidade de serem perpetrados crimes contra a humanidade. Parece que existe uma contradição, pois a ausência de convivência é um fato preponderante para a realização de atos bárbaros, mas não existem garantias que a efetivação da convivência possa, de fato, impedir a realização desses atos.

Em Derrida essa contradição só poderá ser equacionada se houver um plano, de médio e longo prazo, de *reconciliação nacional*. No entanto, a reconciliação não pode ser um ato meramente jurídico, ligado ao direito. Um ato formal, legal, mas com pouca ou nenhuma validade no mundo real, no cotidiano. A história humana está repleta de atos oficiais, jurídicos e formais que estabelecem a paz, a reconciliação e a concórdia. O problema é que são atos frágeis, que não encontram base no mundo real e na vontade dos indivíduos, das lideranças sociopolíticas

e dos grupos sociais em cumprir o que determina o direito e a lei. A consequência disso é a repetição do ódio, da violência e atos bárbaros.

Por isso, ele propõe que a reconciliação não seja apenas uma palavra, uma expressão linguística ligada ao mundo jurídico e diplomático. Uma expressão, muitas vezes, vazia de significado. Diante disso, é necessário que a “reconciliação seja não apenas sua língua, mas a língua em que se traduzem” (DERRIDA, 2004, p. 2), ou seja, a reconciliação deve estar ligada a dimensão da justiça. Por isso, ela deve ser uma política de médio e longo prazo dos governos e governantes, dos líderes políticos, étnicos e religiosos, dos diversos grupos que compõem a sociedade. A reconciliação deve ser um método pedagógico de tentativa e erro, um método de insistência, onde a meta é fazer que cada grupo social veja no outro não um possível inimigo, o mal e a ameaça de extinção, mas sim possa ver no outro uma real possibilidade de crescimento ético, de aperfeiçoamento humano, de fazer novas experiências societárias e de trocas lucrativas no campo da economia, da arte e da política.

3. GENOCÍDIO

A palavra *genocídio* é o indicativo para crimes que têm como objetivo a eliminação da existência física de grupos nacionais, étnicos, raciais, linguísticos, religiosos, com características culturais ou marcas físico-biológicas específicas. Em linhas gerais, genocídio é o extermínio planejado, racional, sistemático, quase uma produção industrial, de indivíduos. A principal motivação para o genocídio são as diferenças de nacionalidade, raça, religião, língua, características físicas específicas e diferenças étnicas. Uma das suas metas principais é eliminar, destruir totalmente minorias étnicas em determinadas regiões do planeta Terra. (BRUNETEAU, 2008).

Geralmente um genocídio é iniciado ou motivado pela xenofobia, ou seja, por um preconceito ou um transtorno psicossocial relacionado com o medo ou a não aceitação do estrangeiro e do diferente dentro de um território, nação ou país. Além disso, o genocídio consiste na intenção

de eliminar totalmente ou uma parte de um grupo ou uma comunidade com a mesma característica étnica, racial, biológica, linguística, religiosa ou social. Também são consideradas como técnicas e táticas genocidas práticas, como, por exemplo, o ataque grave à integridade física ou psíquica de elementos de um determinado grupo sociocultural, forçar membros desse grupo a viverem em condições desumanas que podem causar a sua morte, estupro sistemático e organizado de mulheres desse grupo social, transição forçada de crianças desse grupo para outro grupo sociocultural, tentativa de destruição da língua falada e de características culturais específicas desse grupo social. (SILVA, 1998).

Por questões diversas, motivações econômicas, linguísticas, étnicas e outras, ao longo da história humana houve tentativas de um grupo social impor seu estilo de vida e suas práticas culturais a outros grupos sociais. No entanto, como demonstra Hobsbawm (1995), foi no século XX que a racionalidade, a técnica e o aparato industrial foram colocados à disposição, de forma organizada e sistemática, a serviço do ideal de matar, de destruir e de levar a morte, de forma indiscriminada, a população civil.

Uma das consequências da expansão, em escala racional e industrial, da morte é o surgimento do genocídio. Apenas um século, como foi o século XX, que colocou o aparato tecnológico, científico e racial a serviço do ato de matar, poderia ter criado o genocídio.

O genocídio mais conhecido da história é o genocídio dos judeus durante a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), o qual ficou conhecido como *holocausto judeu* ou *holocausto*. Neste genocídio o regime totalitário nazista, na Alemanha das décadas de 1930 a 1940, matou seis milhões de judeus. Além do assassinato sistemático e racional dos judeus, foram perseguidos e, muitas vezes, promovido o assassinato de membros de minorias que residiam em territórios de maioria alemã, tais como: ciganos, eslavos, homossexuais, católicos e deficientes físicos. O regime nazista promoveu uma das maiores campanhas de extermínio da história da humanidade. (CYTRYNOWICZ, 1990; ROSEMAN, 2003).

Além do holocausto judeu existe uma preocupante lista de genocídios

que ocorreram durante o século XX e início do XXI. Por exemplo, constam dessa lista: o genocídio armênio, quando aproximadamente 1, 5 milhões de armênicos foram assassinados, no período de 1915 a 1922, pelo Império Otomano, atual Turquia (SARAVIA, 2001; CAMPOLINA MARTINS, 1998; LOUREIRO, 2010); o genocídio grego-assírio, um genocídio que ocorreu no mesmo período do genocídio armênio e também foi perpetrado pelo Império Otomano, calcula-se que entre 500 a 800 mil pessoas foram assassinadas; o genocídio da Ucrânia (FRANCO, 2013), conhecido como Holodomor, Holocausto da Ucrânia e a Grande Fome da Ucrânia, é o genocídio que atingiu entre 5 e 7 milhões de pessoas que morreram, principalmente de fome, vítimas da política de confisco de alimentos realizada pelo ditador, da Rússia, Josef Stalin; o genocídio do Camboja, o qual ocorreu no período entre 1975 a 1979 e foi perpetrado pelo Khmer Vermelho, um movimento radical marxista, liderado por Pol Pot, e que assassinou entre 1, 7 a 2 milhões de pessoas; a campanha de extermínio dos curdos, na zona rural do Iraque, liderada pelo ditador Saddam Hussein na década de 1980; e, na década de 1990, tem-se o genocídio do Timor Leste (MAGALHÃES, 1992), no qual calcula-se que entre 50 a 100 mil pessoas foram mortas, entre 1990 a 1999, por milícias paramilitares a serviço da Indonésia que, naquele momento histórico, ocupava o país; o genocídio de Ruanda, quando extremistas da etnia hutu mataram 800 mil membros da etnia tutsis e hutus moderados (HATZFELD; D'AGUIAR, 2005); e as atrocidades dos sérvios nos Bálcãs.

O genocídio tem sido sistematicamente citado e condenado em importantes documentos internacionais. Entre esses documentos cita-se, por exemplo, a *Carta de Londres* de 1945, a qual estabeleceu o *Estatuto do Tribunal de Nuremberg*. Essa Carta define o genocídio como um crime contra a humanidade. Por sua vez, o mesmo documento estabelece *crime contra a humanidade* como sendo o “extermínio, escravidão, deportação e outros atos desumanos cometidos contra qualquer população civil, ou a perseguição por motivos religiosos, raciais ou políticos, quando tais atos ou perseguições feitas em conexão com qualquer crime contra a paz ou qualquer crime de guerra” (NACIONES UNIDAS, 2005).

Já a *Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade*, promulgada em 1968 pela Organização das Nações Unidas (ONU), no § 2, do seu Artigo 1, define genocídio como “crime contra a humanidade” (BITTAR; ALMEIDA, 2008).

No entanto, é com a *Convenção para Prevenção e Punição/Repressão do Crime de Genocídio*, promulgada pela ONU em 1948, que o debate em torno do genocídio ganha uma conceituação mais forte e uma orientação jurídica de como punir e combater o genocídio. Vale salientar que essa convenção foi ratificada pelo Congresso brasileiro em 1952 (cf. BRASIL, 1952).

A *Convenção para Prevenção e Punição/Repressão do Crime de Genocídio* reconhece que em “todos os períodos da história o genocídio causou grandes perdas à humanidade” (ORGANIZAÇÃO, 2017, p. 1). Além disso, em seu Artigo 1, essa convenção estabelece que o “genocídio, seja cometido em tempo de paz ou em tempo de guerra, é um crime do direito dos povos, que desde já se comprometem a prevenir e a punir”. No Artigo 6 a convenção coloca as bases legais e jurídicas para a punição dos responsáveis pelo crime de genocídio. Ela estabelece: “As pessoas acusadas de genocídio [...] serão julgadas pelos tribunais competentes do Estado em cujo território o ato foi cometido ou pelo tribunal criminal internacional que tiver competência quanto às Partes Contratantes que tenham reconhecido a sua jurisdição” (ORGANIZAÇÃO, 2017).

Com a *Convenção para Prevenção e Punição/Repressão do Crime de Genocídio* é aberto um processo histórico e jurídico não apenas para definir, do ponto de vista jusfilosófico, o crime de genocídio, mas para punir os culpados por esse crime.

4. DIREITOS HUMANOS E A ONU

Inicialmente afirma-se que nem sempre o ser humano percebeu a si mesmo como uma espécie digna de respeito e de valorização ética. Em muitos ambientes socioculturais e em muitos momentos da história o ser humano percebeu a si mesmo como apenas como um objeto de

produção-consumo. Por isso, é necessário ter consciência que ao “longo da história, a positivação dos direitos fundamentais se deu em ondas” (LEMBO, 2007, p. 269), ou seja, o processo de teorização e efetivação dos direitos humanos foi acontecendo lentamente e não seguiu um modelo linear da história.

Por *direitos humanos* entende-se um conjunto axiomático de direitos que tem por missão reiterar, reforçar e reafirmar a dimensão universal e única da vida e da dignidade da pessoa humana. Em uma “escala de valores que reconhece a dignidade intrínseca de todo ser humano. Isso significa que qualquer indivíduo, em qualquer lugar, deve ser reconhecido como portador de direitos” (BENEVIDES, 2007, p. 336) e que, ao mesmo tempo, é fundamental a garantia do “direito primordial, base de todos os outros, que é o direito à vida” (BENEVIDES, 2007, p. 341).

Dentro desse cenário, conceitua-se *direitos humanos* como:

[...] os direitos humanos são direitos próprios de todos os homens, enquanto homens, à diferença dos demais direitos, que só existem e são reconhecidos, em função de particularidades individuais ou sociais do sujeito. Trata-se, em suma, pela sua própria natureza, de direitos universais e não localizados, ou diferenciais. (COMPARATO, 1998, p. 19).

Junto com a definição de direitos humanos é necessário conceituar o que seja dignidade da pessoa humana. Isso acontece porque os direitos humanos somente existem em função da dignidade e do nível ético e humanístico que a pessoa humana possui. Por isso, conceitua-se *dignidade da pessoa humana* da seguinte forma:

[...] dignidade da pessoa humana não consiste apenas no fato de ser ela, diferentemente das coisas, um ser considerado e tratado como um fim em si e nunca como um meio para a consecução de determinado resultado. Ela resulta também do fato de que, pela sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita. Daí decorre, como assinalou o filósofo, que todo homem tem dignidade, e não um preço, como as coisas. (COMPARATO, 1999, p. 20).

Ao longo dos séculos e especialmente nos últimos 150 anos os direitos humanos passaram por um processo de reconhecimento, implantação e aperfeiçoamento. Por exemplo, mesmo com as “violações aos direitos humanos” (SILVA, 2008, p. 62) por parte do Estado, com prudência, é necessário reconhecer o avanço no campo da aplicação dos direitos humanos em áreas, como, por exemplo, a proteção da mulher, de minorias, de grupos sociolinguísticos ameaçados de extinção, de deficientes físicos e de grupos humanos nômades.

Na sociedade contemporânea o movimento dos direitos humanos passa por um momento de conflito e até mesmo de ambiguidade.

De um lado, existe uma consciência, cada vez maior, da necessidade da “correção das injustiças existentes no mundo” (DALLARI, 2008, p. 187). Essa necessidade conduziu vários segmentos sociais, identificados com a luta pela defesa da dignidade da pessoa humana, a perceberem os “direitos humanos passam a constituir um forte elemento da ética na vida social” (RIBEIRO, 2008, p. 225). Dentro desse contexto, passa haver um clamor pela “limitação ao poder do Estado” (RIBEIRO, 2008, p. 224). Todo esse movimento conduz ao cosmopolitismo (cf. BITTAR, 2008) e ao multiculturalismo (cf. KWEITEL, 2008), presentes no atual modelo societário, a buscarem novas e mais vibrantes formas de integração sociocultural entre os indivíduos e entre os diversos grupos que compõem a vida social.

Do outro lado, tem-se um movimento preocupante. Um movimento marcado pelo Estado, enquanto um “agente ativo da violação dos direitos humanos, por intermédio do extermínio dos indivíduos por meio da preservação da soberania nacional” (SILVA, 2008, p. 62). A violação aos direitos humanos não acontece apenas em âmbito e financiado pelo Estado. Existe uma série de organizações sociais que, por razões diversas, de forma direta ou indireta, consciente ou inconscientemente, criam obstáculos para o pleno exercício dos direitos humanos. Entre essas organizações sociais é possível citar: partidos políticos com as mais variadas ideologias e plataformas de reivindicação social, grupos fundamentalistas e terroristas.

É dentro desse contexto que é necessário se pensar a relação entre a ONU e os direitos humanos. Percebe-se a “ONU como um organismo internacional capaz de lutar, impulsionar e tentar colocar em prática políticas ligadas aos direitos humanos” (DALLARI, 2008, p. 192).

Sobre a ONU, afirma-se que ela “almeja, como diz o seu preâmbulo, ‘preservar as gerações futuras do flagelo da guerra’. Por isso propõe delimitar através das técnicas da convivência social engendradas pela teoria jurídica, o exercício do poder dos Estados-soberanos desencadeador da violência da guerra” (LAFER, 1995, p. 169). Ela “não tem existência independente, nem poderes superiores aos dos Estados que a compõe” (ALVES, 1994, p. 135). Por isso, a “ação da ONU caracterizar-se pela ação de um *tertius* que não é um governo – um poder comum – mas uma instância de interposição num sistema interestatal” (LAFER, 1995, p. 170).

A ONU tem sido um dos organismos internacionais de maior atuação e destaque na luta e na proteção aos direitos humanos (cf. MELLO, 2002). Por isso, é possível se afirmar que, nos últimos 70 anos, a ONU tem se notabilizado como guardião dos direitos humanos, principalmente como fiadora e elemento central para a implantação da *Declaração Universal dos Direitos do Homem* (cf. PERRONE-MOISÉS, 1999). Neste contexto, a ONU é uma agência internacional que busca desenvolver e implantar um modelo de desenvolvimento humano mais justo nos diversos ambientes socioculturais que integram a sociedade (cf. RICUPERO, 2002).

A ONU é um organismo internacional que, por meio de diversos mecanismos, tenta concretizar, tornar real o ideal dos direitos humanos. Dentro do ideal dos direitos humanos, a ONU deve ter como plano central das suas ações a garantia do direito à vida, evitar e eliminar as guerras e toda forma de beligerância que possa conduzir a morte de seres humanos e estabelecer, mesmo que em condições mínimas, a convivência entre Estados, povos, etnias, línguas, religiões e ideologias diferentes. De forma sintética, afirma-se que, dentro dos debates dos direitos humanos, a ONU é uma proposta audaciosa do ser humano tentar, por meio diplomáticos e pacíficos, acabar ou amenizar com a

contradição freudiana entre o processo civilizatório e a barbárie.

5. DIREITOS HUMANOS E A ONU: A POSSIBILIDADE DE UM PROCESSO DE PERDÃO PARA O GENOCÍDIO

Como demonstra Freud (2011) o ser humano vive, desde os tempos mais primitivos de sua existência, uma luta constante, uma contradição entre o processo civilizador e a barbárie, entre níveis mais elaborados da cultura e da convivência humana e a violência.

Na perspectiva freudiana, o genocídio é um momento onde a barbárie, a violência e o desejo ensandecido por sangue, que estava escondido, recalcado no mais profundo do inconsciente, vem a toma. Com isso, ondas de violência, de terror e de sangue tomam conta das ruas e das cidades. Se esse processo não for detido, por algum mecanismo legado a política, a diplomacia e a estrutura militar, a violência e o terror se espalharam por cidades, países e continentes até que, por fim, toda a humanidade e a civilização sejam destruídas. Por isso, quando é iniciado um genocídio, torna-se fundamental que o processo para deter, conter o processo genocida seja colocado em prática e tenha êxito. Se o processo de deter o genocídio falhar a espécie humana poderá se alto destruir, por meio da violência e da barbárie, em pouco tempo.

No entanto, apesar da contradição exposta por Freud (2011), compreende-se que o fim último do ser humano não é a violência e a barbárie. Essa contradição pode acompanhar o ser humano desde os tempos mais primitivos da sua existência, mas isso não significa que irá acompanhá-lo para sempre. Essa contradição pode ser freada e até mesmo abandonada em algum momento da história da humanidade. Uma forma de começar a frear e abandonar essa contradição é o tratamento ao crime de genocídio.

Numa perspectiva dos direitos humanos é necessário que, diante do crime genocídio, se reafirme que os seres humanos não são supérfluos e descartáveis (LAFER, 1988) e, além disso, que todo indivíduo tem dignidade, e não um preço, como as coisas. (COMPARATO, 1999).

Baseado nesta axiomática afirmação sobre os direitos fundamentais da pessoa humana, afirma-se que apesar das diferenças políticas, ideológicas, econômicas, religiosas e de qualquer outra natureza, nenhum grupo societário humano tem o direito de tentar eliminar, parcialmente ou totalmente, outro grupo.

No entanto, essa afirmação, por mais fundamental que seja, não é suficiente para evitar a realização de um genocídio. É necessário recordar que apesar da condenação, por parte da comunidade internacional, do genocídio judeu, realizado entre as décadas de 1930 e 1940, da promulgação da *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, da *Carta de Londres* e da *Convenção para Prevenção e Punição/Repressão do Crime de Genocídio*, nada disso evitou que novos genocídios acontecessem ao longo do século XX.

É preciso ter a consciência que a afirmação jusfilosófica dos direitos humanos, que a promulgação de declarações universais, de convenções e outros documentos é de fundamental importância para a construção de uma estrutura ética e teórica que dará sustentação a luta contra o crime de genocídio e outras violações a dignidade da pessoa humana.

No entanto, é necessário ir além dessa estrutura. É necessário haver uma organização que possa, por diversos métodos, desenvolver uma política anti-genocídio e, com isso, garantir, de forma mínima, a convivência entre grupos societários antagônicos. Em nível internacional essa organização é a ONU, ou seja, um fundamental organismo responsável, dentre outras coisas, em *impulsionar e tentar colocar em prática políticas ligadas aos direitos humanos* (DALLARI, 2008).

Uma das reais possibilidades da ONU desenvolver e colocar em prática uma política anti-genocídio é a questão do perdão.

Todavia, como salienta Derrida (2005), o perdão é diferente de conceitos ligados ao direito, como, por exemplo, a anistia e a reconciliação. Enquanto a anistia e a reconciliação estão ligados ao direito, o perdão está vinculado ao estabelecimento da justiça. O perdão só pode ser aplicado a crimes históricos e contra a humanidade, como é o caso do genocídio. Neste sentido, o perdão é um conceito e uma

experiência sociocultural ligada à justiça.

Além disso, dentro da perspectiva de Derrida (2004), não se pode estabelecer o perdão por um decreto do governo, uma lei ou uma comissão de julgamento histórico, como, por exemplo, as comissões da verdade na África do Sul e no Brasil. O perdão é um processo, na maioria das vezes doloroso, de recordar, de tornar presente crimes contra a humanidade e, com isso, evitar que esses crimes sejam praticados novamente.

Na perspectiva de Jacques Derrida a anistia e a reconciliação podem ser estabelecidas pelo direito e por um Estado. Neste sentido, com algum nível de segurança jurídica, existe como determinar as instâncias e as instituições envolvidas no processo. No entanto, e quanto ao perdão? Para Derrida (2004; 2005) o perdão não está vinculado ao direito, ao Estado e a um governo. Neste contexto, como efetivar o perdão? Justamente o perdão que é fundamental para evitar novos genocídios.

Não existe uma solução fechada e definitiva para essas questões. No entanto, aponta-se a ONU como um caminho, uma instituição que, devido a seu histórico e a sua atribuição de manter a paz entre os povos e nações, é convocada a construir o perdão, a ser uma instituição mediadora do perdão entre grupos societários envolvidos em atos de genocídio.

Nesta perspectiva, a ONU é convocada a mediadora do perdão, mas o perdão na ótica de Jacques Derrida. Para isso a ONU não pode simplesmente dizer, por exemplo, que um genocídio não aconteceu ou então que o genocídio deve ser esquecido, apagado da história, que os responsáveis (governantes, políticos, militares, etc) devem ser anistiados e coisas semelhantes. Não é esse o papel da ONU no desenvolvimento de uma política anti-genocídio.

O papel da ONU, dentro da política anti-genocídio, é, de um lado, reafirmar o direito e, por isso, a necessidade de punição para os culpados pelas barbaridades que foram praticadas. No entanto, do outro lado, seguindo o pensamento de Derrida (2004, 2005), a ONU deve promover o restabelecimento, a presentificação da memória do genocídio. Isso é necessário para que as futuras gerações se lembrem dos atos bárbaros que foram praticados e, ao mesmo tempo, esses atos não voltem a serem

repetidos. Para evitar a repetição dos atos de barbárie que caracterizam o genocídio, a ONU deve promover, mesmo que de forma indireta, a convivência entre os grupos societários envolvidos no genocídio.

A convivência entre grupos sociais que, muitas vezes, tem séculos de guerras e de derramamento de sangue entre si, não é uma tarefa fácil. Como aponta Derrida (2004), é um caminho difícil, muitas vezes tortuoso e que não se sabe, ao certo, se dará bons frutos no futuro. No entanto, se a humanidade deseja superar a contradição entre a civilização e a barbárie, apontada por Freud (2011), é necessário ter coragem para trilhar o caminho da convivência, mesmo que precária, entre grupos sociais diferentes e até mesmo inimigos.

Neste contexto, a ONU é convocada a ser a instituição internacional, desvinculada de governos e de ideologias, que deverá desenvolver uma política anti-genocídio. Um dos pilares dessa política será o estabelecimento do perdão grupos sociais que historicamente são inimigos.

6. CONCLUSÃO

Diante do exposto, reforça-se que, de um lado, o genocídio é um crime contra a humanidade que atinge não apenas os povos e etnias envolvidas, mas todo o gênero humano. Por isso, é um crime brutal que atinge a dignidade da pessoa humana e os direitos humanos. Trata-se do crime que mais representa a contradição freudiana entre a civilização e a barbárie.

Do outro lado, como salienta Jacques Derrida, o genocídio é um crime que extrapola os limites do direito, dos governos e do Estado. Por isso, é necessário pensar em outra instância para refletir, julgar e ter políticas que posam impedir a realização de novos genocídios. Não existe uma fórmula definitiva para evitar novos genocídios. No entanto, como enfatiza Derrida, é necessário trabalhar a dimensão da memória e da convivência como elementos-chaves para combater a prática genocida.

Por fim, afirma-se que a humanidade ainda está distante de uma

solução definitiva para o crime de genocídio. No entanto, como demonstrou Derrida, é necessário ter coragem para enfrentar o problema. Uma das formas para enfrentá-lo é por meio de uma política anti-genocídio. Um dos pilares dessa política será o estabelecimento do perdão entre grupos sociais que historicamente são inimigos. Neste contexto, a ONU é convocada a ser a instituição internacional, desvinculada de governos e de ideologias, que deverá tentar estabelecer o perdão e, com isso, evitar novos crimes de genocídio.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Augusto Lindgren. A ONU e a proteção aos direitos humanos. In: **Revista Brasileira de Política Internacional**, v. 37, n. 1, p. 134-145, 1994.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitário, 2007.

BENEVIDES, Maria Victoria. Direitos humanos: desafios para o século XXI. In: SILVEIRA, Rosa Maria Godoy [et al] (Org.). **Educação em direitos humanos: fundamentos teórico-metodológicos**. João Pessoa: Universitária, 2007, p. 335-350.

BITTAR, Eduardo C. B. Cosmopolitismo e direitos humanos. In: BITTAR, Eduardo C. B. (Org). **Direitos humanos no século XXI: cenários de tensão**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p. 77-92.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis. Convenção sobre a imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade. In: BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis (Orgs.). **Mini Código de Direitos Humanos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2008.

BRASIL. **Decreto n. 30.822, de 6 de maio de 1952. Promulga a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, concluída em**

Paris, a 11 de dezembro de 1948, por ocasião da III Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas. Brasília: Câmara dos Deputados, 1952.

BRUNETEAU, Bernard. **O Século dos genocídios:** violências, massacres e processos genocidários da Armênia a Ruanda. Lisboa: Instituto Piaget, 2008.

CAMPOLINA MARTINS, Antônio Henrique. Armênia, um povo em luta pela liberdade: o mais longo genocídio da história. In: **Ética e Filosofia Política**, Juiz de Fora, UFJF, v. 3, n. 1, p. 139-159, 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** São Paulo: Saraiva, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. Fundamento dos direitos humanos. In: **IEA**, USP, 1998, p. 1-21.

CYTRYNOWICZ, Roney. **Memória da barbárie:** a história do genocídio dos judeus na Segunda Guerra Mundial. São Paulo: Nova Stella, 1990.

DALLARI, Dalmo de Abreu. As dificuldades para a implementação dos direitos humanos. In: BITTAR, Eduardo C. B. (Org). **Direitos humanos no século XXI:** cenários de tensão. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p. 186-198.

DERRIDA, Jacques. **Força de lei.** São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DERRIDA, Jacques. **Gramatologia.** São Paulo: Perspectiva, 2008.

DERRIDA, Jacques. Lógicas do perdão. In: **Folha de São Paulo**, São Paulo, Caderno Mais, domingo, 17 de outubro de 2004, p. 1-2.

DERRIDA, Jacques. O perdão, a verdade, a reconciliação: qual gênero? In: NASCIMENTO, Evandro (Org.). **Jacques Derrida:** pensar a desconstrução. São Paulo: Estação Liberdade, 2005.

DIP, Ricardo. **Segurança jurídica e crise pós-moderna.** São Paulo: Quartier Latin, 2002.

DUQUE-ESTRADA, Paulo César. Sobretudo... o perdão: (im)possibilidade, alteridade e afirmação. In: DUQUE-ESTRADA, Paulo César (Org.) **Espectros de Derrida.** Rio de Janeiro: NAU Editora/PUC-Rio, 2008, p. 13-38.

FONTANA, Antonio. **O perdão dos pecados**. Lisboa: Edições 70, 2011.

FRANÇA MIRANDA, Mário. **Sacramento da penitência**: o perdão de Deus na comunidade eclesial. São Paulo: Loyola, 1978.

FRANCO, José Eduardo; CIESZYNKA, Beata. **Holodomor**: a desconhecida tragédia ucraniana. Porto: Gracio Editor, 2013.

FREUD, Sigmund. **Mal-estar na civilização**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

GESSINGER, Ruy Armando. **Da dispensa da pena (perdão judicial)**. São Paulo: Fabris Editor, 1984.

HARVEY, David. **Condição pós-moderna**. São Paulo: Loyola, 2004.

HATZFELD, Jean; D'AGUIAR, Rosa Freire. **Uma temporada de facções**: relatos do genocídio em Ruanda. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

HOBSWAM, Eric. **A era dos extremos**: o breve século XX 1914-1991. 2 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

JAMESON, Fredric. **Pós-modernismo**: a lógica cultural do capitalismo tardio. 2 ed. São Paulo: Ática, 2002.

KWEITEL, Juana. Multiculturalismo, globalização e direitos humanos. In: BITTAR, Eduardo C. B. (Org). **Direitos humanos no século XXI**: cenários de tensão. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p. 127-140.

LAFER, Celso. A ONU e os direitos humanos. In: **Estudos Avançados**, v. 9, n. 25, p. 169-185, 1995.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LEMBO, Cláudio. **A pessoa**: seus direitos. Barueri: Manole, 2007.

LOUREIRO, Heitor de Andrade Carvalho. 95 Anos do Genocídio Armênio. Protótipo dos Genocídios dos Tempos Modernos. In: **Revista de Ética e Filosofia Política**, Juiz de Fora, UFJF, v. 2, n. 12, p. 271-275, 2010.

LYON, David. **Pós-modernidade**. São Paulo: Paulus, 1998.

LYOTARD, Jean François. **A condição pós-moderna**. 8 ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2004.

MAGALHÃES, Antônio Barbedo. **Timor Leste: ocupação indonésia e genocídio**. Porto: Universidade do Porto, 1992.

MAGALHÃES, Thereza Calvet. Compreensão e perdão em Hannah Arendt: a política como problema filosófico. In: **Mulheres de palavra**. São Paulo: Loyola, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. A proteção dos direitos humanos sociais nas Nações Unidas. In: **Interesse Público**, 2002.

MIGLIORI, Maria Luci Buff [et al]. **Horizontes do perdão: reflexões a partir de Paul Ricoeur e Jacques Derrida**. 2007.

NACIONES UNIDAS. **Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal**, 1950. New York, 2005.

NASCIMENTO, Evandro. O perdão, o adeus e a herança em Derrida. In: NASCIMENTO, Evandro (Org.). **Jacques Derrida: pensar a desconstrução**. São Paulo: Estação Liberdade, 2005.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo. **Para além da fragmentação: pressupostos e objetivos da racionalidade dialética contemporânea**. São Paulo: Loyola, 2002.

ORGANIZAÇÃO das Nações Unidas. **Convenção para Prevenção e Punição/Repressão do Crime de Genocídio de 1948**. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/segurancapublica/convenca....crime_genocidio.pdf. Acesso em 08 de janeiro de 2017.

PERRONE-MOISÉS, Cláudia. Direitos humanos e desenvolvimento: a contribuição das Nações Unidas. In: AMARAL JÚNIOR, A. A.; PERRONE-MOISÉS, Cláudia. **O cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem**. São Paulo: Edusp, 1999, p. 179-196.

RIBEIRO, Renato Janine. Direito, democracia e direitos humanos. In: BITTAR, Eduardo C. B. (Org). **Direitos humanos no século XXI: cenários de tensão**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p. 220-240.

RICUPERO, Rubens. **Esperança e ação: a ONU e a busca de desenvolvimento mais justo**. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

ROESLER, Átila dpa Rold. A extinção da punibilidade e o perdão judicial na apropriação indébita previdenciária (art. 168-A, CP). In: **Jus Navigandi**, Teresina, ano, v. 9, 2007.

ROSEMAN, Mark. **Os nazistas e a solução final**. A conspiração de Wannsee: do assassinato em massa ao genocídio. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

SARAVIA, Mariano. **O grito armênio: crônica de um genocídio**. Lisboa: Felipe Gonzalez, 2001.

SIGAUD, Lygia. Armadilhas da honra e do perdão: usos sociais do direito na mata pernambucana. In: **Mana**, v. 10, n. 1, p. 131-163, 2004.

SILVA, Carlos Augusto Canêdo Gonçalves. **O genocídio como crime internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SILVA, Denise Carvalho. Indivisibilidade entre os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais: problemas de reconhecimento e dificuldades na implementação. In: BITTAR, Eduardo C. B. (Org). **Direitos humanos no século XXI: cenários de tensão**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p. 61-75.

SILVA, Ronaldo Miguel. **Pós-humano: crise ou reconstrução da identidade humana?** Porto Alegre: Editora Fi, 2015.

VATTIMO, Gianni. **O fim da modernidade: niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

A INCERTEZA DO ACESSO À JUSTIÇA EM FACE DA CULTURA DO LITÍGIO: A ascensão de métodos alternativos de resolução de conflitos

THE UNCERTAINTY OF ACCESS TO JUSTICE IN THE CULTURE OF LITIGATION: The rising of alternative dispute resolution

Eduardo Silva Luz¹

Recebido em: 14/02/2017

Aprovado em: 16/07/2017

RESUMO

O artigo busca analisar a concretização do direito de acesso à justiça, garantido constitucionalmente e inscrito pelo constituinte dentre o rol dos direitos fundamentais, será apresentado também a importância desse direito como forma de garantia dos demais direitos fundamentais. Esmiuchando os efeitos da justiça moderna nesse direito, sendo que esta passa por um atual momento de crise judiciária, devido à morosidade exacerbada e uma demasiada quantidade de processos que impossibilitam a garantia da justiça. Será analisada também, a cultura do litígio bastante presente na sociedade moderna, como uma das

¹ Mestrando em Direito pela Universidade Católica de Brasília. Bolsista pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES. Graduado em Direito pela Associação de Ensino Superior do Piauí-AESPI.

causas do problema no de esgotamento do judiciário, apresentando as atuais reformas legislativas que visam reformar e resolver o problema, principalmente estimulando a utilização de métodos alternativos de resolução de conflitos, como forma adequada de resolver a maioria dos problemas, e propiciando a população a mudança da cultura do litígio para a do consenso, garantindo assim o tão desejado sentimento de justiça.

PALAVRAS-CHAVE

Acesso à Justiça, Direitos Fundamentais, Cultura do Litígio e Consenso.

ABSTRACT

The article seeks to analyze an implementation of access to justice, guaranteed constitutionally and inscribed by the Constituent Assembly on the list of fundamental rights, also will be presented the importance of this right as a way of guaranteeing the fundamental rights. Examining the effects of modern justice in that right, that today be passing through a judicial crisis, due to delays exacerbated and an excessive amount of processes that make it impossible to guarantee justice. Also will be examined, the culture of litigation present in modern society, as one of the causes of the problem of exhaustion of the judiciary, showing the current legislative reforms aimed at reform and solve the problem mainly by stimulating the use of alternative methods of conflict resolution, as an appropriate way to solve most problems, and allowing the population to change the culture of litigation to the consensus, thus ensuring the much-desired sense of Justice.

KEYWORDS

Access to Justice, Fundamental Rights, Culture of Litigation and Consensus

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como precípua finalidade apresentar como a utilização de Métodos Alternativos de Resolução de Conflitos também denominados de *ADRs – Alternative Dispute Resolution* podem ajudar na solução da crise processual pela qual o Judiciário Brasileiro encontra-se, devido ao excesso de processos que aumentam progressivamente todos os dias, em uma taxa que não é possível acompanhar.

Com a data vênua necessária, e correndo risco de ser um pouco superficial, a problemática que hoje se encontra no seio do judiciário brasileiro, assemelha-se por meio de analogia, à crise econômica de 1929, caracterizada como uma crise de superprodução pode-se assim correlacionar ao que acontece atualmente, na qual demasiadamente se judicializa questões, até mesmo questões que podem ser consideradas fúteis, ou que talvez não merecessem o olhar mais aprofundado pelo Estado-Juiz. Entretanto, esse tipo de raciocínio, tem um problema, porque entra em colapso, com a disposição constitucional contida no artigo 5º, inciso XXXV, que de forma rápida afirma que a lei não poderá impedir que o poder judiciário, aprecie qualquer lesão ou ameaça ao direito, esta norma com eficácia imediata com status de direito fundamental, garante a todos as pessoas dentro do território brasileiro, a possibilidade de ter sua questão, analisada pelo poder judiciário, não podendo ser impedido sem uma razão justificável.

Porém, como garantir um processo judicial célere, e que passe a tão desejável sensação de justiça para a população, quando se tem um poder judiciário esgotado e mesmo impossibilitado de agir? A relação da população com o Judiciário, possui um caráter quase que paternalista, na qual esta desamparada ou mesmo abandonada pelos demais poderes da república recorrem ao judiciário com, os anseios de terem seus direitos fundamentais concretizados e respeitados, contudo toda a engrenagem do judiciário falha quando está sendo forçada demais impossibilitando assim a consecução da própria dignidade humana.

Nesse ponto com a missão de socorrer o judiciário, e desafogá-lo de

processos, surge-se assim os denominados métodos alternativos de resolução de conflitos buscando a concretização do ideal de justiça e possibilitando com que os resultados sejam alcançados de forma célere, e que satisfaça ambos os lados envolvidos na lide, antes de aprofundar a questão dentro seio do judiciário, entrando na fila de espera processual para que venha a ter um resultado, apenas em alguns anos.

Desta feita, mediação, conciliação e arbitragem, tratam-se de formas que podem ser utilizadas com mais veemência por parte dos interessados, com afã de ter suas questões resolvidas, este procedimento já adotado mundialmente, principalmente quando trata-se de arbitragem internacional, deve ser incentivado pelo Estado brasileiro, afim de resgatar o poder judiciário da crise em que este encontra-se, possibilitando a garantia dos direitos constitucionais da população.

O antigo código processo civil de 1973, mesmo que de forma modesta, já demonstrava por parte do Estado, uma tendência em se priorizar a resolução dos conflitos fora da esfera judicial mas, dentro das denominadas câmaras de conciliação e arbitragem. Com o atual código de processo civil de 2015, consolidou-se a ideia dos métodos alternativos de resolução de conflitos, como uma etapa processual, na qual passou-se tratar de uma função inerente ao Estado-Juiz buscar a conciliação ou mediação entre as partes.

Desta forma, demonstra-se a importância de tais métodos para a consolidação do ideal de justiça, e a pertinência deste artigo que busca estudá-los de forma não a esgotar o tema, mas em fomentar ainda mais o debate sobre esta nova-velha seara do direito, com isso apresentar-se-á no decorrer do texto uma visão histórica, características e possibilidades da utilização dos métodos alternativos de resolução de conflitos.

2. VISÃO HISTÓRICA – DA AUTOTUTELA À JURISDIÇÃO ESTATAL

Inicialmente, antes de aprofundar o assunto, analisando a evolução das formas de resolução de conflitos é de bom alvitre fazer uma análise filológica das palavras conflito e lide, pois estas tem bastante pertinência

e relação com o tema, e embora pareça algo simplista vale ressaltar que não são elementos obrigatórios do processo ou seja, não é necessário a existência de conflito para que seja provocada a jurisdição estatal, nesses casos fala-se em jurisdição voluntária.

O conflito trata-se de um problema que está intrinsecamente ligado com a vida em sociedade, inevitavelmente, o contato constante entre seres humanos que possuem anseios e desejos diferentes ou mesmo que as vezes se chocam, acabam por gerar o conflito. O Filósofo Moderno Hegel, em seu livro a Fenomenologia do Espírito, explicita que uma das características fundamentais do Homem, trata-se do desejo de ser desejado, e isso é a razão dos principais conflitos da humanidade.

O jurista italiano Carnelluti explicita fundamentalmente o que para ele seria a gênese do conflito:

A ambição (ou a necessidade) do homem é ilimitada, enquanto os bens (corpóreos e incorpóreos), passíveis de ser objeto dessa ambição são limitados; a disputa por conseguinte, é inevitável.(CARNELLUTI, 1944 apud TARTUCE, 2008, p.25)

Com isso, analisando as ideias de Hegel e Carnelluti, percebemos que o conflito nasce em razão da vontade humana de ter determinado bem ou seja de uma pretensão a um ou situação de vida e sua impossibilidade de obter, em razão do choque com os interesses de um terceiro.

E hodiernamente o Direito tem a função de ordenar a sociedade, tentando dessa forma resolver esses conflitos, coordenando os interesses que se apresentam no cotidiano em sociedade, e possibilitando a cooperação entre as pessoas, porém o caminho para chegar nesse ponto em que existe todo um aparato legal, voltado para resolver os conflitos não foi uma trajetória simples, e passou-se por momentos de justiça com as próprias mãos até chegarmos na jurisdição estatal. Antônio Cintra, Ada Grinover e Cândido Dinamarco apresentam de concisa, as diversas formas de resolução de conflito:

A eliminação dos conflitos ocorrentes na vida em sociedade pode-se verificar por obra de um ou de ambos os sujeitos dos interesses confi-

tantes, ou por ato de terceiro. Na primeira hipótese, um dos sujeitos (ou cada um deles) consente no sacrifício total ou parcial do próprio interesse (autocomposição) ou impõe o sacrifício do interesse alheio (autodefesa ou autotutela). Na segunda hipótese, enquadram-se a defesa de terceiro, a conciliação, a mediação e o processo (estatal ou arbitral). (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2012, p.28)

Percebe-se a partir da citação dos eminentes processualistas, a existência clássica de três formas de resolução conflitos, que sejam elas Autotutela (somente admitida em nosso ordenamento, em casos expressos na lei), Auto composição e a Jurisdição Estatal, esta última tem sua gênese a partir da consolidação do Estado, quando ele chama as atribuições jurisdicionais para sua esfera de competência, passa-se a discorrer sucintamente das três formas.

A primeira forma de resolução de conflitos trata-se da autotutela característica marcante das sociedades primitivas em razão da inexistência de leis e mesmo por um estado incipiente ou mesmo ausente, que não possuía meios que garantissem a ordem e o cumprimento do direito.

Assim a autotutela caracterizava-se por ser o exercício arbitrário do direito subjetivo através da coerção física e moral, a justiça era determinada e feito pelas próprias mãos com a submissão dos mais fracos, aos desejos e anseios daqueles que possuíam mais força para defender os seus direitos, Cintra, Grinover, Dinamarco:

Nas civilizações primitivas, onde não havia um Estado suficientemente forte para superar os ímpetos individualistas dos homens e impor o direito acima da vontade dos particulares, nem sequer existiam as leis a serem impostas pelo Estado sobre os particulares, quem tivesse uma pretensão resistida ou impedida por outrem, trataria de satisfazer essa pretensão através da força física. (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2012, p.28)

Na esfera penal, esta forma de agir foi denominada de vingança privada, em que a própria pessoa que sofria o dano ou mesmo seus parentes, realizavam a justiça com as próprias mãos em face do autor do crime, mais uma demonstração de uma vontade que se impunha à outra

pela força sem a intervenção de terceiro.

No atual ordenamento jurídico brasileiro, já não se permite mais a autotutela, exceto nos casos em que a lei prevê e possibilita que seja realizado como nos casos de legítima defesa ou estado de necessidade, bem como nos casos de direito de retenção de imóveis. Entretanto se faz necessário ressaltar que essas hipóteses de autotutela, previstas pelo direito brasileiro, não se assemelha com a mesma autotutela presente em civilizações primitivas, em razão de tratar-se de medidas excepcionais e com limites previstos na própria legislação.

A outra forma de resolução clássica de conflitos trata-se da autocomposição, que embora tenha surgido com as sociedades primitivas, permanece forte no direito atual, se materializando basicamente em três formas, a negociação, mediação e a conciliação. Dessa forma a autocomposição caracteriza-se por uma situação em que uma das partes do conflito ou mesmo as duas, abre mão de seu interesse no todo ou em parte de modo que ambas possam sair satisfeitas, poderíamos vislumbrar como uma forma de ajuste ou entendimento de vontades, afim de dirimir ou acabar com o conflito.

A composição do conflito, através da autocomposição tradicionalmente se dava por meio da desistência, submissão e da transação, mais uma vez cita-se os preclaros doutrinadores processualistas Cintra, Grinover e Dinamarco:

São três as formas de autocomposição (as quais sobrevivem até hoje com referência aos interesses disponíveis): a) desistência (renúncia a pretensão); b) submissão (renúncia a resistência oferecida à pretensão); c) transação (concessões recíprocas). Todas essas soluções têm em comum a circunstância de serem parciais – no sentido que dependem da vontade e da atividade de uma ou de ambas as partes envolvidas. (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2012, p.29)

A autocomposição é a forma mais comum de resolução de conflitos, e principalmente por meio da transação, deveria ser bastante incentivado pelo poder judiciário, pelo seu caráter consensual e altruísta, na qual os próprios membros do litígio procuram a solução mais adequada

para sua divergência.

Com a progressão da vida em sociedade, e com a complexidade de alguns casos, os indivíduos começaram a procurar uma pessoa imparcial e de confiança mútua, para intervir no conflito, ajudando a encontrar uma solução para a divergência. Inicialmente esse terceiro imparcial, era os sacerdotes ou sábios, que chamavam para si uma função de árbitro, o que iria gerar futuramente o instituto da arbitragem, bastante utilizada atualmente, principalmente para resolução de conflitos no âmbito do direito internacional privado e mesmo no direito interno.

A consolidação do Estado, com o seu poder e soberania dentro do seu território, passou a intervir nos conflitos, chamando para si a competência para a resolução dos conflitos, afim de manter a ordem e a harmonia social. Conflitos antes solucionados de forma privada passaram para a esfera estatal, adquirindo um caráter público pela função jurisdicional do Estado.

A arbitragem que se caracterizava por ser facultativa foi englobada pela função jurisdicional do Estado, que deveria ser provocado, para através dos seus Estado-Juizes, oferecessem soluções aos litígios. Humberto Theodoro Júnior analisa a atividade jurisdicional do Estado da seguinte forma:

Em linhas gerais, a jurisdição caracteriza-se como o poder que toca ao Estado, entre suas atividades soberanas, de formular e fazer atuar praticamente a regra jurídica concreta que, por força do direito vigente, disciplina determinada situação jurídica conflituosa. O processo é o método, o sistema de compor a lide em juízo mediante de uma relação jurídica vinculativa de direito público. Por fim, a ação é o direito público subjetivo abstrato, exercitável pela parte para exigir do Estado a obrigação da prestação jurisdicional. (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 45)

Desta forma, surge a outra forma de resolução de conflitos e consequentemente a mais utilizada pela sociedade em geral hodiernamente, que trata-se da jurisdição estatal, meio esse que foi garantido como direito fundamental, na carta magna de 1988, quando garante ao acesso a justiça.

Entretanto vale advertir, que a evolução histórica aqui colocada de forma linear, não se deu exatamente dessa forma, seguindo algo cronológico e direto, em razão de que a história da humanidade é marcada por avanços e retrocessos, escolheu-se essa forma de apresentação apenas para manter o caráter didático e facilitar o entendimento de como evoluiu-se de um momento de um Estado incipiente, para um centralizador que tem entre suas funções a tentativa de dirimir conflitos afim de manter a harmonia social.

3. O ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

O Constituinte achou por bem positivizar o direito de acesso a justiça no rol dos direitos fundamentais, o fez para garantir que este tivesse uma eficácia imediata, e não ficasse apenas no mundo das ideias, mas que fosse concretizado. Tudo isso se deve ao fato de que o acesso a justiça vai servir como alicerce para a garantia dos demais direitos fundamentais, pois é partir deste que se possibilita a efetivação dos direitos individuais, sociais e difusos.

Muito além de apenas uma norma de eficácia imediata, o direito de acesso a justiça contido no artigo 5º, inciso XXXV, encontra-se segundo Cappelletti e Garth envolto de alguns princípios e finalidades:

A expressão “acesso à Justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. (CAPPELLETTI, GARTH, 1988, p.8)

A partir da citação dos eminentes doutrinadores, percebe-se o que alhures já foi comentado, o direito de acesso a justiça, tem uma finalidade exorbitante, pois é a partir dele, que consegue-se efetivar os demais direitos dentro do poder judiciário, para ter a solução de seus conflitos.

Porém, como está claro na citação, para que esse direito seja efetivado de maneira que abranja toda a população, é necessário que esse

sistema de justiça, ou seja o poder judiciário seja acessível a todos, principalmente para as camadas mais carentes da população, que são os que mais sofrem principalmente porque para muitos destes, não há dignidade da pessoa humana ou mesmo direito fundamental. Não vive-se mais no século passado, em que somente aqueles que tivessem recursos que pudessem pagar o alto custo do processo, teriam acesso as vias do poder judiciário.

A justiça universal, acessível a todos e principalmente as classes mais abastadas e carentes da população é a concretização dos ideais do Estado Democrático de Direito, e dos princípios da dignidade humana, provendo a ordem e a paz social.

Quando o Estado possibilita, o acesso universal a justiça, muito além de estar concretizando uma norma ou um princípio constitucional, está na verdade fortalecendo as instituições, e dando uma nova concepção para o próprio Estado em si, como fonte da expressão máxima da cidadania, atendendo os anseios do povo, e possibilitando meios para a prestação de um serviço público eficaz e digno para a sociedade. No mesmo viés vale citar Cintra, Grinover e Dinamarco:

Acesso à justiça não se identifica, pois, com a mera admissão ao processo ou possibilidade de ingresso em juízo. Como se verá no texto, para que haja o efetivo acesso à justiça é indispensável que o maior número possível de pessoas seja admitido a demandar e a defender-se adequadamente (inclusive em processo criminal), sendo também condenáveis as restrições quanto a determinadas causas (pequeno valor, interesses difusos); mas, para a integralidade do acesso à justiça, é preciso isso e muito mais. (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2012, p.42)

Chega-se aqui, ao grande ponto emblemático da questão, a simples garantia do acesso as vias do poder judiciário, através da universalização, que foi permitido por meio de assistência jurídica e da justiça gratuita, possibilitada pela ação das Defensorias públicas, e da redução ou mesmo isenção das custas processuais, para aqueles que se declararem pobres na forma da lei, não resolve o problema nem satisfaz todo o viés do direito constitucional do acesso a justiça, e aqui questiona-se, o que

é preciso para concretizar esse direito?

A concretização desse direito, encontra-se intimamente ligado também, ao acesso ao Poder Judiciário com uma resposta tempestiva ou seja que não se prolongue demasiadamente no tempo, e através de uma solução efetiva para o conflito com uma participação pragmática e eficaz do Estado, respeitando os direitos fundamentais.

Desta forma, o inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, tem uma melhor interpretação quando este é analisado não apenas como uma garantia do acesso ao judiciário (que por vezes é em demasia burocratizado e deficiente), mas como uma forma de alcance à ordem jurídica justa de forma efetiva, tempestiva e adequada.

Vale ressaltar, que o conceito de acesso a justiça, está totalmente conectado com a satisfação daquele que se socorre no poder judiciário com o resultado final do processo que veem a resolver ao conflito, e não com o mero acesso ao Poder Judiciário, já que este acesso não significa que a pessoa terá o seu problema resolvido.

Nos últimos anos o legislador, atendendo os anseios da população em ter seus problemas resolvidos, e mesmo dos próprios juristas que buscam solução para desburocratizar e desafogar o judiciário, afim de concretizar o direito fundamental de acesso a justiça, tem realizado bastantes mudanças, que analisando algumas de forma cronológicas, podemos citar a partir da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, que contemplava mecanismos voltados para a busca da celeridade e desburocratização das atividades judiciárias. Dentre essas mudanças pode-se citar, a vedação de férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau, instalação da justiça itinerante.

A resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, demonstra essa preocupação moderna, quanto ao processo e ao acesso à justiça, e enquadra-se nesse atual movimento de mudanças de paradigmas, socorre-se de novo das palavras dos eminentes doutrinadores, Cintra, Grinover e Dinamarco:

Em relação à mediação e à conciliação, a exposição de motivos da Res. N. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça deixa claro que o inc. XXXV

do art. 5º da Constituição, que literalmente trata apenas do acesso ao Poder Judiciário, deve ser interpretado como garantia de acesso à Justiça por qualquer meio adequado de solução de conflitos, como a mediação e a conciliação. (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2012, p.44)

Com isso, para tentar resolver o quadro caótico e complexo dos procedimentos processuais brasileiros, que ao invés de resolver o problema, termina por gerar uma sensação de impotência aos operadores de direito e de injustiça aos que se socorrem do poder judiciário, em razão da demora demasiada na efetivação e conclusão do processo, assim deve-se alargar o conceito de acesso à justiça, que passa a compreender assim os meios alternativos, que atualmente se inserem em um amplo quadro de política judicial.

Mesmo que o código de processo civil de 1973, já prevê-se de forma tímida os meios alternativos de resolução de conflitos, apenas com o código de processo civil 2015, seguindo a tendência dos movimentos que buscam a desburocratização da justiça, foi que o legislador no atual código decidiu observar as diretrizes das resoluções do CNJ, e passou a tornar esses meios consensuais como indispensáveis a justiça, proporcionando a resolução consensual e garantindo a pacificação social.

Vale ressaltar que buscando um processo mais célere e justo, o Código de Processo Civil também trouxe outras inovações, como a simplificação de procedimentos e de atos processuais, e a valorização da jurisprudência do STF e dos Tribunais Superiores, que passam a ser obrigatórias devendo nortear as decisões de todos os tribunais e juízes singulares de todo país, unificando assim o entendimento em certas matérias.

A lei 13.140 de junho de 2015, também tem o condão de melhorar o acesso a justiça, ao regulamentar a mediação, estabelecendo que poderão ser solucionados por meio desta lei, todos os conflitos que envolvam direitos disponíveis e mesmo os indisponíveis que admitam transação, bem como passou a estimular a mediação privada, e prever a possibilidade de contratos possuírem uma cláusula de mediação como opção prévia, antes da abertura do processo.

Analisando todo esse movimento nos últimos anos, percebe-se

uma tendência à valorização das vias conciliativas, que passam a ser instrumentos de destaques como forma de acesso a justiça, em razão de que o poder judiciário sofre o desgaste da falta de recursos, e em razão da superlotação de processo dentro da via judiciária, estes meios surgem assim como alternativas à morosidade e ao alto custo processual.

4. DA CULTURA DO LITÍGIO AOS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS – MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO

Como alhures explicado, a morosidade processual tende a estrangular os direitos fundamentais do cidadão e não possibilitar a resolução justa do conflito, em razão disso as mudanças que ocorreram no sistema jurídico nacional, nos últimos anos tentam estimular e propiciar a população uma resolução de conflitos a partir do consensualismo resolvendo assim o problema da grande demanda judicial.

Entretanto surge na sociedade de acordo com o avanço das tutelas ou prestação jurisdicionais, uma tendência de resolver tudo desde problemas de grande complexidade até os mais fúteis, dentro da esfera estatal, se socorrendo assim do poder judiciário, algo que muitos doutrinadores têm entendido como uma cultura do litígio.

Voltando a analisar a sociedade brasileira, passou-se a ter uma falsa ideia de que qualquer meio alternativo para a solução de conflito, não terá segurança jurídica ou mesmo encontrar resultados práticos satisfatórios para resolução do problema. Trata-se aqui de uma cultura, que penetrou bem profundamente nas ideias do povo durante sua construção histórica.

Pode-se acrescentar uma outra problemática à cultura do litígio que tem-se na sociedade, que trata-se do caráter paternalista que a população vê no judiciário, muito embora esse poder deva exercer primordialmente um papel contramajoritário, a população acaba se socorrendo ao poder judiciário a todo instante em razão de se sentir abandonada pelos demais poderes, e afim de terem seus anseios atendidos, judicializam a questão, entrando assim para uma fila de milhares que tam-

bém tem o mesmo ideal.

Vale ressaltar que, a cultura do litígio da população não é o único motivo ou problema que causa a morosidade no judiciário, considerar isso seria isentar o Estado de qualquer responsabilidade e olhar apenas um viés do problema esquecendo-se assim da alta burocracia e da reforma pela qual o judiciário também necessita passar.

Mas sim, “a cultura do litígio” nos brasileiros é uma das responsáveis pela grande sobrecarga de processos no judiciário, seja em instâncias ordinárias, bem como instâncias superiores, chegando a assustadora marca de 100 milhões de processos, segundo dados mais recentes do Conselho Nacional de Justiça. O número de processos impressiona, bem como é certo que muitos deles, levaram anos para serem concluídos, subindo de grau em grau com recursos, levará bastante tempo para se transformar em coisa julgada.

Fugir da cultura do litígio ou da cultura da sentença em que deixe de se adjudicar todo e qualquer conflito, passando a resolve-lo adequadamente através de métodos consensuais, passa por diversas etapas, que não se implantam imediatamente, e que vai passar por enorme resistência da sociedade.

A sociedade construiu a ideia de que se não judicializar a questão, se não houver os embates homéricos dentro do judiciário, não iria ter sua satisfação e a outra parte controvertida sairá ganhando, qualquer método que fuja disso e que pregue o acordo e o consensualismo, é encarado como derrota e mesmo perca de tempo pela população.

Nesse ponto, ganha extrema importância, a atuação do operador do direito, no intuito de apontar para seu cliente, qual o caminho mais adequado a resolução do conflito que muitas vezes não passa pela tutela jurisdicional, podendo ser resolvido de forma conciliatória ou por meio da mediação, fugindo assim dos grandes problemas existentes dentro do judiciário como a lentidão e altas custas processuais. As benesses da conciliação seja ela realizada extraprocessual ou mesmo no curso da ação (endoprocessual), são diversas tanto para as partes, quanto para o próprio poder judiciário, pois terá questão resolvida em curto espaço de

tempo e com custo relativamente baixo. Além de que vale ressaltar mesmo em demandas judiciais, a sentença nem sempre vai trazer satisfação plena para o pseudo-vencedor da causa, ao contrário da mediação e conciliação em que busca-se sempre a forma consensual mais adequada para ambas as partes conflitantes.

Desta feita, percebe-se que se faz necessário, uma mudança curricular nos próprios cursos de direitos, para que sejam incentivado aos futuros operadores do direito, que estes devem buscar sempre a solução mais adequada para seus clientes, e fazendo-os perceber, que por vezes essa solução não passa pela prestação jurisdicional estatal quando a causa pode ser resolvida por métodos consensuais, como mediação e conciliação, encerrando-se assim a ideia de senso comum de que advogados devem sempre litigar a questão judicialmente, e demonstrando uma função moderna do operador do direito, que deve exercer uma função de conciliador e mediador.

Outro ponto bastante relevante para tentar mudar a atual situação da cultura do litígio, trata-se de incentivar também a participação dos juízes, estimulando os jurisdicionados em achar uma solução consensual, seja através da mediação e conciliação, que vale ressaltar são atividades complementares e não antagônicas do poder judiciário.

Somente após a mudança da cultura do litígio, é que pode-se falar em métodos alternativos para a resolução de conflitos, pois sem que haja essa mudança, os resultados que poderiam ser obtidos pela mediação, conciliação e arbitragem são inócuos ou ineficientes, principalmente porque a característica principal desses métodos são a voluntariedade e o consensualismo, ou seja é necessário que a população queira utilizar desses meios, não podendo ser forçada, pois estaria contradizendo todo o ideal desse projeto, assim o primeiro ponto como vinha-se retratando no decorrer do texto é a mudança de paradigmas. Vale citar o Roberto Portugal Bacellar:

A verdadeira justiça só se alcança quando os casos “se solucionam” mediante consenso. Não se alcança a paz resolvendo só parcela do problema (controvérsia); o que se busca é a pacificação social do conflito com a solução

de todas as questões que envolvam o relacionamento entre os interessados. Com a implementação de um novo modelo mediacional, complementar e consensual de solução de dos conflitos, o Estado estará mais próximo da pacificação social da harmonia entre as pessoas. (BACELLAR, 2011, p. 32-33)

Um dos princípios do Estado Democrático de Direito, é buscar principalmente a paz e a harmonia social, propiciando a satisfação e os respeitos dos direitos fundamentais da população, e a solução de conflitos por meios consensuais, é uma forma de concretizar este princípio, pois proporciona à todos uma solução prática e rápida, sem que tenha de passar anos aguardando uma decisão judicial.

Vale ressaltar que o Professor Kazuo Watanbe, em um seminário sobre mediação e arbitragem no dia 21 de novembro de 2014, frisou que “ é preciso adotar uma nova cultura que encontre meios adequados de solução de conflitos e não alternativos”, ou seja a mediação, conciliação e arbitragem, não devem ser tratadas apenas como meios alternativos a prestação jurisdicional, mas sim, como o meio adequado para a resolução daquele conflito em questão sem a necessidade de provocar a tutela estatal.

A partir desse ponto, passa-se a discorrer genericamente, sobre os três principais meios consensuais de resolução de conflitos, que sejam mediação, conciliação e arbitragem, com a finalidade entender um pouco mais, sobre cada um desses institutos.

A mediação trata-se de um método pacífico de resolução do conflito, por meio da qual um a terceira pessoa que deve ser imparcial, irá conduzir encontros em conjunto ou separado com as partes conflitantes, com a precípua finalidade de incentivar o diálogo entre as partes, para que desse modo possa se alcançar a resolução da contenda em que as partes estão envolvidas. Torna-se bastante pertinente citar a definição de Fernanda Tartuce:

A mediação consiste na atividade de facilitar a comunicação entre as partes para propiciar que estas próprias possam, visualizando melhor os meandros da situação controversa, protagonizar uma solução consensual [...] o mediador não impõe decisões, mas dirige as regras de comunicação entre as partes. (TARTUCE, 2015, 208)

Da citação da eminente doutrinadora, é possível inferir uma das principais características da mediador, que trata-se que este não deve impor decisão (diferenciando de uma sentença), mas sim propiciar um ambiente saudável de diálogo entre as partes conflitantes, assim conclui-se que o objeto principal da mediação não é o acordo em si, mas sim a resolução do conflito, a partir do diálogo e a posterior satisfação de todos os envolvidos.

A mediação após a aprovação do Código de Processo Civil de 2015 ganhou bastante destaque, assim como outros meios consensuais de resolução de conflito, e teve logo seu marco regulatório aprovado. Assim a lei 13.140/2015, veio a regular a mediação e definir o seu conceito legal no parágrafo único do artigo primeiro da referida lei, assim como definir atuação do mediador durante todo o processo de mediação, fomentando ainda mais uso deste método para resolução de conflitos.

Após analisar um pouco sobre a mediação, passa-se a discorrer um pouco a respeito de outro método consensual de resolução de conflitos que trata-se da conciliação, assim como a primeira forma apresentada, esta para que possa se concretizar é necessário que as partes queiram conciliar voluntariamente, ou seja é necessário a existência da concórdância e futuramente do consenso.

Na conciliação as partes tem um envolvimento mais importante, com uma participação mais ativa no sentido de tentar resolver o conflito, produzindo assim um compromisso que trata-se do resultado da conciliação sendo estimuladas por um terceiro que adquire o formato de conciliador.

A essência da conciliação é a solução rápida e imediata do problema, tendo um procedimento mais célere, muitas vezes a problemática é resolvida em apenas uma sessão conciliatória, este meio de resolução de conflitos sempre esteve presente em nosso mundo jurídico e por vezes o juiz assumia papel de conciliador, vale citar Tartuce sobre a conciliação em nosso ordenamento:

Em nosso sistema lega, a adoção dos mecanismos “alternativos” sempre se verificou de forma mais acentuada com o incentivo à conciliação. A ideia de estimular a decisão do conflito pelos seus próprios protagonistas,

sempre esteve presente em nossa legislação processual civil, especialmente pela tentativa de conciliação pelo magistrado (TARTUCE, 2015, p. 90)

Na conciliação, mesmo que sejam as partes à tentar achar um caminho para resolver o conflito, a figura do conciliador possui grande importância, pois sua atuação deve proporcionar que as partes tenham um ambiente saudável e demonstrar as vantagens de ter o conflito resolvido de forma rápida, mas claro sem prejudicar nenhuma das partes.

A conciliação é o meio mais adequado, para resolver aqueles conflitos em que as partes não tem uma relação interpessoal mais duradoura, ou seja elas se encontraram pela primeira vez ou tem pouco contato, são os casos por exemplo de acidentes de trânsito, em que as pessoas tem o contato pela primeira vez no momento da ocorrência do problema.

Com o novo Código de Processo Civil a conciliação passou a ter papel de grande destaque sendo constantemente estimulada no decorrer do processo, na qual esta não se apresenta mais apenas com a simples indagação sobre a possibilidade da conciliação, mas tem-se agora uma maior interação entre a as partes e com o juiz exercendo uma função de conciliador apresentando caminhos e sugestões para a solução da demanda.

A conciliação assim como a mediação, são meios consensuais, que servem como uma alternativa, a jurisdição estatal, funcionando assim como meio adequado de concretização da justiça, através de uma resolução célere do problema. Porém, outro meio alternativo ou “adequado” a resolução de conflitos fora da esfera estatal segundo o professor Kazuo Watanabe, trata-se da arbitragem.

A arbitragem ao contrário dos outros métodos alternativos de resolução de conflitos, embora não possua a característica do consensualismo de forma bastante explícita, trata-se uma forma com a peculiaridade bem marcante da voluntariedade pois as partes escolhem a arbitragem para resolver seus problemas em decorrência da morosidade e do excesso de burocracia existentes na jurisdição estatal.

Essa forma de resolução de conflitos é bastante voltada para resolver problemas referentes a direitos patrimoniais, sendo bastante utilizado tanto por empresas no âmbito interno, como internacional. Para

garantir a eficácia desse método, escolhe-se um especialista na área do problema que melhor decidirá a controvérsia, e neste fato tem-se a diferença primordial entre a arbitragem e a jurisdição estatal, em razão de que no caso da primeira, o problema é resolvido por um especialista da área, o que aumenta as chances de que sua decisão satisfaça ambas as partes conflitantes.

Com isso, muito embora exista uma diferença substancial entre arbitragem e mediação, conciliação, estas caracterizam-se por ser meios voluntários em que as partes querem convergir para um resultado em comum que é ter o conflito resolvido, sem ser necessário provocar a tutela jurisdicional estatal, na qual será caminhado diversos procedimentos burocráticos, para conseguir o tão almejado resultado, que acaba por levar anos. Assim esses meios, apresentam-se como alternativos e adequados para a resolução do conflito.

5. CONCLUSÃO

Para muito além de uma análise Filológicos ou mesmo de definição, se são métodos alternativos de resolução de conflitos, ou adequados e mesmo consensuais, como utilizado nesse artigo, a mediação, conciliação e arbitragem se apresentam como a melhor opção disponível, para resolver o problema da morosidade e burocrático da jurisdição estatal.

Não se pode fechar os olhos e não reconhecer que a estrutura do judiciário passa por enormes problemas que impossibilitam a concretização do direito fundamental de acesso a justiça, a tutela estatal já não é mais capaz de atender aos anseios da população, seja pelo excesso de rigor ou mesmo pelo número excessivo de processos, a morosidade tomou conta do judiciário.

Deve-se ressaltar como foi trabalhado no decorrer do presente artigo, o direito fundamental de acesso à justiça garantido pela constituição, não se caracteriza apenas pelo ingresso da população as vias do poder judiciário, é de extrema necessidade que a questão controversa seja resolvida, para somente assim poder se falar de acesso a justiça, as sistemáticas processuais formalistas atuais apenas garantem uma justiça tardia.

É claro que bastante ligado ao problema do acesso à justiça, reside a questão de que hodiernamente vive-se em uma sociedade baseada na cultura do litígio, na qual todo e qualquer problema por mais pequeno que seja, acaba adjudicado por meio de uma ação, tornando-se assim mais um processo à aparelhar o Poder judiciário.

Com isso, entende-se que para mudar esse panorama caótico, é necessário mudar o entendimento da própria população, incentivando o diálogo e o consenso, buscar resolver a questão sem a necessária provocação do poder judiciário, sendo assim utilizados outros meios que sejam mediação conciliação e arbitragem, como forma de resolução do problema.

O próprio legislador, já entendeu que os meios consensuais, é a forma mais adequada para tratar de certos problemas, podemos perceber essa consciência mais atualizada através do Código de Processo Civil de 2015 e da Lei de Mediação nº 13.14-/2015. O acesso à justiça atualmente não se encontra mais intrinsecamente ligado ao âmbito do judiciário moroso, mas sim, às formas mais adequadas de resolver a controvérsia jurídica e garantir os direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, André Gomma (org). **Manual de Mediação Judicial**. 5ª edição. Brasília: Conselho Nacional de Justiça. 2015

BACELLAR, Roberto Portugal. O Poder Judiciário e o Paradigma da Guerra na Solução dos Conflitos. In: RICHA, Morgana de Almeida; PELUSO, Antonio Cezar (coords.). **Conciliação e Mediação: estruturação da política judiciária nacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2011

BRASIL. (Constituição 1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, publicada no Diário Oficial da União n. 191-A, de 05 de outubro de 1988.

_____. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA -CNJ. . **Dados Estatísticos**. 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-aco-es/politica-nacional-de-priorizacao-do-1-grau-de-jurisdicao/dados-estatisticos-priorizacao>>. Acesso em: 30 jan. 2016.

_____. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Institui o Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União. 17.01.1973.

_____. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União. 17.3.2015.

_____. Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015. **Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública e dá outras providências**. Diário Oficial da União. 29.06.2015.

_____. Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça, de 29 de novembro de 2010, publicada em 1º de dezembro de 2010. **Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências**.

CALMON, Eliana. Conciliação Judicial na Justiça Federal. In: RICHA, Morgana de Almeida; PELUSO, Antonio Cezar (coords.). **Conciliação e Mediação: estruturação da política judiciária nacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2011

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

CONJUR, Consultor Jurídico- et al (Org.). **Sem mudança na cultura do litígio, mediação não basta, dizem professores da USP**. 2014. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-23/mudanca-cultura-litigio-mediacao-nao-basta>>. Acesso em: 25 jan. 2016.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Civis**. 2ª edição. São Paulo: Método, 2015. VirtualBook file. Disponível em: <http://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/978-85-309-67215/epubcfi/6/2>. Acesso em: 25 jan. 2016

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil - Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum - vol. I**. 56ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015.