



GlobalMediation.com

2014

Global Mediation Rio 2014

Coleção e.ISBN: 978-85-98144-41-2

**MEDIAÇÃO, SISTEMA DE JUSTIÇA E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:
O Poder Judiciário, O Ministério Público e a Advocacia Pública**
*MEDIATION, JUSTICE SYSTEM AND PUBLIC ADMINISTRATION: JUDICIAL POWER,
PROSECUTION AND PUBLIC ADVOCACY*

Organização:
Alexandre de Castro Coura
Cássius Guimarães Chai



e.ISBN – 978-85-98144-42-9



Parceiros Oficiais



Apoio Institucional



ALEXANDRE DE CASTRO COURA
CÁSSIUS GUIMARÃES CHAI
Organizadores Editoriais

**Mediação, Sistema de Justiça e Administração
Pública: O Poder Judiciário, O Ministério
Público e a Advocacia Pública**

Mediation, Justice System and Public Administration: Judicial
Power, Prosecution and Public Advocacy

Global Mediation
Rio 2014

Global Mediation Rio

Visão

Propiciar o debate intercultural e transdisciplinar sobre outras metodologias na resolução de conflitos e uma reflexão crítico-constructiva do acesso à justiça e fortalecimento da cidadania.

Missão

Discutir os mecanismos de resolução de conflitos e fortalecer o sentimento de pertencimento e de identidade constitucional.

CONSELHO ACADÊMICO

Ministro Marco Aurélio Buzzi – STJ
Ministro Paulo de Tarso Sanseverino – STJ
Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva – STJ
Desembargador Fabio Dutra – TJRJ
Desembargador Guaraci de Campos Vianna – TJRJ
Desembargador Roberto Guimarães – TJRJ
Doutor Sylvio Capanema – Desembargador Aposentado - TJRJ – Advogado
Desembargador Federal Fausto De Sanctis – TRF3
Desembargador Federal Luiz Stefanini – TRF3
Prof. Dr. Cássius Guimarães Chai – MPMA

COORDENAÇÃO CIENTÍFICA

Desembargador Fábio Dutra – TJRJ
Desembargador Guaraci Vianna – TJRJ
Prof. Dr. Cássius Guimarães Chai – MPMA

CONSELHO CIENTÍFICO EDITORIAL – FORUM GLOBAL MEDIATION RIO 2014

Doutor Adolfo Braga Neto – Brasil, PUC
Professor Doutor Alberto Manuel Poletti Adorno – Paraguay, Universidad Colombia
Professor Doutor Alexandre de Castro Coura – Brasil, FDV
Professor Doutor Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia – Brasil, UFOP
Professor Doutor Anibal Zárate Pérez – Colombia, Universidad Externado
Professora Doutora Artenira da Silva e Silva

Sauaia – Brasil, UFMA
Professora Doutora Bianka Pires André – Brasil, UENF
Professor Doutor Cássius Guimarães Chai – Brasil, UFMA
Professor Doutor Christian Djefal – Alemanha, Universidade de Berlim
Professor Doutor Daury Cesar Fabrizz – Brasil, FDV
Professor Doutorando Décio Nascimento Guimarães - Brasil
Professora Doutora Elda Bussinguer – Brasil, FDV
Professora Doutora Herli de Sousa Carvalho – Brasil, UFMA
Professor Doutor José Manuel Peixoto Caldas – Portugal/Argentina/ Brasil, Universidade do Porto/USP
Professora Doutoranda Maria do Socorro Almeida de Sousa – Brasil, Universidad de Salamanca
Professora Mestranda Mariana Lucena – Brasil, UFMA/UFPA
Doutor Michel Betenjane Romano – Brasil, CNMP
Professor Doutor Raphael Vasconcelos – Brasil, URFF
Professor Doutor Samuel Brasil – Brasil, FDV
Professor Doutor Weliton Sousa Carvalho – Brasil, UFMA

COORDENAÇÃO EXECUTIVA

Dr. Décio Nascimento Guimarães

SECRETÁRIO GERAL

Jornalista Luiz Maurício - Idealizador do Evento e Editor Chefe do Jornal da Justiça

PROJETO GRÁFICO – Cássius Chai

ASSISTENTES EDITORIAIS

Denisson Gonçalves Chaves
Heloisa Resende Soares
Matheus Escossia

CATALOGAÇÃO NA FONTE: BIBLIOTECA DA PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO

Mediação, Sistema de Justiça e Administração Pública: O Poder Judiciário, O Ministério Público e a Advocacia Pública /Cássius Guimarães Chai, Alexandre de Castro Coura (orgs.). – São Luís: Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Maranhão/Jornal da Justiça/Cultura, Direito e Sociedade (DGP/CNPq/UFMA).

Inclui Bibliografia

e.ISBN COLEÇÃO GLOBAL MEDIATION RIO 2014 - ISBN: 978-85-98144-41-2

e.ISBN: 978-85-98144-42-9

1. Mediação. 2. Sistema de Justiça. 3. Administração Pública.. I. Chai, Cássius Guimarães, II Coura, Alexandre de Castro
182p.

CDD 342.6643

341.311

350

CDU 342

35

Livro Publicado pelo Jornal da Justiça, pelo Ministério Público do Estado do Maranhão e pelo Grupo de Pesquisa Cultura, Direito e Sociedade (DGP/CNPq/UFMA).

Agência Brasileira do ISBN

ISBN 978-85-98144-42-9



9 788598 144429

Todos os direitos reservados. É permitida a reprodução total ou parcial desta obra, desde que citada a fonte e não se destine à venda ou outra finalidade comercial. **As pesquisas apresentadas refletem as opiniões exclusivamente de seus autores, e não as dos editores.**

copyrights@jornaldajustica2014

Coordenação Acadêmica Internacional:

Cássius Guimarães Chai

Filiação Institucional Universidade Federal do Maranhão Ministério Público do Estado do Maranhão

E-mail academicoordination@globalmediationrio.org chai@mpma.mp.br

CV Membro do Ministério Público do Estado do Maranhão, Promotor de Justiça Corregedor, Membro do Caop-DH-MPMA, Mestre e Doutor em Direito Constitucional - UFMG/Cardozo School of Law/Capes. Estudos pós.doutorais junto à Central European University, ao European University Institute, Universidad de Salamanca, The Hague Academy of International Law, Direito Internacional Curso de Formação do Comitê Jurídico da OEA, 2012, Programa Externo da Academia de Haia 2011, Membro da Sociedade Européia de Direito Internacional, Membro da Associação Internacional de Direito Constitucional e da International Association of Prosecutors. Professor Adjunto da Universidade Federal do Maranhão, graduação e Mestrado em Direito e Sistemas de Justiça. Coordenador do Grupo de Pesquisa Cultura, Direito e Sociedade DGP/CNPq/UFMA e Coordenador do Grupo de Pesquisa Multicêntrico Human Rights and Constitutional Challenges IACL-AIDC. www.humanrightschallenges.com

Coordenação:

Professor Doutor Alexandre de Castro Coura

Filiação Institucional

Promotor de Justiça (MPES). Professor do Programa de Doutorado e de Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV)

E-mail

alexandrecura@globalmediationrio.org

CV

Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela UFMG. Pós-doutorado como Visiting Scholar no Washington College of Law- American University (2013-2014) e Visiting Foreign Judicial Fellow no Federal Judicial Center (2014). Professor do Programa de Doutorado e de Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Promotor de Justiça (MPES).

Professor Daury César Fabríz

Filiação Institucional

Coordenador e Professor do Programa de Doutorado e de Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV).

E-mail

daurycesarfabriz@globalmediationrio.org

CV

Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela UFMG. Coordenador e Professor do Programa de Doutorado e Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Professor da UFES. Advogado.

NOTA DOS ORGANIZADORES

O presente volume *Mediação, Sistema de Justiça e Administração Pública: O Poder Judiciário, O Ministério Público e a Advocacia Pública*, integra a **Coleção Acesso à Justiça** Global Mediation Rio 2014, fórum mundial realizado na cidade do Rio de Janeiro entre os dias 24 e 28 de Novembro de 2014, oportunidade em que se congregaram representantes de vinte e seis países com o objetivo de pensar o Sistema de Justiça a partir da premissa da solução alternativa dos conflitos e sua correlação com a jurisdição: Brasil; Portugal; Estados Unidos; França; Alemanha; Itália; Espanha; Hungria; Egito; Paraguai; Argentina; Uruguai; Chile; Turquia; Suécia; China; Japão; Canadá; Bulgária; Cabo Verde; Moçambique; Inglaterra; Colômbia; Angola; Irlanda e Austrália.

É importante registrar **os impactos** acadêmico e institucional que o Global Mediation Rio 2014 propiciou; e, enquanto programa permanente, passa a integrar o calendário mundial sobre a temática Mediação e Jurisdição em seus mais variados matizes sobre os conflitos sociais.

O enlace com os Poderes Judiciários Estaduais e da União, com o Conselho Nacional de Justiça, com as Cortes Superiores Nacionais e Cortes Estrangeiras, dentre estas com membros da Corte Europeia de Direitos Humanos, do Poder Judiciário da República do Paraguai, do Conselho de Direitos Humanos da República da França, com Instituições essenciais à Administração da Justiça, tais como o Ministério Público Brasileiro, a Advocacia Pública e a Defensoria Pública, a Ordem dos Advogados do Brasil seccional RJ, em conjunto com pesquisadores de vários centros de excelência na pesquisa e no ensino Jurídicos, nacionais e estrangeiros, dentre os quais a Universidade de São Paulo, a Universidade Federal de Ouro Preto, a Universidade Externado da Colômbia, o Instituto de Ciências Sociais Chinês, a Faculdade de Direito de Vitória, a Universidade Colômbia do Paraguai, a Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, a Universidade Estadual do Rio de Janeiro, a Universidade do Porto, do Grupo de Ensino Devry Brasil, da Universidade do Cairo, da Georgetown University, da American University, da Universidade Católica do Chile, da Universidad O'Higgins do Chile, da Universidad de Salamanca, da Universidad del Chile, da Central European University, da Universidad de Córdoba, da Universidade Nova de Lisboa, da Universidad de Guadalajara, da Universidad Rey Juan Carlos – Madrid, da Universidad de Buenos Aires, da FAPESP, do Instituto Ibero-americano de Saúde e Cidadania, do Grupo de Magistrados Europeus de Mediação, da Universidad de Los Andes – Colombia, da ODR – Latinoamérica, da Universidade Federal do Rio de Janeiro, do Instituto de Mediação da Irlanda, a Universidade Estadual do Norte Fluminense, e de áreas afins, como a Psicologia, a Educação, as Ciências Políticas, o Serviço Social, bem demonstram as múltiplas possibilidades de inserção, de cooperação e de articulação nascidas no seio do Global Mediation Rio com os setores da sociedade civil e governamentais, a exemplo do Instituto dos Magistrados do Brasil, da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, a Secretaria Extraordinária da Reforma do Poder Judiciário. O Global Mediation Rio sob iniciativa do Jornal da Justiça e com o apoio do Ministério Público do Estado do Maranhão, do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro, do Ministério da Justiça, do Governo do Estado do Rio de Janeiro e da Prefeitura do Rio de Janeiro, pode, no consórcio de toda equipe, cumprir seus objetivos descortinados em sua visão e em sua missão.

O conteúdo de cada texto é de inteira e exclusiva responsabilidade de seus autores, bem como a revisão final individual.

Neste volume, os textos resultam dos trabalhos desenvolvidos no Grupo de Trabalho Mediação, Sistema de Justiça e Administração Pública: O Poder Judiciário, O Ministério Público e a Advocacia Pública sob coordenação dos insígnies professores Doutores Alexandre de Castro Coura e Daury César Fabriz.

Há sempre desafios, não se pode esmorecer.

Boa leitura!

Cássius Guimarães Chai
Conselho Científico Editorial/Conselho Acadêmico

Alexandre de Castro Coura
Conselho Científico Editorial

Cássius Guimarães Chai, Alexandre de Castro Coura (Orgs.)

APRESENTAÇÃO

A Constituição de 88 trouxe novos contornos ao Poder Judiciário. O extenso rol de direitos fundamentais expressamente previstos e a sofisticação dos instrumentos de processo constitucional foram fatores decisivos para lançar holofotes àquela instituição. Assim, estudos se renovam na tentativa de acomodar o sistema judicial e a democracia.

Consequentemente ao cenário de protagonismo, as críticas ao Judiciário se multiplicam. Temas como efetividade *versus* segurança jurídica, litigiosidade em massa, ampliação dos canais de acesso à justiça, dentre tantos outros deixam de ser afetos unicamente à ciência processualística e transbordam para além do Direito. O “processo”, de maneira geral, passa a repercutir nas esferas sociais, econômicas e políticas, com o argumento jurídico a constituir “apenas” mais um frente aos argumentos provenientes de tais áreas.

Invariavelmente, esse percurso enumera obstáculos cuja solução exige reflexão associada a desdobramentos práticos. A multiplicação de demandas, decorrente da litigiosidade em massa, faz com que se pense na “Justiça em números”. Além disso, as causas da morosidade, que vão desde ao número de processos em tramitação até a estrutura dos fóruns e tribunais, evidencia uma necessidade de transformação imediata.

Diante de todo esse contexto, merece peculiar atenção a mediação e como ela se apresenta como uma solução viável. Os métodos alternativos de resolução de conflitos demonstram como é possível “enxugar” a máquina judicial e fazer com que os litigantes saiam satisfeitos com a prestação jurisdicional.

Outros caminhos também buscam essa mesma solução, por exemplo, a “sumarização” do procedimento e o microssistema do processo coletivo. Todavia, nenhum desses consegue ser tão efetivo quanto a mediação, uma vez que os próprios litigantes se debruçam sobre seus interesses e pontos de convergência.

Os artigos a seguir buscam problematizar a mediação como instrumento transformador. A literatura apresentada pelos autores e os casos concretos investigados darão contribuições para uma reflexão aprofundada sobre a temática e como ela pode significar um novo paradigma que se apresenta – o acordo ao invés do duelo.

Alexandre de Castro Coura

Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV).

Promotor de Justiça – MPES.

Cássius Guimarães Chai

Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direitos e Sistemas de Justiça (UFMA). Coordenador do Grupo de Pesquisa Cultura, Direito e Sociedade (DGP/CNPq/UFMA) e Human Rights and Constitutional Challenges

(DGP/CNPq/UFMA)/IACL-AIDC

Promotor de Justiça. – MPMA.

SUMÁRIO

NOTA DOS ORGANIZADORES	6
APRESENTAÇÃO.....	7
A CORRUPÇÃO E A TEORIA DA ESCOLHA RACIONAL.....	13
Cássius Guimarães Chai.....	13
Maurício Oliveira Amorim.....	13
INTRODUÇÃO	14
1. A CORRUPÇÃO: ASPECTOS GERAIS	15
2. A corrupção e o Estado	18
3. A MEDIAÇÃO E A TEORIA DA ESCOLHA RACIONAL	21
3.1 A abordagem Agent X Principal.....	22
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	40
REFERÊNCIAS.....	41
A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE JUSTIÇA: UMA ANÁLISE A PARTIR DA PERSPECTIVA DA CRISE DO JUDICIÁRIO	43
Karime Silva Siviero	43
Brunela Vieira de Vincenzi	43
INTRODUÇÃO	44
1 CRISE DO JUDICIÁRIO: OSBTÁCULOS À EFETIVAÇÃO DA JUSTIÇA.....	46
1.1 A morosidade da justiça	47
1.2 O alto custo dos processos	49
1.3 A rigidez processual e a formação legalista-procedimentalista dos profissionais do direito.....	52
2 JURISDIÇÃO MÍNIMA VERSUS JURISDIÇÃO AMPLIADA.....	53
3 A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA	56
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	59
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	60

“CONCILIAR É PRECISO”: A IMPLEMENTAÇÃO DA POLÍTICA JURÍDICA NACIONAL DE TRATAMENTO ADEQUADO DOS CONFLITOS DE INTERESSES NO BIÊNIO 2011-2013 NO ESTADO DO CEARÁ.....	63
<i>“WE NEED TO CONCILIATE”: THE NATIONAL LEGAL POLICY ABOUT THE ADEQUATE APPROACH OVER THE CONFLICT OF INTERESTS BETWEEN 2011-2013 IN STATE OF CEARÁ</i>	<i>63</i>
Luiz Alberto Gomes Barbosa Neto	63
Marcus Pinto Aguiar	63
Raphael Franco Castelo Branco Carvalho.....	63
INTRODUÇÃO	64
1 PODER JUDICIÁRIO, POLÍTICAS PÚBLICAS E ACESSO À JUSTIÇA.....	68
2 A REFORMA DO PODER JUDICIÁRIO E O PAPEL DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA	71
3 TRIBUNAIS MULTIPORTAS (MULTI-DOOR COURTHOUSE) E A RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE DISPUTAS (RADS).....	73
4 A IMPLEMENTAÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA NACIONAL DE TRATAMENTO ADEQUADO DOS CONFLITOS DE INTERESSES NO PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO CEARÁ.....	76
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	78
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	79
O SISTEMA DE JUSTIÇA E A MEDIAÇÃO EM GUARDA FAMILIAR: DESAFIOS E PERSPECTIVAS COM A REFORMA PROCESSUAL CIVIL E A PROPOSTA DE LEI FEDERAL 117/13.....	82
Cássius Guimarães Chai.....	82
Alana Maria Almeida de Castro.....	82
INTRODUÇÃO	83
1 DE FAMÍLIA PARA FAMÍLIAS: UMA RECONCEPTUAÇÃO A PARTIR DOS MARCOS HISTÓRICOS PARA UMA ATUALIZAÇÃO DE SENTIDO E DE COERÊNCIA DEMOCRÁTICOS.....	86
1. A FAMÍLIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	88
1.2 VALOR JURÍDICO DO AFETO	90
2. A GUARDA DOS FILHOS MENORES.....	91
2.1 CRIANÇA E ADOLESCENTE E SEU MELHOR INTERESSE	93
2.2 A GUARDA UNILATERAL E A NECESSIDADE DE SE PROCEDER À SUA CORRETA OPERACIONALIZAÇÃO	94

2.3 A GUARDA COMPARTILHADA E O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA.....	95
3. A MEDIAÇÃO FAMILIAR NO CONTEXTO DAS DISPUTAS PELA GUARDA DOS FILHOS	96
3.1 O PAPEL DO MEDIADOR NOS CONFLITOS FAMILIARES.....	97
3.2 A TERAPIA COMO ALTERNATIVA PARA PROPICIAR O DIALOGO ENTRE INTERESSADOS	99
3.3 A IMPRESCINDIBILIDADE DA MEDIAÇÃO FAMILIAR NO CONTEXTO DA GUARDA COMPARTILHADA.....	100
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	102
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	104
LITIGÂNCIA INTRAGOVERNAMENTAL E A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE GESTÃO PÚBLICA.....	107
<i>INTRA-GOVERNMENTAL LITIGATION AND MEDIATION AS A PUBLIC MANAGEMENT INSTRUMENT.....</i>	<i>107</i>
Meire Lúcia Gomes Monteiro Mota Coelho	107
INTRODUÇÃO	108
1 TEORIAS DO CONFLITO: ABORDAGEM INTRODUTÓRIA	111
2 MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NO CONTEXTO BRASILEIRO	113
3 PRESSUPOSTOS DA MEDIAÇÃO INTRAORGANIZACIONAL	115
4 A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE GESTÃO: PERSPECTIVA INTER E INTRAGOVERNAMENTAL	119
4.1. Mediação e arbitragem como instrumento de gestão.....	122
4.2 Processos de mediação no contexto da complexidade da gestão pública	122
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	124
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	125
A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO PELO JUDICIÁRIO: RISCOS E POTENCIALIDADES	130
<i>THE MEDIATION'S INSTITUTIONALIZATION BY THE JUDICIARY: RISKS AND PONTENTIALS</i>	<i>130</i>
Stela Tannure Leal	130
INTRODUÇÃO	131
1 PANORAMA DA IMPLANTAÇÃO DOS CEJUSC'S NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.....	132
2 ASPECTOS POSITIVOS DA INSTITUCIONALIZAÇÃO	133

CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	140
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	143
REPENSANDO O DIREITO PÚBLICO NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS.....	144
<i>RETHINKING THE PUBLIC LAW IN THE CONFLICT RESOLUTION</i>	144
Susanna Schwantes	144
1 MEDIAÇÃO APLICÁVEL AO DIREITO PÚBLICO	146
2 CONSELHO DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL - FEDERAL E ESTADUAL (RGS)	148
2.1 CONSELHO DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL – CDES- FEDERAL	148
2.2 CONSELHO DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL- CDES/RS	151
3 COMITÊ DE DIÁLOGO PERMANENTE - CODIPE	152
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	154
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	155
ENSAIO: DESAFIOS DA MEDIAÇÃO DIANTE DO CASO CONCRETO.....	156
<i>ESSAY: MEDIATION CHALLENGES AGAINST THE CASE</i>	156
Tadeu dos Santos.....	156
INTRODUÇÃO	157
1 BREVE ESCLARECIMENTO: A FUNÇÃO DO JUIZ LEIGO NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS.....	158
2 CASO CONCRETO	160
3 O QUE É MEDIAÇÃO	162
3.1. Mediação como alternativa para solução de conflitos e a Resolução Nº 125 do Conselho Nacional de Justiça	164
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	166
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	167
Programação Global Mediation Rio 2014	169
CARTA RIO GLOBAL MEDIATION DE ACESSO À JUSTIÇA E FORTALECIMENTO DA CIDADANIA	178

A CORRUPÇÃO E A TEORIA DA ESCOLHA RACIONAL

Cássius Guimarães Chai¹
Maurício Oliveira Amorim²

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo analisar e conceituar a corrupção pública, fazendo referência e diferenciando-a da corrupção privada. Será demonstrada como e porque, apesar de estas modalidades se relacionarem, não se confundem, e a não percepção deste fenômeno é justamente um dos motivos na ineficácia no seu combate e na sua prevenção. Para tanto será feito um apanhado histórico das origens do termo e sua transposição para a vida política. Será feito um estudo de uma moderna abordagem, chamada agente X principal, que se baseia na teoria da escolha racional (ou teoria da agência). Tal teoria trata a corrupção e seus atores como agentes econômicos, transferindo a gênese da corrupção da personalidade do indivíduo para o cálculo de risco e proveito ante as instituições. Com isso possibilita-se ao estudioso uma nova perspectiva, demonstrando formas de controle que não são exclusivamente das autoridades públicas, mas de qualquer membro da sociedade civil.

Palavras-chave: Corrupção. Controle. Ética. Política.

CORRUPTION AND THE THEORY OF RATIONAL CHOICE

ABSTRACT

This article aims to analyze and conceptualize public corruption establishing some references and differentiations among them mainly upon private corruption scenario. It will be shown how and why, despite these modalities, which shall not to be confused, and the perception of this phenomenon is not just one of the reasons for the ineffectiveness in combating and preventing it. For such there will be a historical overview of the origins of the term and its translation into political life. It's taken into consideration a study of a modern approach, called primary agent X, which is based on the rational choice theory (or agency theory). This theory puts corruption and corruptors as economic agents transferring the genesis of corruption and personality type for the calculation of risk and benefit before the institutions. Hence, whether it's an even taken theory, it allows to scholars a new perspective, demonstrating forms of control that are not exclusively administrated by public authorities, but by any member of civil society.

Keywords: Corruption. Control. Ethics. Policy

Agradecemos à organização do “Global Mediation Rio” pelas valorosas contribuições e observações nos debates deste artigo, em especial ao Prof. Dr. Alexandre de Castro Coura e Prof. Dr. Daury Cesar Fabríz.

¹ Membro do Ministério Público do Estado do Maranhão, Promotor de Justiça Corregedor, Membro do Caop-DH-MPMA, Mestre e Doutor em Direito Constitucional - UFMG/Cardozo School of Law/Capes. Estudos pós.doutorais junto à Central European University, ao European University Institute, Universidad de Salamanca, The Hague Academy of International Law, Direito Internacional Curso de Formação do Comitê Jurídico da OEA, 2012, Programa Externo da Academia de Haia 2011, Membro da Sociedade Européia de Direito Internacional, Membro da Associação Internacional de Direito Constitucional e da International Association of Prosecutors. Professor Adjunto da Universidade Federal do Maranhão, graduação e Mestrado em Direito e Sistemas de Justiça.

² Mestrando do Programa de Pós-graduação em Direito e Sistemas de Justiça – Universidade Federal do Maranhão. Advogado.

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Corrupção: Aspectos Gerais; 2 A Corrupção e o Estado; 3 A Mediação e a Teoria Da Escolha Racional; 3.1 A Abordagem Agent X Principal; Considerações Finais.

INTRODUÇÃO

A corrupção é um fenômeno tão antigo quanto a preocupação humana com a vida pública. Em verdade, se considerada estritamente pelo que seu termo realmente denota, ela é tão remota quanto o próprio conceito de vida. Corromper-se significa começar um processo de rompimento com as bases que sustentam algo. E quando se faz tal afirmação, ela é necessariamente genérica, pois qualquer objeto compreendido pela cognição humana pode ser corrompido. O termo é advindo da biologia, e faz parte do ciclo natural de todos os seres, eis que eles nascem, se desenvolvem e em determinado momento se corrompem, ou seja, iniciam o processo de declínio.

Na primeira parte deste artigo demonstrar-se-á que a transposição desta ideia para a vida política foi um acerto que remonta à filosofia grega dos séculos I e II. Diz-se que foi um acerto porque, ante a praticidade de se comparar a política com os seres vivos, como já fazia Platão, o processo de corrupção natural encontrou um par diametralmente idêntico nas práticas de improbidade. São processos idênticos porque, assim como no mundo natural nada se decompõe em um único momento, necessitando de tempo e insistente enfraquecimento, na ciência política um ato isolado de injustiça não tem o condão de tornar uma instituição corrupta.

A iniquidade dos homens públicos era – e ainda é – um marco no processo de mortificação de um sistema político. Entenda-se que jamais se pretendeu levar uma civilização à eternidade. Por inúmeros fatores permite-se e se aceita que ela se extinguirá em certo momento. Mas o que se passou a chamar de doença na vida pública era o que acelerava este processo. Pela frequência que se mencionava a degeneração de um sistema com sua causa (a corrupção), passou-se a identificar indissociavelmente o termo com a sua consequência. Logo, corrupção passou a ser sinônimo de prejudicialidade.

Uma análise bipartida deve ser feita com toda a cautela neste momento. Existe a corrupção moral (individual) e a corrupção política (pública). Muito se fez ao longo da história para identificar tais conceitos. O esforço era no seguinte sentido: se a política é feita

por pessoas e estas pessoas são corruptas, logo o sistema também será. Trata-se, como será demonstrado ao longo deste trabalho, de uma análise apressada e superficial.

A confusão entre os campos público e privado é justamente uma das causas da corrupção; logo, não se pode utilizar do mesmo mecanismo para estudá-la. Pessoas corruptas não necessariamente praticarão a corrupção se as instituições forem fortes o suficiente para impedi-las.

Um dos principais marcos neste sentido é a Teoria da Escolha Racional, ou Teoria da Agência (tema devidamente detalhado no momento oportuno) que demonstra que todos os agentes, sejam eles políticos ou econômicos, sempre fazem um cálculo para analisar se vale ou não a pena o risco de se corromper. Ou seja, o que será exteriorizado não necessariamente é a moral introspecta, mas o resultado da consciência individual com as normas exteriores da sociedade e do direito.

A corrupção tem um custo alto. Ela desestabiliza as instituições que cuidam do interesse coletivo, não se limitando a prejudicar uma simples relação contratual bilateral. Ela compromete a vida pública a médio e longo prazo, e termina por abalar até mesmo os interesses daqueles que acreditavam se beneficiar. Trata-se de um macro sistema onde apenas ilicitudes podem cobrir ilicitudes, e o desrespeito pela moral se torna comum.

A transparência é o mais efetivo meio de se evitar que a exceção se torne regra, e que a corrupção possa se mostrar impune à luz do dia. Portanto, o compromisso majoritário dos grupos civis com a ética é a mudança de postura cultural que pode propiciar uma vida mais longeva às instituições efetivando os ideais de democracia e justiça.

O trabalho que se segue se utilizou do método hipotético dedutivo e do método de abordagem de pesquisa bibliográfica para corroborar a hipótese aventada.

1. A CORRUPÇÃO: ASPECTOS GERAIS

No atual contexto sociopolítico é deveras difícil encontrar um cidadão que não tenha seu próprio conceito de corrupção ou que, ao menos, ante um breve contato com o termo, não demonstre sua indignação, depositando na conta desta palavra, boa parte dos males presentes no seio da sociedade da geração presente ou passada.

Apesar de a corrupção ser um fenômeno de interesse nacional e internacional, não há consenso relativamente à definição única. O próprio ordenamento jurídico não traz um

delineamento claro, limitando-se a catalogar certas condutas dos setores público e privado que configuram práticas de corrupção. Sabe-se bem que a corrupção é um fenômeno que atinge a toda sociedade, e tem o condão de reduzir investimentos, enfraquecer a democracia, além ser um óbice ao desenvolvimento econômico e político (RAMINA, 2009, p. 25).

Um conceito clássico e genérico do que viria a ser corrupção:

Assim se designa o fenômeno pelo qual um funcionário público é levado a agir de modo diverso dos padrões normativos do sistema, favorecendo interesses particulares em troca de recompensa. Corrupto é, portanto, o comportamento ilegal de quem desempenha um papel na estrutura estadual (BOBBIO, 1992).

Existem, ainda, concepções que não permitem outras interpretações que não sejam arraigadas na pura desonestidade e improbidade. Note-se:

A corrupção, em qualquer de suas manifestações, representa um ônus insustentável para qualquer sociedade, principalmente para as que são permeadas por grandes desigualdades sociais, como são as latino-americanas. Sem dúvida é uma das mais perversas categorias criminosas, pois mina a capacidade do Estado em prover serviços essenciais para a população. Ela retarda a ruptura dos ciclos de pobreza, da mesma forma que compromete a consolidação e o avanço da democracia. Pode acabar por deslegitimar ou minar a credibilidade de um regime (ARAÚJO, 2005, p. 138).

Assim, “a corrupção é um conceito multidimensional. Pode ser vista sob várias perspectivas, tais como: a social, da ciência política, da teoria econômica e organizacional, ou sob a perspectiva da Lei criminal, cível ou administrativa” (RAMINA, 2009, p. 25).

Mas o fato é que não é certo demonizar o termo, como se todas suas acepções fossem negativas, porque, de fato, não são. O conceito atual de corrupção existe desde a antiguidade, sendo uma das formas de comportamento prejudicial mais difundido no seio da administração e dos interesses públicos. Deve-se ter em conta que, se mesmo na atualidade, não é fácil encontrar uma definição que abranja todas as espécies de corrupção, então uma análise histórica, através de tempos e culturas anteriores potencializa essa dificuldade. Certos comportamentos que causariam repúdio à administração de um povo em dada época poderiam ser tolerados, ou mesmo incentivados e louvados em outra cultura, ou mesmo naquela mesma comunidade tempos antes ou depois (RAMINA, 2009, p. 25).

Remontando ao latim dos séculos I e II – *corruptionis* -, e mais precisamente à filosofia grega, o termo corrupção era advindo da biologia, como parte natural do ciclo de vida de todos os seres. Desta forma, tinha-se que todos nasciam, desenvolviam-se e, em dado momento, começavam um processo de decadência e degeneração que culminaria com a

morte. A este processo dava-se o nome de corrupção. O título da obra de Aristóteles, “A geração e a corrupção”, demonstra que não havia significância moral na palavra, mas tão somente a contraposição natural de algo também natural, que é a geração da vida.

Entretanto, quando esta dinâmica era alterada e o processo desmedidamente acelerado, podia-se constatar uma doença a acelerar a corrupção. A frequência com que os termos doença e corrupção apareciam nas mesmas ideias acabou por gravar-lhes uma identidade tão íntima a ponto de torná-las sinônimos; e sinônimos de um mal que deve ser combatido (MARTINS, 2008, p. 15).

É bem comum a correlação entre a corrupção de um indivíduo e sua má índole, sua personalidade distorcida, ou mesmo ao seu caráter imoral. Ou seja, o que se faz, via de regra, é relacionar a corrupção moral à corrupção política como se elas fossem o mesmo fenômeno, ou ainda duas faces do mesmo problema. Entretanto, uma análise pormenorizada da gênese dos conceitos demonstra que eles em muito diferem, a ponto de se poder afirmar que são fenômenos absolutamente distintos, guardando como única relação o fato de ambos se tratarem de corrupção (já no sentido moderno do termo).

Não parece estranha a relação de causa e efeito que se atribui à corrupção moral na decadência do Império Romano: distorções morais de toda sorte, como orgias e homicídios dos mais variados são descritos quando da soberba imperial, sendo esses excessos a causa direta de sua fragmentação. Não obstante a veracidade de muitos destes relatos, não é prudente generalizá-los a uma comunidade inteira ou a época; em especial porque a história dá conta de que generalizações, além de erradas do ponto de vista científico, normalmente se prestam a algum fim de justificar atitudes políticas. O fato de que o autor desta correlação entre duas espécies de corrupção (a moral e a política) foi justamente a Igreja de Roma, aponta necessariamente para uma direção: todos os povos que não se amoldassem aos preceitos e teses do cristianismo seriam moralmente corruptos e, portanto, estariam fadados ao inexorável fracasso como sociedade (MARTINS, 2008, p. 20).

Entretanto, este não foi o único modo de ver o mundo que surgiu a partir da análise da corrupção. Nicolau Maquiavel, partindo de uma vasta experiência política, desenvolveu teses em sentido diametralmente oposto a esta visão tradicional, propondo justamente a separação entre as esferas do individual e do coletivo, da moral e da política.

Esta nova fórmula vinha a atacar um ponto principal da acepção moralista da corrupção, qual seja: a compreensão de que a corrupção da sociedade é apenas um problema de moral

individual, sendo necessário somente que se invista na moralidade de cada agente, para que este não desviasse sua conduta. Por este modo de pensar, não haveria corrupção política, mas somente indivíduos corruptos que exercem a política.

O que Maquiavel propôs foi justamente o trato político com assuntos políticos. Ou seja, resolver os dilemas da vida pública de acordo com seus preceitos e regras, e não adentrar na esfera da moralidade individual. Este pensamento atribui à fraqueza das instituições e das leis a proliferação da corrupção, e não à orientação moral dos agentes públicos.

Observe-se que este pensamento é de resolução bem mais tangível e realizável que o anterior. Ora, se o problema da corrupção política tivesse a mesma origem da corrupção moral, nada poderia fazer o cidadão comum para combatê-la.

Platão entendia que a Corrupção era o motor para as mudanças de regime político, sendo uma força natural, fora do alcance do homem. Aristóteles propôs uma solução para as infundáveis mudanças de regime que ocorriam na Grécia, e ela não residia em nenhum dos sistemas isolados apresentados por Platão: tratava-se de um sistema misto, que teria as características dos três melhores sistemas – Monarquia, Aristocracia e Democracia. Do primeiro tinha-se um chefe executivo (governo de um só); da Aristocracia se decalcou uma assembleia de poucos homens para formular leis e julgar conflitos (governo de poucos); e, por fim, da democracia, se extrai a participação popular para deliberação conjunta sempre que necessário (governo de muitos).

É bom ressaltar que, sem sequer mencionar a conduta moral dos governantes, Aristóteles criou o método mais eficiente até os dias atuais para combater a corrupção política por meios eminentemente políticos. A teoria da separação dos poderes de Montesquieu, expressa na Constituição do Brasil, possui uma linhagem antiga cuja concepção remonta ao esforço primeiro de Aristóteles (MARTINS, 2008 p. 32). Tem-se, portanto, uma diretriz a se seguir na análise da corrupção: Instituições fortes e independentes.

2. A corrupção e o Estado

Conforme visto anteriormente, o Estado é formado por diversas instituições, e essas instituições, logicamente, por cidadãos da república. A corrupção pessoal é relativamente fácil de conter, pois para resolvê-la basta punir o culpado. Mas quando se trata de corrupção institucional, a problemática é bem mais complexa; em primeiro lugar porque não se pode

Cássius Guimarães Chai, Alexandre de Castro Coura (Orgs.)

punir uma repartição, já que ela é forma, é ente abstrato; em segundo lugar, porque a própria constatação de que uma repartição se corrompeu é bem profunda, e não se limita a analisar a quantidade de funcionários corruptos que nela atuam (MARTINS, 2008, p. 51).

A ideia proposta ocorre da seguinte forma: é possível que uma instituição tenha apenas uma pequena minoria de funcionários corruptos, mas seja ela, a instituição, corrupta. E o mesmo vale para a recíproca: pode haver casos em que a esmagadora maioria dos funcionários seja corrupta, mas que o órgão ainda não tenha sucumbido. Portanto, o que definirá se uma instituição é ou não corrupta não será necessariamente o número de pessoas corruptas que nela trabalham.

O enunciado pode parecer ilógico, mas o que de fato conta para a aferição de probidade institucional é a conduta, a regra daquele órgão em relação aos atos de corrupção. Que um ou alguns funcionários desviem sua conduta para obter vantagens pessoais impróprias é perfeitamente normal, já que serviço público não implica em modificação de caráter. Mas o que deve ser feito para se manter a normalidade é a apuração daquelas condutas e punição de seus autores. Se nada for feito, está-se diante de um forte indício de corrupção institucional.

Neste caso a constatação do que fazer é tão fácil quanto é difícil a sua efetivação: basta quebrar aquela lógica e restabelecer a normalidade. Esta tarefa não é fácil e nem rápida, mesmo porque não foi rápida a circunstância que levou aquele órgão a uma situação endêmica de corrupção. Certamente, mesmo sem um caso concreto, pode-se afirmar que se cuida de longos lapsos temporais sem fiscalização interna e principalmente sem a fiscalização popular. Foram oportunidades após oportunidades convertidas em ganhos que se alastraram de agente para agente, até que aquelas práticas antes feitas sub-repticiamente passassem a fazer parte explícita do cotidiano da instituição, a ponto de se lidar com a corrupção como se normal fosse.

Falou-se que a principal fiscalização é a externa, mas não aquela efetuada pelos órgãos especializados de controle, porque também estes são entes estatais suscetíveis à corrupção. Cuida-se da fiscalização popular, feita de forma direta pelo cidadão, sem representantes e sem intermediações. E isso justamente porque “quando uma população passa a não mais acompanhar a vida política de uma comunidade, abrem-se as primeiras brechas para a corrupção” (MARTINS, 2008, p. 70). Ora, se o bem é público, fala-se em uma república, ninguém mais autorizado a fiscalizar o bem de todos do que a própria população.

O problema é apresentado quando se questiona a forma de fazer grandes contingentes populacionais participar da vida pública, primeiramente porque não é possível a todos deliberarem no parlamento. Se a democracia é representativa, o principal veículo de participação seria o voto, e ali se esgotaria a participação popular. Acontece que esse raciocínio é absolutamente falacioso, e só vem a enfraquecer o regime político e ludibriar o eleitorado. Cidadania não se reduz ao voto. Na verdade, talvez a função mais relevante da cidadania seja a fiscalização. O raciocínio é bem simples. O voto, em última análise, não seria função da cidadania, mas apenas um meio de ela se efetivar, e eleger os representantes. Parece bem óbvio que sua função não se esgota ali.

Nicolau Maquiavel, procurando se distinguir daqueles filósofos que ele denominava idealistas, buscava a verdade dos fatos, ou “*La verittà della cosa*”, que consistia em uma análise realista dos ambientes políticos, sem a averiguação de como uma sociedade deveria ser, mas como ela era de fato (MARTINS, 2008, p. 72).

Uma das principais constatações que o filósofo e diplomata chegou foi que, não importa qual a composição ou organização de uma cidade, sempre haverá pelos menos dois grupos antagônicos em termos de ideal e poder. A consequência imediata da própria existência desses grupos e de seus diferentes interesses é o conflito político.

É quase natural que estes grupos, ao alcançar o poder, tentem conseguir vantagens exacerbadas em detrimento do outro grupo, e este, por sua vez tentará impedir. É desse modo que pode-se dizer que o conflito é o motor das transformações que ocorrem no mundo político.

O problema da inércia popular se insere justamente nesse contexto. Quando não há participação política dos cidadãos, aqueles que fazem parte dos grupos no poder tenderão a atender primeiramente os seus interesses próprios, e somente depois os do restante da população. Até o ponto em que atenderão somente os seus interesses, à revelia das vontades e necessidades daqueles que os elegeram.

Deste modo, convém ressaltar que o conflito político, quando abraçado por todos, ou pelo menos por grande parte da sociedade, vem justamente a democratizar as decisões e fortalecer e criar instituições permanentes que disciplinam a forma de participação política. “Por isso, o conflito político, quando entendido nos termos da participação política *maquiaveliana*, é um remédio eficaz contra atos de corrupção” (MARTINS, 2008, p. 76). A luta entre os grupos não guarda relações com lutas para desestabilizar o sistema político;

muito ao contrário: “Defender a luta política entre os diversos grupos que compõem a sociedade, em suma, é advogar a instalação de um hábito cívico que denota potência e força dessa mesma sociedade” (MARTINS, 2008, p. 77).

Não existem exemplos registrados na história de que a participação popular efetiva tenha sido prejudicial à saúde política de uma cidade. Ao contrário, registros do século XV e XVI, em Florença, demonstram que quanto mais ativa a participação dos cidadãos (cerca de 10%), mais rica e importante a cidade se tornava.

É que abandonar a república à vontade de poucos, equivale a deixar o destino de todos à mercê do interesse secundário de seus representantes. Instituições que têm sua origem calcada nos conflitos políticos são mais confiáveis, duradouras e garantem o bem estar social (MARTINS, 2008, p. 81).

3. A MEDIAÇÃO E A TEORIA DA ESCOLHA RACIONAL

Não se pode imaginar um combate à corrupção exclusivamente pelas vias estatais tradicionais. Um fenômeno que se expande até os limites da cognição humana deve encontrar nos agentes protetores formas de atuação igualmente amplas. A mediação, como forma de resolução de conflitos extrajudiciais, é um dos exemplos mais pontuais.

Não obstante a confusão feita entre os conceitos de conciliação, mediação e arbitragem, importa ressaltar que:

a mediação é o processo de comunicação entre partes em conflito com a ajuda de um mediador imparcial, que procurará que as pessoas implicadas em uma disputa possam chegar, por elas mesmas, a estabelecer um acordo que permita reconhecer a boa relação e dar por acabado, ou ao menos mitigado o conflito, que atua preventivamente ou de forma a melhorar as relações com os demais (CAMP, 2003, p. 6)

Para se utilizar um conceito mais restrito da mediação (não necessariamente para diferenciá-la das outras modalidades de resolução de conflito) pode-se destacar o mecanismo como

o processo mediante o qual os participantes, acompanhado da assistência de uma pessoa ou pessoas imparciais, isolam sistematicamente os problemas em disputa com o objetivo de encontrar opções, considerar alternativas, e chegar a um acordo mútuo que se ajuste as suas necessidades (FOLBERG, TAYLOR, 1992, p. 12)

Dentre outros atributos positivos para a Administração Pública, a mediação tem o condão de desafogar a máquina judiciária, e contribuir para a celeridade processual. Mas se fosse apenas por este véis não se estaria falando de combater a corrupção por meio da mediação, pois esta consequência benéfica poderia ser observada em qualquer forma de resolução extrajudicial de conflito.

Quando se trata de interesses privados com consequências diretas ou indiretas para o bem público como ocorre nos casos de corrupção privada, é de bem ressaltar que a participação qualificada do Ministério Público sempre se mostra interessante.

É neste contexto que se pode trazer à equação a figura do TAC, ou Termo de Ajustamento de Conduta, na qual o órgão do Ministério Público, agindo no interesse da população, estipula metas a seres seguidas pelo infrator da norma penal para que este, seguindo-as, se veja livre de enfrentar um processo judicial.

Dois problemas podem ser solucionados desta forma: o combate efetivo às práticas corruptas e o não congestionamento do já sobrecarregado sistema judicial brasileiro. Cabe ainda ressaltar que os Núcleos de Mediação, organizados e administrados pelo Ministério Público podem contribuir para dirimir de forma célere os problemas relacionados à ética empresarial, aumentando também a parcela de participação dos populares no trato da coisa pública.

3.1 A abordagem Agent X Principal

A corrupção política que assola os Estados, como visto anteriormente, não pode ser entendida por um viés eminentemente moral. Tal como já afirmado no primeiro tópico deste trabalho, ela, a corrupção, tem, sim, a sua origem no âmago do ser social, mas até que se exteriorize, não trás mal algum para a comunidade política. Analisou-se que, mais do que a ética distorcida, oportunidades do aparelhamento estatal fazem florescer agentes e instituições corruptas. Mas não basta entender o conceito abstrato da corrupção e suas sérias implicações para alcançar o cerne da temática.

A prática da corrupção, independente de qual conceito se adote, envolve sempre, no mínimo, dois sujeitos: o corruptor e o corrompido. Contudo, o fator essencial que vem a definir a corrupção pública é o objeto da corrupção, ou seja, a coisa pública. Sempre que se utilize do poder de cargos públicos para se desviar verbas que deveriam ser utilizados para a

manutenção da máquina estatal, ou qualquer outro fim de utilidade pública, para ganho próprio, indubitavelmente se estará diante de um caso de corrupção. Portanto:

A corrupção pública é uma relação social (de caráter pessoal, extramercado e ilegal) que se estabelece entre dois agentes ou dois grupos de agentes (corruptos e corruptores), cujo objetivo é a transferência de renda dentro da sociedade ou do fundo público para a realização de fins estritamente privados. Tal relação envolve a troca de favores entre os grupos de agentes e geralmente a remuneração dos corruptos com o uso da propina e de qualquer tipo de *pay-off* (prêmio, recompensa) (SILVA, 2001, p. 31).

Falou-se em “coisa pública”, conceito basilar de qualquer república (mesmo porque a origem do termo é exatamente esta), mas esta definição só tem razão de existir dentro de uma sociedade democrática, com um poder judiciário saudável e independente, onde realmente não se possa confundir o que é do administrador com o que é do Estado. Em suma, só faz sentido falar em coisa pública quando não há patrimonialismo, considerando que este ocorre sempre que o Estado é uma continuação da família (do administrador). É a partir daí que ocorre toda a confusão entre o público e o privado.

A burocracia institucional vem a ser justamente a antípoda do patrimonialismo. Entenda-se: no sistema patrimonialista é lícita e aceitável a “junção” da renda do soberano com o patrimônio público, a avaliação de administradores com base em critérios apenas pessoais, e o nepotismo; qualquer destas características que se apresentem em um sistema de organização burocrática será indício, se não prova, de corrupção por parte dos agentes (SILVA, 2001, p. 36).

Assim entendida a corrupção moderna no Estado burocrático, pode-se afirmar que o controle dos entes e agentes públicos é peça fundamental na compreensão e prevenção da corrupção. “Ademais, é da essência do próprio sistema de poder democrático a fiscalização do comportamento público por parte da oposição e da imprensa livre” (SILVA, 2001, p. 43). Cabe, portanto, uma breve análise do desenho institucional e econômico que rege as relações políticas contemporâneas.

O atual pensamento político-econômico não admite posições extremadas. O Estado não pode, jamais, pretender-se dono da economia, mas também não há falar em abstenção total do ente político. A intervenção estatal deve ser mínima, mas existente, pontual, mas eficaz. Isto quer dizer que o Estado não pode, nunca, tirar seus olhos da atividade econômica, intervindo sempre que as circunstâncias se mostrarem necessárias para a correta e regular vida da atividade econômica. Não se trata apenas de fiscalizar a legalidade destas atividades – o que por si só já seria uma atribuição complexa e relevante -, mas por vezes o Estado é compelido a

participar diretamente, seja em benefício dos próprios agentes econômicos, seja em defesa de algum interesse social.

Dado por superado este ponto, e sem nos atermos de modo aprofundado à crítica neoliberal, cabe analisar quais seriam os instrumentos e, mais importante, qual seria a medida exata desta intervenção estatal, para que ela ocorra nos estritos limites da legalidade e cumpra, de fato, o objetivo pelo qual foi concebida e aceita.

“Sabemos até aqui que há coisas importantes que o Estado poderia fazer. Mas o direito dos neoliberais deixou sequelas: será que o Estado fará o que deve fazer e não fará o que não deve fazer?” (PRZEWORSKI, 1998, p. 44). É neste contexto que surge a Teoria da Escolha Racional e a abordagem agente/principal (BENTO, 2003, p. 95).

Esta teoria considera os elementos acima mencionados, Estado e mercado, como essenciais para a vida coletiva moderna. Entretanto, não vem a opor ou confrontar estes preceitos, mas sim a conjugá-los justamente pela busca do equilíbrio entre um e outro, mediante a correta intervenção do Estado no comércio - Adam Przeworski lembra que “o” mercado/comércio, concebido como tal, não passa de uma ficção, já que tal entidade não existe. O que existe são sistemas econômicos organizados diferentemente (PRZEWORSKI, 1998 p. 44).

Vale ressaltar que, sob este prisma, é pacífica a necessidade da atividade estatal, seja pela constatação histórica de que o mercado tende à autofagia em decorrência dos monopólios, seja porque para a própria subsistência da economia faz-se necessário uma ação mínima, ainda que negativa (o que não é sinônimo de conduta omissa), por parte do Estado. E isto para garantir ao menos o espaço em que o chamado ‘livre comércio’ possa atuar: propriedade privada, livre iniciativa, e outras garantias que apenas o Estado pode conceder (BENTO, 2003, p. 96). É válido, neste sentido, ressaltar que:

Até mesmo os mais ardentes neoliberais admitem que os governos devem prover a lei e ordem, salvaguardar os direitos de propriedade, fazer cumprir os contratos e se defender de ameaças externas. A economia de mercados incompletos e informação imperfeita abre espaço para que o Estado desempenhe um papel muito mais amplo. A complacência neoclássica no que diz respeito aos mercados é indefensável: os mercados simplesmente não alocam eficientemente. Mesmo quando os governos só dispõem da mesma informação de que dispõe a economia privada, certas intervenções do governo levariam, sem sombra de dúvida, a um aumento do bem estar (PRZEWORSKI, 1998, p. 44).

O grande impasse se dá, como já dito, na correta medição desta regulamentação. E não se fala aqui (apenas) de o Estado interferir de forma desmedida, além do ponto ótimo, mas

também, e principalmente, da legalidade de atuação dos agentes públicos. E dos agentes porque o Estado é ente abstrato que atua por intermédio de pessoas; Pessoas estas sujeitas a pressões e influências daqueles a quem devam prestar contas ou se submetem de qualquer forma, e sujeitas mesmo às suas próprias inclinações e interesses.

A questão da intervenção econômica e social do Estado é importante para o debate sobre corrupção. De fato, corrupção pode ser definida como uma relação de intercâmbio ilegítima de recursos públicos por benefícios privados. Portanto, quanto maior o volume da intervenção estatal, maior será o volume de recursos gerenciados pelo poder público e maior o número de decisões governamentais que acarretam custos ou benefícios para os agentes econômicos privados. Dessa forma, maior será o incentivo para que estes tentem pagar por decisões que evitem custos ou rendam benefícios, aumentando assim o risco de corrupção.

Em sendo os agentes sujeitos a pressões e inclinações tais, é mais que razoável imaginar que, uma vez investidos nos cargos, exista a real possibilidade de utilizarem-se da influência e prerrogativas a eles inerentes para ganhos pessoais, o que, na maioria das vezes, resulta na transferência de renda de forma ilícita a eles próprios, ou a terceiros a quem devam favor ou desejam de alguma forma beneficiar. Deste modo, pode-se seguramente considerar que uma sociedade é desenvolvida institucionalmente quando consegue evitar este uso indevido do aparato estatal e combater, mediante leis e normas em geral a corrupção nas suas instituições, fazendo-se, portanto, a correta divisão entre o patrimônio público e privado. Mais uma vez, portanto, observa-se que reside nesta confusão um dos mais presentes meios de distorção do poder público e do uso indevido das instituições para ganho pessoal (SILVA, 2001, p. 44).

Todos estes fatores podem vir a comprometer a correta atuação estatal quando da intervenção no domínio econômico, fazendo com que os agentes atuem na exata medida dos seus interesses pessoais ou daqueles a quem representam, deixando à margem a atuação em prol da sociedade (BENTO, 2003, p. 97).

De acordo com Adam Przeworski (1998, p. 40):

O Estado tem importante papel a desempenhar não só no que diz respeito a garantir a segurança material para todos e a buscar outros objetivos sociais, mas também como promotor do desenvolvimento econômico. Nada assegura, contudo, que a intervenção estatal seja de fato benéfica. Operando com informações limitadas e sujeitos à pressão de interesses especiais, os funcionários públicos podem não saber como – ou não querer – se engajar em ações que visem a promover o bem-estar de todos, em vez de seus próprios interesses ou os interesses de seus aliados. Assim, a tarefa de reformar o Estado consiste, por um lado, em equipá-lo com instrumentos para uma intervenção efetiva e, por outro, em criar incentivos para que os funcionários públicos atuem de modo a satisfazer o interesse público.

Segundo a Teoria da Escolha Racional, a solução para este modo de agir requer uma análise prévia da motivação da conduta de cada agente. Para este pensamento, o indivíduo é a unidade básica da sociedade, e é a partir dele que se devem fazer quaisquer constatações com fulcro na mudança de comportamento geral. Desta forma, cada pessoa segue um padrão de comportamento que é regido não pela sua índole ou caráter, mas pelas oportunidades e interesses postos à disposição. Isto implica dizer que cada agente público tem naturalmente suas preferências e pretensões, mas cria um leque de interesses realizáveis de acordo com as normas impostas e as oportunidades existentes ou vindouras. Assim, ganha lugar aquela intenção que mais facilmente se realizará com o menor grau de prejuízo ou risco pessoal (Bento, 2003, p. 97).

Assim considerada a dinâmica das escolhas, infere-se que as decisões racionais são individuais, não havendo a possibilidade de escolhas coletivas e públicas racionais. O que existe são decisões privadas dentro do Estado, feitas por agentes que podem ser mais ou menos controlados pelas leis (SILVA, 2001, p. 74).

A coincidência do *modus operandi* do agente público com a do agente econômico não é mero acaso. Ambos trabalham com a mesma ideologia de riscos e oportunidades, apenas focadas em âmbitos diferentes, em vista de que para esta ou para aquelas, parte-se do pressuposto lógico de que cada agente é uma pessoa capaz de raciocinar e, principalmente, de racionalizar os riscos da atividade em que se envolve, tendo, portanto, capacidade para distinguir riscos e benefícios.

Em verdade, pode-se considerar a ciência econômica “como o estudo dos processos de escolha condicionados por restrições. Sempre que há uma escolha com restrições surgem a escassez e o custo de oportunidade” (SILVA, 2001, p. 70). Estes elementos são essenciais para a Teoria da Escolha racional.

O Estado é constituído por agentes públicos que arrecadam fundos privados da sociedade. A partir do momento em que isso ocorre, há incentivos para que os diversos setores organizados da sociedade tentem desviar rendas em benefício próprio. A instituição do Estado encerra implicitamente, portanto, um conflito distributivo potencial entre os agentes privados que tentam fazer-se representar politicamente através de grupos de pressão (SILVA, 2001, p. 30).

De fato, “a política é compreendida como mercado político, constituído de indivíduos dispostos a perseguir cada qual o seu próprio interesse, mediante ações racionais, à vista de oportunidades e normas postas por esse mesmo mercado” (BENTO, 2003, p. 98).

Assim, pode-se observar que “a rigor, todos os agentes, se puderem, caçam renda dentro e fora da lei, caso não haja nenhuma consideração de restrição moral e/ou legal que imponha algum custo à ação” (SILVA, 2001, p. 63). O risco aqui mencionado, evidentemente remete ao cálculo apresentado pela Teoria da Escolha Racional, quando da aferição de oportunidade pelo agente político e pelo agente econômico.

Esta visão talvez seja o cerne de toda a problemática sobre o correto meio de intervenção estatal, posto que, uma vez considerada a política como mercado, tem-se verdadeira desvirtuação e distorção da real finalidade que o agente público ocupa ou deveria ocupar quando da execução de suas funções. Qualquer aferição que denote melhor oportunidade pessoal, já é, pela sua própria inteligência, uma forma de corrupção.

Ora, apesar da afirmação parecer tender ao extremo, deve-se ter em mente que a diferenciação entre o público e o privado é fator essencial à correta administração política. E isto porque, em termos mais rasos, a corrupção política nada mais é do que a confusão entre o público e o privado, ou seja, agentes que atuam como “despachantes privados dentro do poder público”. O patrimonialismo, assim, apresenta-se como uma estrutura de corrupção institucionalizada em que cada agente, segundo as melhores oportunidades pessoais, busca o maior ganho pessoal, à custa do capital obtido ilegalmente (propinas), utilizando-se de sua posição de poder (SILVA, 2001, p. 21).

Uma vez reconhecida e estabelecida a relação entre os campos político e econômico, pode-se sumariamente concluir que os seus agentes se não puderem ser considerados exatamente como os mesmos atores, podem, ao menos, ter como ponto de congruência as mesmas regras de atuação.

Deste modo, não cabe o questionamento de qual seria a melhor maneira de atuação estatal, qual o melhor momento ou profundidade da intervenção, mas sim uma análise de qual o sistema que permite ou possa permitir que o agente político, assim como o agente econômico, atue no interesse da coletividade ou no seu próprio interesse. É dizer: qual o desenho estrutural de um Estado que vem oferecer incentivos (estímulos) positivos ou negativos na conduta de seus agentes, seja qual for o sentido da atuação (BENTO, 2003, p. 98).

O desempenho de empresas, de governos e da economia como um todo depende do desenho das instituições que regulam essas relações. O que importa é se os empregados têm incentivos para maximizar seus esforços, se os agentes têm incentivos para maximizar os lucros, se os empresários têm incentivos para só assumir bons riscos, se os políticos têm incentivos para promover o bem-estar público, se os burocratas têm incentivos para implementar as metas estabelecidas pelos políticos (PREZEWORSKI, 1998, p. 46).

A Teoria, ou Abordagem do agente/principal, portanto, ignora a perspectiva do Estado como ente impessoal capaz de tomar decisões e foca-se naqueles que, no mundo real, de fato têm o poder de pensar e atuar: os indivíduos. Mas, repise-se, não uma análise do ponto de vista absolutamente intrínseco ao pessoal, e sim à conjuntura que determinará esta ou aquela forma de agir.

Vale ressaltar que, tal abordagem é necessária para um estudo objetivo calcado na realidade, uma vez que, se considerado do ponto de vista ideal, a perfeita burocracia pública contaria apenas com agentes que possuiriam formação profissional adequada às funções desempenhadas, atuando sempre de modo imparcial, separando os fins públicos dos privados. Ainda neste plano ideal, os agentes utilizariam seus conhecimentos técnicos com o único fito de perseguir as metas estabelecidas pelas normas burocráticas do governo (SILVA, 2001, p. 25).

Entretanto, se, como já dito (e segundo a Teoria da Escolha Racional), cada agente atua de acordo com interesses próprios, o verdadeiro desafio institucional do Estado é a aplicação dos meios que possibilitem a coadunação dos interesses individuais com os interesses da coletividade. Ou seja, a aplicação dos estímulos que forçosamente coincidam o interesse individual com o social (BENTO, 2003, p. 99).

Se cada agente público for considerado como um agente econômico em potencial, há de se reconhecer que a busca pelas melhores oportunidades, ou caça a rendas, longe de algo danoso ao patrimônio público, pode ser vista como uma consequência natural da condição desses mesmos agentes. É dizer: tanto agentes públicos como privados agem de acordo com princípios privados, seja isto, o melhor benefício pessoal. Mas daí não decorre logicamente ou necessariamente a corrupção, pois esta busca é limitada por regras e por um sistema de incentivos (estímulos) estabelecidos. Assim considerando, parece lógico concluir que a corrupção não surge especificamente da busca por satisfação pessoal dos agentes públicos, mas das maneiras e meios utilizados pelos atores para a consecução destes mesmos fins. (SILVA, 2001, p. 25)

Uma variável não pode ser ignorada para o estudo da abordagem agente/principal: fala-se, neste momento, de uma relação “contratual” assimétrica. Seja isto, o contratante (principal) dispõe de menos informações do que o contratado (agente) – e ainda assim deve fiscalizar a sua atuação, sem, no entanto, impedir que ele persiga seus próprios interesses. E, por mais estranha que a ideia possa parecer, ela não é exclusiva do campo político, acontecendo também nas relações diárias de contratação sempre que se confia a terceiros a tutela de bens dos quais não se tem domínio pleno da matéria. O exemplo mais tradicional é a contratação de técnicos para serviços especializados: mesmo sem conhecer as minúcias, o principal tem condições de punir ou premiar o agente. De modo mais simplificado, ocorre da seguinte maneira: determinado sujeito ‘A’ tem problemas com seu computador pessoal. Ele não sabe a origem do problema, mas sabe que ele não funciona direito. Leva para um técnico ‘B’, que, de fato, o conserta, e diz ter levado um número X de horas para fazê-lo, e ter trocado tais e tais peças. ‘A’ não sabe se ‘B’ realmente usou todas aquelas horas, ou fez tudo que diz fazer, mas ele tem uma decisão a tomar, qual seja, premiar ou punir B (não voltando ao estabelecimento, ou retornando e o indicando para outras pessoas).

É por esta “ignorância” por parte do principal que ocorre um dos inconvenientes desta abordagem: o agente dispõe de informações privilegiadas, estranhas ao principal, que ainda conta com a limitação de atuação. O dilema do principal, portanto é saber como imprimir o correto incentivo ao agente, de modo que ele atue tanto na consecução dos seus próprios interesses, como nos interesses dele (principal), sem que se tenha por abalada a relação (PRZEWORSKI, 1998, p. 44).

Se como dito anteriormente, é necessária a aplicação de condutas tanto no sentido positivo quanto no negativo, é inevitável e essencial a existência de um poder judiciário imparcial, atuante e congruente em suas decisões, para que, desta forma, todos os agentes, sejam eles puramente econômicos ou atrelados à política, possam ter a certeza de uma força externa controladora a inibir práticas predatórias e ilícitas. Além desta atuação, de condão negativo ou repressivo, é igualmente necessária a existência de políticas que estimulem a produção, assegurem os direitos inerentes à atividade econômica, e, enfim, premiem a correta atuação econômica e política. Para tanto, um fator decisivo é a prestação de contas dos políticos e administradores (*accountability*), garantindo, assim, a transparência do ente estatal (BENTO, 2003, p. 100).

Existem três modalidades principais da relação agente/principal: agentes econômicos e o Estado, burocratas e políticos, políticos e cidadãos – sendo nas três o primeiro agente e o segundo o principal.

São as instituições que organizam essas relações – as que são puramente econômicas, como as que estabelecem entre empregadores e empregados, proprietários e administradores, ou investidores e empresários; as que são puramente políticas, como as que estabelecem entre cidadãos e governantes ou políticos e burocratas, e as que estruturam a intervenção do estado, como as que estabelecem entre governantes e agentes econômicos privados. Para que a economia funcione bem, todas essas relações do tipo agent x principal têm que ser adequadamente estruturadas (Przeworski, 1998, p. 46).

Esta primeira relação, também entendida como a intervenção estatal na economia, talvez seja o caso onde melhor pode se observar o real controle do agente em relação ao principal, já que o Estado pode, de fato, regulamentar a atividade econômica através de leis e atos normativos, sendo ele o titular do poder coercitivo. Também pode o Estado, mediante a política tributária, incentivar, ou premiar, a ação do agente econômico, podendo promovê-lo no mercado internacional (BENTO, 2003, p. 101).

Como nas relações agente x principal as informações são assimétricas, o Estado não dispõe de todas as informações sobre o agente econômico, e este pode moldar sua conduta de acordo com esta ou aquela forma de regulamentação, sendo incentivado a procurar sempre a regulação que beneficie suas atividades, e a fugir, evitar ou resistir ao máximo da regulação que comprometa seus interesses (PRZEWORSKI, 1998, p. 44).

Um risco inerente a este controle pode ser detectado: quando da captura desses órgãos reguladores por grupos diretamente interessados naquela atividade. Os chamados “Lobbies” ocorrem quando aqueles que deveriam ter suas atividades fiscalizadas pelo poder público passam, de forma indireta, a fiscalizar suas próprias ações, já que a imparcialidade da administração está, neste contexto, seriamente comprometida. É uma realidade mais ou menos parecida com o instituto da suspeição ou impedimento dos magistrados no âmbito do poder judiciário: aquele que deve julgar, regular ou fiscalizar, tem interesses diretos ou indiretos em uma tendência preestabelecida.

Os reguladores, por sua vez, podem auferir benefícios pessoais propiciando a intervenção esperada pelos atores. Esses ganhos particulares podem consistir apenas em serem (re) eleitos, ou também em enriquecerem durante o mandato ou depois de cumpri-lo. O resultado disso é uma regulação que pode induzir ao estabelecimento de laços clientelistas entre os reguladores e os grupos regulados. Nesse caso, a regulação é

endógena, ou seja, é criada para atender a demanda dos grupos potencialmente afetados por ela (PRZEWORSKI, 1998, p. 44).

De outro modo, a solução diametralmente oposta de absoluto fechamento do órgão controlador gera problemas não menos graves. Quando há excessivo controle burocrático por parte de um órgão, torna-se impossível a participação dos interessados, e principalmente, o controle das decisões reguladoras, além de comprometer a responsabilização dos agentes (BENTO, 2003, p. 101).

Ao se falar em atividades reguladoras e meios de incentivo à atividade econômica, mais especificamente à indústria nacional, um cuidado deve ser tomado. Há um grande risco que é acarretado quando um Estado não intervém para garantir as condições mínimas de concorrência, tais como propriedade privada ou controle de práticas abusivas. Isto já foi discutido quando se falou da necessidade da intervenção estatal. Entretanto, o extremo oposto também pode ser danoso para a economia. Proteção exacerbada acarreta em comportamentos oportunistas, ou seja, uma atitude que é tomada em dada circunstância, e que seria diferente não fosse um fator determinante: um contrato de proteção. Assim é que o agente econômico pode adotar comportamentos oportunistas ou, contrário, acomodado, contando com este “apadrinhamento” por parte do Estado (BENTO, 2003, p. 102).

Vale ressaltar, portanto, que para a correta intervenção estatal na economia, ou seja, para um bom desempenho da relação entre agentes políticos e econômicos, deve-se aparelhar o estado de forma a induzi-lo a tomar boas decisões e firmar bons compromissos. Entende-se por bons compromissos aqueles que visem o bem da coletividade e não a promoção pessoal de agentes públicos ou o lucro exorbitante de agentes econômicos privados apadrinhados pelo Poder. Faz-se imperiosa, portanto, a existência de uma estrutura que permita ao Estado informações seguras sobre os agentes privados, que ponha à sua disposição instrumentos legais para a consecução dos fins pré-estabelecidos e uma rede institucional que permita que se firmem bons compromissos. Entretanto, estes fatores ainda não podem garantir que o Estado atuará de forma a perseguir o bem comum. Para tanto é necessário um modo de agir específico no âmbito interno da organização do poder: a relação burocratas X políticos (PRZEWORSKI, 1998, p. 52).

A regulação da relação entre burocratas e políticos, apesar de apresentar-se ineficiente no modelo atual, não seria um grande desafio, visto que, pelo fato de o poder se concentrar nas mãos do principal, basta uma mudança de mentalidade institucional para os resultados

começarem a aparecer. É o caso de especialização de pessoal, política de metas, contratação por resultado, enfim, fala-se apenas de gestão mais eficiente. A definição de burocracia ideal, segundo um marco weberiano, remonta a um importante sentido normativo, que é justamente a organização da administração pública de forma hierarquizada e segundo critérios puramente meritocráticos (SILVA, 2001, p. 27).

A burocracia se presta, portanto, à correta gestão da coisa pública pelos seus agentes, com o fim de separar o que é do administrador e o que é do povo. A definição e delimitação destes conceitos é estritamente legal, e é justamente a lei que definirá qual o bom e qual o mau uso dos bens públicos. Tudo o que desviar destes preceitos poderá ser considerada corrupção pública (SILVA, 2001, p. 29).

Para se entender melhor esta relação, necessita-se de uma definição sumária do que seriam os burocratas. Como bem se sabe e a lógica impõe, os representantes políticos do povo não podem desenvolver as atividades necessárias ao bem-estar social. Cabe-lhes elaborar as normas e administrar essas atividades, que, em verdade, serão desenvolvidas por terceiros. Estes terceiros, incumbidos de concretizar a vontade e os mandamentos dos representantes do povo são os burocratas, e, como em toda relação agente x principal, dispõem de muitas informações que os políticos não têm acesso, e por isso podem causar-lhes prejuízos, retardar a execução de trabalhos, auferir vantagens ilícitas, traficar influências e todos os tipos de corrupção que se pode definir no âmbito do poder público (PRZEWORSKI, 1998, p. 53).

Os burocratas são, portanto, agentes guiados por motivações privadas, com racionalidade limitada e comportamento de autopreservação. Contudo, conforme supramencionado, pelo fato de o Poder concentrar-se nas mãos do principal, suas ações são limitadas a um conjunto de regras, tendo-se em vista a criação de um sistema de incentivos para obtenção de resultados determinados (SILVA, 2001, p. 26).

Muito embora a burocracia do setor público guarde relações com a do setor privado, algumas diferenças são decisivas para tornar o seu controle mais dificultoso e complexo. A começar das metas de desempenho. O objetivo principal de uma empresa privada é auferir lucro, não importando em quais setores se cortem gastos. Desde que não se cometa nenhuma ilegalidade, ter-se-á por cumprida a meta do administrador se ao fim do balanço a receita for maior que a despesa. Isto não acontece com o setor público. Evitar prejuízo não é e nem pode ser o objetivo de uma agência estatal. É bem verdade que uma boa administração tentará ao máximo reduzir custos, mas o fim maior é propiciar o bem comum da sociedade. Portanto, há

situações em que administrar bem vai justamente de encontro com a política de salvaguardar o orçamento. E como o administrador público não tem o pleno controle dos burocratas e nem das equipes de burocratas, é ainda mais penoso se identificar quando um orçamento apertado foi resultado de uma circunstância imperiosa ou fruto de desvios ou má administração.

Principalmente por esta razão é que a burocracia pública não se guia, em primeiro plano, por incentivos, mas pela conformidade com as regras. E isto ocorre do seguinte modo: ao invés de recompensar o agente burocrático *a posteriori*, tenta-se controlar suas ações mediante regras anteriores de conduta. Observa-se que esta opção, apesar de não ser de todo proveitosa, por vezes se mostra necessária, sobre maneira quando se detecta que várias áreas de atuação são monopólio do Estado, não sendo possível a comparação de desempenho com outras empresas do mesmo setor, como ocorre com as companhias privadas (PRZEWORSKI, 1998, p. 55).

Algumas medidas, entretanto, podem ser tomadas de modo a minorar significativamente estes problemas, como a formulação de contratos adequados, no qual se fixe bons salários, para atrair bons profissionais; plano de carreira, para incentivar o crescimento e a promoção pessoal nos conformes da lei; sistema rigoroso de seleção para o serviço público; fiscalização institucional, para se controlar ações do agente e evitar que ele, unilateralmente possa prejudicar o principal; e também o estabelecimento de competição, seja entre agência pública e privada ou exclusivamente entre agências públicas, para as áreas de monopólio estatal.

Sobre este tipo de relação, há uma importante consideração a ser feita. Muito embora o agente sejam os burocratas e o principal os políticos, o cidadão não está de forma alguma excluído desta relação. E isto porque o destinatário final do serviço prestado pelo burocrata é a comunidade. Mesmo assim, não existe forma de sanção direta pelo desvio de conduta que possa ser aplicado pela população ao agente, já que este presta contas aos políticos ou a órgãos a eles vinculados. Se o político tiver o real interesse em uma boa prestação de serviço, não há informação mais confiável para ele do que aquela prestada pelo cidadão, já que este sofre no seu cotidiano as conseqüências de uma boa ou má prestação de serviços. Esta é uma supervisão chamada de “alarme de incêndio”, e é mais confiável e barata do que a supervisão “patrulha de polícia”. Ao estado, cabe, portanto, a institucionalização de formas de ouvidorias que possam dar efetividade às denúncias feitas, no sentido de punir os agentes, ou ao menos investigar as alegações feitas pelos populares. Este sistema é realidade em alguns países, como a Dinamarca (PRZEWORSKI, 1998 p. 59). Entretanto, para que este tipo de regulação

funcione, é preciso que os políticos estejam dispostos a punir ou premiar os burocratas, e esta disposição depende de outra relação agente X principal: cidadãos e políticos.

Deste modo, a relação de políticos com cidadãos é o verdadeiro desafio desta nova forma de governança, dentre outros motivos, porque tanto o poder quanto as informações são exclusivas do agente. Adam Przeworski afirma que esta é uma relação sem paralelo no mundo privado. Isto porque, como se viu até aqui, é sempre o principal que detém o poder, obrigando o agente nos seus termos. Quando se fala de políticos eleitos, são eles os titulares do poder, que passarão a regular e controlar a vida cotidiana dos seus *principals* (1998, p. 60). Outra função desta relação agente x principal, é dar efetividade àquela outra, a dos políticos e burocratas, ou seja, impedir que políticos eleitos entrem em conclusão com burocratas para perseguir seus próprios interesses.

Além do mais, não existem instrumentos capazes de obrigar os políticos eleitos a seguir suas plataformas eleitorais (BENTO, 2003, p. 103). Essa ausência, do ponto de vista da ciência política, não é um mal *de per se*. Torna-se um tanto impossível a concretização de um governo que antes de deliberar ou tomar qualquer decisão devesse se submeter ao arbítrio popular. De fato, na democracia representativa, o controle deve ser prioritariamente a *posteriori*. O que deve ser concomitante ao governo são as informações prestadas aos cidadãos, para que quando do seu julgamento, ao fim do mandato, ele possa punir adequadamente quem mereça, e re-eleger quem trabalhou de acordo com os interesses gerais da população (PRZEWORSKI, 1998, p. 62).

Os eleitores devem dispor de instrumentos institucionais para recompensar e punir os governos pelos resultados que produzem em diferentes domínios. Mas as eleições são, em essência, um instrumento “grosseiro” de controle: os eleitores têm de avaliar todo o pacote de políticas governamentais em apenas uma decisão. [...] A regra do voto retrospectivo só contribui para assegurar a accountability se os cidadãos conhecerem não só o resultado obtido, mas também os outros resultados possíveis, caso o governo tivesse feito outra coisa, ou se as condições fossem diferentes (PRZEWORSKI, 1998, p. 63-64).

O autor sugere uma lista com informações básicas para o eleitorado dispor quando do seu “julgamento” nas eleições. São elas: a) motivações dos políticos; b) fontes de apoio financeiro aos partidos; c) condição financeira do político; d) condições objetivas consideradas pelo governo; e) relações causais entre políticas e resultados.

Esta relação de conhecimento tem relação direta com o controle das ações e dos políticos (e das políticas por eles exercidas), ainda mais quando consideradas as assimetrias de informações. Senão vejamos:

A corrupção política pode ser encarada da seguinte forma. Os agentes públicos em geral e os políticos em particular agem como *homo aeconomicus*. Os políticos têm como objetivo principal a eleição, a reeleição e a obtenção de um fluxo de renda. O mercado político não é perfeito, e os eleitores não possuem controle total sobre as ações de seus escolhidos. Ademais, existem muitas assimetrias de informação, e o próprio processo de negociação política gera espaço para o pagamento de serviços de representação de interesse de lobbies (SILVA, 2001, p. 66).

Evidentemente não há necessidade (ou possibilidade) de cada eleitor dispor de todas estas informações, mas o conhecimento de apenas algumas já possibilita a melhoria na qualidade do voto.

Os já mencionados instrumentos de prestação de contas, ou *accountability*, tanto por ilegalidade quanto por ineficiência, são uma necessidade institucional para que a relação do agente/principal não seja apenas um devaneio teórico quando se trata de políticos e cidadãos.

Existem, basicamente, duas maneiras de *accountability*: a vertical e a horizontal. O controle horizontal seria aquele exercido por agências que detenham o poder legal de fiscalizar, supervisionar e controlar mutuamente a rotina e cotidiano uma das outras, inclusive com a possibilidade de punição por atos que infrinjam o direito. Um problema pré-condicionado deste modelo é a possibilidade de corporativismo entre as instituições. Isto é, cada qual persegue seu próprio interesse, não interferindo na atuação da outra. Para isso, uma solução seria a criação de agências de interesses opostos. Por exemplo, uma fica encarregada de aplicar repasses tributários em determinado setor; a outra tem como condição de promoção de seus funcionários justamente o volume de denúncias feitas para desvios de verbas destinadas a tal fim. Deste modo, aparentemente contraditório, cada agência perseguirá o seu fim sem influenciar na outra. Outra questão complexa diz respeito à independência das agências: enquanto, por um lado, garante-se a atuação livre de influências políticas e eleitoreiras; por outro lado pode-se significar a falta de controle da atuação dos agentes (BENTO, 2003, p. 104).

O *accountability* vertical, definido como o controle exercido pela população mediante o voto é bastante ineficaz. Não que ele seja ineficiente por si só, ou por inércia da população. A cada dois anos os cidadãos comparecem, sim, às urnas, e sempre (absolutamente sem exceção) punem ou premiam políticos. Esta última afirmação pode parecer ilógica ante o

contexto sócio-político em que se vive no Brasil. Cabe, então, uma ressalva: geralmente é punido quem não deve, e principalmente, é premiado quem não merece. E isso ocorre, no mais, pela falta de informação do “principal”. O popular só pode julgar o que vê, e as informações de que dispõe são extremamente limitadas. Muitas vezes o crescimento e prosperidade observados durante uma administração são méritos de outra gestão; assim como a estagnação sentida de modo profundo na atualidade, se deve à má administração passada, e não atual. Sem saber disso, o eleitor pode punir aquele que trabalhou para garantir reservas futuras, e premiar aquele que ajudou a dilapidar o patrimônio público (BENTO, 2003, p. 104).

Ainda que imperfeito, o accountability vertical pode desempenhar bem o seu papel quando a democracia eleitoral atua como democracia reativa, ou seja, não governa, mas reage a maus governos. Neste sentido, assinala Przeworski:

[...] Os cidadãos devem ser capazes de saber quem é responsável pelo que e de aplicar, em cada caso, a sanção apropriada, para que os governos com bom desempenho continuem no poder e para que os demais sejam alijados. Se esses mecanismos de responsabilização (accountability) são bem concebidos, a economia de um estado intervencionista pode obter melhores resultados que a economia de mercados livres. (PRZEWORSKI, 1998, p. 40)

Em outros termos, tudo fica no lugar desde que se governe bem, os índices sociais estejam elevados e a economia saudável. Para tanto, para que esta idéia não se confunda apenas com a inércia do eleitorado, deve haver liberdade de expressão, mídia independente do Estado, e uma real disputa entre as elites políticas.

“A busca do accountability vertical passa pelo fortalecimento do princípio da representatividade. Países sem tradição democrática também apresentam baixa representatividade eleitoral” (BENTO, 2003, p. 105). Assim “os políticos apelam para o eleitor no momento da eleição, reduzindo-os posteriormente, porém, ao silêncio, governando sem participação, nem transparência, senão mesmo acima da Constituição”. (idem)

Os bons indicadores de níveis educacionais, de renda e bem estar social em geral fortalecem a idéia do accountability, porquanto possibilitam a atuação na correta medida da democracia participativa, ou seja, impedem que o eleitorado seja usado apenas como força propulsora dos políticos em tempos eleitorais.

É de se notar, portanto, que a participação popular, apesar de absolutamente extrínseca, pode e deve influenciar na burocracia interna do aparelhamento estatal. Como os burocratas não são eleitos, mas indicados, é bastante razoável imaginar que elegendo políticos que não

apresentem viés patrimonialista, os burocratas que trabalham predominantemente em prol dos seus interesses pessoais diminuirão consideravelmente em número e influência. É que o patrimonialismo (e o clientelismo) é a principal base de sustento da corrupção. Mas mesmo o patrimonialismo não é o núcleo de um “macro sistema de corrupção”; este é, na verdade, o papel das “panelinhas” do poder público, assim entendidos os grupos de burocratas, políticos, agentes econômicos, magistrados, e toda sorte de agentes públicos com interesses comuns que se unem em uma espécie de mercado da corrupção, competindo entre si para conseguir o máximo de proveito individual às custas dos bens públicos com o mínimo de punição a quem adere a essas práticas (SILVA, 2001, p. 54).

Muitas vezes se atribui somente ao sistema fiscalizatório e punitivo a corrupção presente nos altos escalões da política e burocracia em geral. Este é um pensamento que não se coaduna com a lógica, pois retira do eleitorado parte da culpa. E esta parte é tão grande, se não maior do que aquela atribuída aos órgãos oficiais. Trata-se da aceitação moral da corrupção, da cultura que louva quem “rouba, mas faz”. Quando a sociedade se porta de maneira a aceitar “pequenas demonstrações” de corrupção, em prol de um suposto bem maior, está aberta a porta ideológica que favorece e possibilita toda a indústria de incorporação pessoal do bem público por gestores ímprobos (SILVA, 2001, p. 57).

Esta “indústria” funciona de forma praticamente idêntica ao mercado comum, diferindo em apenas um aspecto, qual seja, o cálculo de custos e retorno funciona em uma balança viciada, já que não importa o quanto se gaste em “investimentos”, seja ele de pessoal ou capital - já que este é retirado da sociedade -, desde que haja o retorno desejável para os fundos de quem administra esta máquina. Ou seja, por qualquer análise racional, a caça às rendas fora da lei é uma atividade extremamente custosa e ineficiente, que onera excessivamente os cofres públicos, diminui consideravelmente o seu poder de ação, porquanto utiliza-se de seu próprio pessoal (alocação de recursos em atividades improdutivas), e traz lucros somente para um grupo seleto de pessoas.

Com base nesta consciência, de que a corrupção generalizada ou setORIZADA não trás de qualquer forma benefícios à sociedade, tem-se que a mudança de postura moral é um dos passos necessários para mudanças fáticas, legislativas e gerenciais, que possam realmente reformar o Estado no sentido da prevenção e controle da corrupção.

As instituições funcionam como estruturas de incentivos, através de recompensas e punições, a partir das quais os indivíduos prospectam suas oportunidades para maximizar sua

própria utilidade. Em outras palavras, os indivíduos, enquanto agentes econômicos, percebem as oportunidades de ganho oferecidas pelo ambiente institucional em que eles operam. As instituições, por sua vez, interferem no cálculo econômico desses mesmos agentes.

Desse modo, um ambiente de permissividade, ou impunidade, aos atos de corrupção implica a criação de um ambiente que incentiva a sua prática, de modo que indivíduos racionais e maximizadores do próprio interesse (sejam eles políticos, agentes públicos ou empresários) irão explorar esse clima de permissividade para obter vultosos ganhos a partir do desvio e da malversação do patrimônio público.

Por conseguinte, onde as instituições de controle são frágeis, onde os mecanismos de prestação de contas (*accountability*) são inoperantes e onde a lei carece de efetivação (*enforcement*), comprometendo o princípio da regra de direito (*rule of law*), deve-se esperar altos níveis de corrupção político-administrativa.

Instituições podem ser entendidas como o conjunto das normas, sejam elas jurídicas ou derivadas de convenções e valores sociais, que definem o comportamento apropriado para os agentes sociais. Tais normas definem punições (sanções jurídicas, ou sentimentos sociais adversos de indignação, censura ou vergonha) àqueles comportamentos considerados imorais ou prejudiciais à vida da comunidade e que devem, portanto, ser evitados; e definem também recompensas (também jurídicas, ou sentimentos sociais de respeito, prestígio ou credibilidade) àqueles que promovem objetivos ou valores socialmente partilhados.

Nesse contexto, os indivíduos são definidos como agentes econômicos que se comportam racionalmente, buscando, em qualquer situação, promover o seu próprio interesse, maximizando seu ganho ou vantagem pessoal. Os indivíduos, diante de um leque de alternativas de ação, escolhem aquela que maximiza os ganhos e minimiza as perdas. Dessa forma, as punições e recompensas estabelecidas por meio das instituições influenciam a conduta dos agentes econômicos, interferindo no seu cálculo utilitário. Noutras palavras, ao decidirem racionalmente, os indivíduos tenderão a evitar as alternativas que acarretam punições e buscarão aquelas que levam às recompensas. Por conseguinte, as instituições funcionam como estruturas de incentivos que buscam fazer com que indivíduos egoístas e racionais, maximizadores do próprio interesse, considerem mais atrativos determinados padrões de comportamento em detrimento de outros. Um bom desenho institucional é aquele em que as condutas socialmente benéficas são estimuladas mediante recompensas e as nocivas desestimuladas pela punição (BENTO, 2003, p. 106).

Continuando nessa linha de análise, percebe-se que práticas de corrupção se desenvolvem numa sociedade à medida em que as instituições passam a premiá-las e a punir o comportamento honesto. Isso ocorre, normalmente, em virtude da deficiência dos mecanismos de controle, de prestação de contas, e, em termos mais gerais, do clima de impunidade e tolerância social ao corrupto. Se um agente público percebe uma oportunidade de receber uma propina, ou de desviar recursos públicos em seu próprio benefício, sem sofrer nenhum ônus maior do que as vantagens decorrentes dessa conduta (como uma punição exemplar e a exposição à execração pública) torna-se simplesmente *racional* para este agente público deixar-se corromper. Na medida em que deixam o corrupto impune, as instituições o premiam com renda e qualidade de vida melhores, proporcionada pela corrupção, ao passo que o agente público honesto é punido, na medida em que é obrigado a viver apenas de seu salário, com as restrições decorrentes.

Portanto, a corrupção acontece não tanto porque os indivíduos sejam desonestos, mas porque indivíduos desonestos encontram oportunidades para agir desonestamente. O clima de permissividade criado por instituições fracas e não efetivas constituiu-se em poderoso incentivo ao comportamento predatório. Por outro lado, instituições fortes capazes de identificar casos de corrupção e impor punições severas em tempo hábil são capazes de dissuadir agentes racionais de praticar corrupção, por mais desonestos que eles sejam. As causas da corrupção devem ser buscadas na falha dos mecanismos de controle e não na moralidade pessoal.

De acordo com Rose-Ackerman (2002, p. 59), “sempre que uma autoridade pública possui poder discricionário sobre a distribuição de um benefício ou de um custo para o setor privado, criam-se incentivos para que haja suborno”. Dessa forma, o risco de corrupção existe, basicamente, em duas situações: (1) quando a administração pública decide (discricionariamente) sobre a concessão de benefícios e vantagens; (2) quando a administração pública decide (discricionariamente) sobre a imposição de ônus.

O primeiro caso inclui a concessão de licenças e alvarás para empreendimentos. Podem ocorrer pagamentos de propina para a concessão de licenças nos casos em que a lei ou o interesse público a proibiriam, ou para agilizar ou evitar os trâmites burocráticos envolvidos na sua concessão (pagamento de facilitação). Também é o caso da concessão de subsídios, benefícios fiscais ou creditícios, entre outras formas de ajuda pública. Não menos importante, é o caso das licitações. Como o poder público é, normalmente, o maior comprador do país, há

inúmeros incentivos para corrompê-lo, no sentido de adjudicar o objeto do contrato ao corruptor, tolerar preços inflacionados (sobrepço) ou tolerar a execução do objeto com qualidade ou quantidade inferior à contratada (superfaturamento).

O segundo caso inclui todas as formas de corrupção que pretendem persuadir a autoridade a fazer vista grossa de situações que ensejariam a aplicação de punições ou a cessação de atividades. Autoridades alfandegárias, de vigilância sanitária, autoridades policiais, de proteção ambiental, de cobrança de impostos e, em geral, qualquer autoridade com função de fiscalização estão particularmente expostas a esse tipo de corrupção.

Portanto, o principal a entender é que, o combate à corrupção consiste na definição de normas que orientem os agentes econômicos, mediante recompensas e punições, para o comportamento ético e socialmente apropriado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A corrupção é um fenômeno abrangente que não se limita a uma só área de cognição. Ela pode ser entendida no campo estritamente pessoal, da vida privada, como também no mundo político. Para o direito, interessa primordialmente este último aspecto. Não por ele ser em si mais grave, mas pelo fato de o primeiro ser de regulamentação e controle impossíveis.

O uso da mediação pode ser um dos instrumentos mais efetivos neste mister por duas razões básicas: primeiramente por desafogar a máquina judiciária já por demais caótica no Brasil; e por oferecer uma forma mais célere de se restaurar a conduta ética desejada dos agentes privados. O TAC, ou Termo de Ajustamento de Conduta, é uma oportunidade de se ter um órgão estatal na vigilância do bem público, ainda que de forma indireta ou mesmo que apenas a moralidade seja vigiada, sem que com isso se instale um processo burocrático. O objetivo sempre é ampliar as formas de combate e prevenção da corrupção, sem que isto ocasione danos indiretos tão gravosos quanto a omissão.

A Teoria da Escolha Racional demonstra que cada indivíduo age de acordo com o que mais lhe convier, englobando-se nesta acepção as possíveis consequências de suas atitudes e os ganhos que possa vir a auferir. Logo, todo agente político é necessariamente um ator da vida pública que se utiliza de sua posição para perseguir os interesses da coletividade e também seus próprios objetivos.

A transparência em todo e qualquer órgão público é desejada justamente por conferir probidade às ações destes agentes, separando o coletivo do individual e fazendo com que estes órgãos sirvam à vontade da comunidade e não dos titulares do poder. Para tanto, necessário e imprescindível é a atuação de agências reguladoras fortes e independentes.

Não se pode nem se deve encarar, entretanto, a corrupção política de forma estrita àqueles que detêm o poder público. Corrupção política é aquela que de uma forma ou outra, seja direta ou indireta, afeta o interesse coletivo.

Assim, do modo como se delineou neste artigo os mecanismos de controle, e dentro dos moldes institucionais com as obrigatórias prestações de contas, o papel do cidadão é primordial para se desencadear o sistema de punições e recompensas aos atores detentores de competência e poder para as modificações e manutenções necessárias para uma administração íntegra.

A corrupção diminui a confiança do mercado internacional para os cenários abundantes em improbidade, o que ocasiona dramática queda nos investimentos, prejudicando a economia privada, as políticas públicas e a vida cotidiana.

Não existe esquema de corrupção que possa se sustentar sem auxílio de práticas ímprobas internas e externas, o que ocasiona uma cultura de maximização da corrupção.

A mudança de postura da sociedade civil, que pode agir diretamente mediante institutos e organizações, pode pressionar empresas e agentes políticos em todos os níveis para a busca de uma administração pública e privada condizente com os ideais de ética, dignidade e justiça.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, MARCELO. SANCHEZ, OSCAR ADOLFO. A CORRUPÇÃO E OS CONTROLES INTERNOS DO ESTADO. LUA NOVA, SÃO PAULO, 2005

BENTO, LEONARDO VALLES. GOVERNANÇA E GOVERNABILIDADE NA REFORMA DO ESTADO: ENTRE EFICIÊNCIA E DEMOCRATIZAÇÃO. BARUERI, SP: MANOLE, 2003.

BOBBIO, Noberto. **Dicionário de política**. Tradução Carmen C Varriale. Coordenação da tradução João Ferreira. – 4ª Ed/ Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1992.

CAMP, EDUARD VINYAMATA. Aprender Mediación. Ediciones Paidós Ibérica, S, A, 2003

FOLBERG, JAY. TAYLOR, ALISON. MEDIACIÓN: RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS SIN LITIGIO. MÉXICO: EDITORIAL LIMUSA, 1992.

MARTINS, JOSÉ ANTÔNIO. CORRUPÇÃO. SÃO PAULO: GLOBO, 2008 – FILOSOFIA FRENTE E VERSO. COORDENADOR: ALEXANDRE DE OLIVEIRA TORRES CARRASCO.

PRZEWORSKI, Adam. Sobre o desenho do Estado: uma perspectiva agent x principal. In PEREIRA, Luis Carlos Bresser; SPINK, Peter Kevin. Org. **Reforma do Estado e Administração Pública Gerenciada**. 2 ed. Rio de Janeiro: Fubndação Getúlio Vargas, 1998.

RAMINA, LARISSA L. O. AÇÃO INTERNACIONAL CONTRA A CORRUPÇÃO. 4ª ED. EDITORA JURUÁ. CURITIBA, 2009.

SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves da. (2001), **A economia política da corrupção**, Transparência Brasil, São Paulo. SHLEIFER, A., R. W. VISHNY (1994), Politicians and firms, Discussion Paper 1686, Harvard Institute of Economics Research, June.

A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE JUSTIÇA: UMA ANÁLISE A PARTIR DA PERSPECTIVA DA CRISE DO JUDICIÁRIO

*MEDIATION AS A TOOL OF JUSTICE: AN ANALYSIS FROM THE PERSPECTIVE OF
CRISIS OF THE JUDICIARY*

Karime Silva Siviero¹
Brunela Vieira de Vincenzi²

SUMÁRIO: Introdução; 1 Crise do Judiciário: Obstáculos à efetivação da justiça; 1.1 A morosidade da justiça; 1.2 O alto custo dos processos; 1.3 A rigidez processual e a formação legalista-procedimentalista dos profissionais do direito; 2 O quadro geral da crise: fim da jurisdição?; 2.1 Jurisdição mínima *versus* jurisdição ampliada; 3 A mediação como instrumento de acesso à justiça; Considerações finais; Referências bibliográficas.

RESUMO

O presente estudo objetiva analisar a importância da mediação como instrumento de acesso à justiça sob o enfoque da atual crise de efetividade enfrentada pelo Poder Judiciário. Para tanto, discorre primeiramente sobre os principais obstáculos opostos aos cidadãos para a tutela judicial de seus direitos, cotejando-os, em cada etapa, com as pesquisas empíricas existentes sobre os níveis de eficiência dos Tribunais brasileiros. Em seguida, verificam-se os contornos contemporâneos da jurisdição e a maneira como ela se compatibiliza com os mecanismos de resolução de conflitos, em especial com o processo de mediação. Finalmente, tenciona-se demonstrar como os mais abalizados estudiosos do assunto conceituam a mediação, bem como o papel dessa ferramenta autocompositiva para a conquista da emancipação social e na construção da autonomia cidadã. Não se pretende, por óbvio, esgotar o tema, mas enriquecer o debate, pondo-se em destaque a necessidade do incentivo à construção dialógica de consensos nas sociedades contemporâneas.

PALAVRAS-CHAVE: Crise do Judiciário; Morosidade da justiça; Custos processuais; rigidez processual; Jurisdição; Mediação; Acesso à Justiça.

¹Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Graduada em Direito pela mesma instituição pública de ensino. Advogada-Chefe do Núcleo de Prática Jurídica da Universidade Vila Velha (UVV-ES). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil e Direito Processual Civil. Pesquisadora do Núcleo de Extensão e Atendimento Popular - Novo Balcão (Universidade Federal do Espírito Santo).

²Graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (1997), mestra em Direito Processual pela Universidade de São Paulo (2002) e Doutora em Direito Civil, Constitucional e Filosofia do Direito pela Johann Wolfgang Goethe Universität - Frankfurt am Main (2007) com Bolsa de Doutorado Integral durante o mesmo período concedida pela CAPES em cooperação com o DAAD (Deutscher Akademischer Austauschdienst). Estágio de Pós-Doutorado no Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo e no Institut für Sozial forschung em Frankfurt am Main, na Alemanha (2009-2010). Atuou entre 1998 e 2009 como advogada no Brasil, em São Paulo; e de 2010 a dezembro de 2012 como Advogada Europeia na Alemanha. Parecerista da Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD). Pós-Douramento em andamento no Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Espírito Santo - UFES, com bolsa integral PNPd/CAPES (2013-2014) sobre o tema Crise de Confiança nas Instituições Democráticas da Estrutura do Sistema Judiciário no Brasil. Atualmente é Professora Adjunta I no Departamento de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo - UFES, onde leciona na graduação e no mestrado, e coordena o Núcleo de Prática Jurídica e o Núcleo de Extensão e Atendimento Popular - Novo Balcão (Universidade Federal do Espírito Santo).

ABSTRACT

The present article intends to analyze the importance of mediation to enlarge access to justice under the focus of the current crisis of effectiveness faced by the Judiciary. Accordingly, its aim is to investigate the main existing obstacles for judicial protection of citizens' rights, contrasting them, along each stage of the study, with the empirical researches about the efficiency level of Brazilian Courts of Justice. Then, it enquires the contemporary concept of jurisdiction and how it relates with the existing alternative dispute resolution mechanisms, specially with the mediation process. Finally, it intends to delimitate the meaning of mediation from the perspective of the experts, as well as the contribution of this alternative pacification instrument to the empowerment of the citizens. It is not intended, obviously, being exhaustive, but to enrich the debate, evidencing the necessity of encouraging dialogical construction of consensus into the communities as a form of social and politic emancipation.

KEYWORDS: Judiciary crisis; Slowness of justice; Procedural costs; Procedural rigidity; Jurisdiction; Mediation; Access to justice.

INTRODUÇÃO

Os historiadores são quase unânimes em reconhecer o século XX como o de maior importância para o desenvolvimento humanidade³. No espaço de cem anos foi possível alcançar um nível de desenvolvimento das ciências sem precedentes, elevando-se expressivamente a qualidade de vida dos cidadãos e democratizando-se o acesso a bens e serviços.

Segundo Anthony Giddens, em sua análise sobre sistemas abstratos a partir da Modernidade, a natureza das instituições modernas está profundamente ligada ao mecanismo da confiança em sistemas peritos, como o sistema de justiça estatal (1991, p. 87). Assim, a fidedignidade conferida pelos atores leigos aos sistemas peritos - que detêm o monopólio do conhecimento específico para a resolução dos conflitos - de gerar uma sensação de segurança não é o ponto mais importante da relação de confiança verificada na Modernidade e, sim, a confiança de que este sistema vai funcionar de forma previsível reproduzindo uma série de eventos como resultado da contínua implementação reflexiva do conhecimento perito. Conforme sustenta o autor, a manutenção da ordem social só está garantida se ninguém optar por sair completamente dos sistemas abstratos envolvidos nas instituições modernas, caso contrário

³ Conferir, por todos, as obras de Jorge Ferreira, um dos mais renomados historiadores do século XX e Geoffrey Blainey, conceituado tratadista da história contemporânea.

surgiria o caos, sem a previsibilidade dos procedimentos consagrados pelas instituições já conhecidas (1991, p. 88).

A justiça estatal, como sistema perito, tem inegáveis implicações na vida social dos indivíduos, razão pela qual a crise de falta de confiança nas suas decisões pelos membros da sociedade, pode vir a retirar a sua legitimidade no contexto das instituições políticas de um país democrático (GIDDENS, 1991, p. 88). Como esclarece Candido Rangel Dinamarco (2005, pp. 185-186):

a sua institucionalização é vital e indispensável para a própria subsistência do Estado e sua imposição imperativa sobre as pessoas. É não pensar somente nos conflitos transindividuais que um a um chegam clamando por solução, mas na massa de todas as pretensões deduzidas à Justiça, às quais o Estado imporá com a sua autoridade imperativa a força do seu direito; não fosse a jurisdição institucionalizada, perderia sentido o ordenamento jurídico estatal como fonte autoritativa de regras de convivência e perderia sentido o próprio Estado que o institui e que, para coesão do grupo, tem a estrita necessidade da preservação do ordenamento.

O Judiciário transformou-se, atualmente, no grande receptáculo para as frustrações da sociedade de consumo, enfrentando, pela primeira vez, os conflitos recorrentes da litigância de massa. Na mesma linha, viu-se uma progressiva incorporação de novos entendimentos e regras ao Direito de Família, aptas a lidar com as relações familiares contemporâneas e refletir o avanço dos costumes.

Todavia, apesar das mudanças nas relações sociais, o Judiciário não desenvolveu novas metodologias de trabalho para se adequar à concepção mais contemporânea de pacificação social. As decisões são confeccionadas caso a caso, num ambiente conflituoso de pretensões *processualmente* resistidas, onde o magistrado assume o papel de declarar o direito e impor uma decisão ao vencido.

Além disso, a manutenção do intrincado sistema de garantias decorrentes do devido processo legal formal (não substantivo) do processo judicial, repleto de atos e formalismos, exige um alto custo de tempo e dinheiro para ser mantido, exigências estas incompatíveis com o clamor da sociedade por um processo efetivo, que proporcione resultados em espaço de tempo razoável. Consequentemente, a percepção de justiça e efetividade do processo desaparece à sombra dos altos investimentos na contratação de advogados, no pagamento de despesas e custas processuais e na espera interminável por uma sentença que nunca chega ou, quando chega, já se tornou obsoleta, desnecessária e ultrapassada. Justiça lenta representa, inexoravelmente, *denegata giustizia*, conforme arguta observação de Elio Fazzalari (1984, p. 343).

Os problemas do Judiciário são velhos conhecidos da população e foram amplamente analisados por juristas renomados, que costumam identificar a morosidade da justiça, o alto custo dos processos e a rigidez processual como os principais entraves à efetiva prestação jurisdicional.

Foi justamente o sentimento de ineficácia do Judiciário tradicional que reacendeu o debate sobre os mecanismos alternativos de solução de conflitos, percebidos como vias alternativas para a superação do estágio de *menoridade culposa*⁴ ainda tão presente nas sociedades contemporâneas.

Nessa linha, o presente artigo propõe-se a problematizar o sentimento de crise judiciária, contrastando a exploração dogmática do tema com os resultados das mais recentes pesquisas empíricas sobre a realidade brasileira. Trabalha-se com a perspectiva de que os mecanismos autocompositivos podem funcionar como bons aliados na administração da justiça, desde que haja investimentos na modernização e aprimoramento dos métodos judiciais tradicionais.

1 CRISE DO JUDICIÁRIO: OSBTÁCULOS À EFETIVAÇÃO DA JUSTIÇA

O predomínio da jurisdição estatal como o meio mais adequado à solução dos conflitos está estreitamente vinculado à convicção cultivada pelos cidadãos de que as garantias jurisdicionais são exercidas e respeitadas em plenitude. Esse culto exacerbado à justiça do Estado é o que Robert Benjamin denomina de mito da justiça (HOROWITZ, 1997, p. 122), decorrente da crença de que um juiz onisciente, respeitável e justo deliberará atentamente sobre a questão e julgará da maneira correta. Isso porque, como, normalmente, cada parte está convencida de que o seu interesse é legítimo, espera por uma decisão que corresponda integralmente às suas expectativas.

⁴Menoridade culposa é o termo utilizado por Kant para definir as sociedades pré-iluministas, muito amarradas a dogmas doutrinários, ao conservadorismo moral e às superstições religiosas e evidencia a necessidade de os cidadãos assumirem suas escolhas e decisões. "O Iluminismo é a saída do homem da sua menoridade de que ele próprio é culpado. A menoridade é a incapacidade de se servir do entendimento sem a orientação de outrem. Tal menoridade é por culpa própria se a sua causa não reside na falta de entendimento, mas na falta de decisão e de coragem em se servir de si mesmo sem a orientação do outrem. Sapere aude! Tem a coragem de te servires do teu próprio entendimento! Eis a palavra de ordem do Iluminismo"(KANT, 2005c, p. 11).

Isso também explica o sentimento daqueles que precisam de uma resposta do direito e que não a obtêm, de que existe uma enorme distância entre o que está posto nas normas do direito positivo e o anseio de justiça dos indivíduos (HONNETH, 2003, p 197). Como esclarece Eduardo Bittar (2005, p. 287):

é evidente aos olhos a incapacidade do ordenamento jurídico brasileiro, e do Estado brasileiro, de absorver todas as demandas por direitos humanos, ou torná-las razoavelmente administradas dentro de um contexto de francas desigualdades e cruéis diferenças sociais. A consequência imediata é a existência de um choque de brutais proporções entre o preconizado e o praticado, entre o prometido e o oferecido, entre a letra da lei e os fatos, entre a lógica do sistema formal e a lógica das ações sociais.

Ocorre que a ascensão dos níveis de litigiosidade das sociedades contemporâneas não se fez acompanhar pela modernização da metodologia de trabalho do Poder Judiciário. O processo artesanal de produção das sentenças, confeccionadas casuisticamente após um longo procedimento que garanta às partes oportunidades iguais de participação, não se coaduna com a solução esperada para os conflitos emergentes nas sociedades contemporâneas, quando despontam interesses metaindividuais, difusos e coletivos, dentre tantos outros, para além dos conflitos tradicionais.

Ada Pellegrini Grinover aduz que há um "grande descompasso entre a doutrina e a legislação de um lado e a prática judiciária, do outro", destacando, igualmente, que "ao extraordinário progresso científico da disciplina não correspondeu o aperfeiçoamento do aparelho judiciário e da administração da Justiça" (1985, p. 177).

Também Richard Posner, ao discorrer sobre o redimensionamento da Justiça, aduz que para lidar com o excesso de demandas, restou ao advogado lançar mão da "imaginação de um engenheiro de tráfego cuja única resposta ao congestionamento das rodovias fosse a construção de mais rodovias" (2007, p. 573).

1.1 A morosidade da justiça

A morosidade da justiça representa um dos maiores obstáculos entre os cidadãos e a busca pela prestação jurisdicional adequada. É inaceitável, para quem quer que necessite ingressar com uma ação judicial, que o processo demande aproximadamente uma década para se encerrar.

Embora exista um sentimento generalizado de que a Justiça brasileira caminha lentamente, há poucas pesquisas comprometidas com o rigor metodológico, e, por conseguinte, capazes de

fornecer números confiáveis sobre a duração dos processos judiciais no Brasil. Ainda assim, há algumas exceções dignas de nota, como se passa a relatar no próximo parágrafo

A primeira delas refere-se à pesquisa recente realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (2011) em parceria com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que tinha por escopo investigar o custo unitário do Processo de Execução Fiscal na Justiça Federal.

Na oportunidade, pesquisadores avaliaram o tempo necessário para que um processo fosse arquivado a partir de três óticas: o tempo da relação jurídica processual; o tempo investido em atividades administrativas que dão corpo aos atos processuais; e os tempos de espera legítimos (decurso de prazos processuais) e ilegítimos (ocasionados pela disfuncionalidade organizacional da Justiça, tais como causas pendentes de julgamento, filas de expediente, pilhas de processos aguardando providências etc.).

O resultado obtido na pesquisa é estarrecedor: apurou-se que o tempo médio total de tramitação de um processo de execução fiscal, desde o protocolo da petição inicial até a baixa definitiva do processo é de oito anos, dois meses e nove dias.

Quanto ao desempenho das outras esferas judiciais brasileiras, o relatório *Justiça em Números 2013*, do Conselho Nacional de Justiça, que mede o nível de litigiosidade do país, demonstra que para cada 100 processos distribuídos em 2012, apenas 30 foram arquivados. Ainda de acordo com a pesquisa, 92 milhões de processos tramitaram na Justiça naquele ano, sendo que a taxa registrada de acúmulo das ações corresponde a 70% (setenta por cento) dos processos em curso.

Outra pesquisa relevante é o *Diagnóstico sobre as Causas de Aumento das Demandas Judiciais, Mapeamento das Demandas Repetitivas e Propositura de Soluções Pré-Processuais, Processuais e Gerenciais à Morosidade da Justiça* (2010). O estudo demonstrou que a ampliação do acesso à justiça contribuiu para aumentar a litigiosidade e a advocacia de massa, contrariando todas as expectativas iniciais de seus idealizadores.

As pesquisas acima delineadas sugerem, em linhas gerais, que mesmo após a promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004, o nível de litigiosidade cresce em progressão geométrica, enquanto os métodos de trabalho utilizados pelo Judiciário não se modernizam, aumentando-se o abismo entre o número de processos distribuídos a cada ano e o número de processos sentenciados.

Paulo Eduardo Alves da Silva (2010, p. 27) destaca que de 1990 até 2002, houve um incremento de 270% (duzentos e setenta por cento) do volume de processos que tramitam na

primeira instância brasileira, enquanto o crescimento populacional no mesmo período foi de apenas 20% (vinte por cento). O autor sustenta que a produtividade dos juízes brasileiros aumentou nas últimas décadas, porém não foi capaz de acompanhar a escalada vertiginosa das demandas que despontam na sociedade. Conseqüentemente, formou-se um resíduo em constante expansão de processos nos Tribunais.

Sobre a influência específica do fator *tempo* no processo, Elígio Resta pondera que a verdade processual normalmente é alcançada *per stanchezza* (por cansaço). Sustenta que com o passar dos dias e em razão da pressa que a todos acompanha, o tempo tornou-se, modernamente, um recurso escasso, incapaz de atender às exigências de uma pesquisa adequada sobre a verdade. Por esta razão, não mais a busca pela verdade define o tempo, e sim o tempo condiciona e limita a busca pela verdade: *non abbiamo tempo!* (2004c, p. 33).

Não há como negar que uma das maiores preocupações geradas pela estrutura judiciária condiz com a morosidade processual. Os problemas conhecidos como *explosão de litigiosidade*, *sobrecarga de legislação* e *acúmulo de processos*, dentre outros, são mais sentidos quando as partes se deparam com a lentidão e a ineficiência do sistema. Mesmo os leigos, que não estão familiarizados com os ritos procedimentais, percebem que a jurisdição não consegue responder às demandas da sociedade de maneira adequada.

Tratam-se dos fenômenos definidos por Boaventura de Sousa Santos (2011, pp. 42-43) como *morosidade sistêmica* e *morosidade ativa*. A primeira decorre da sobrecarga de trabalho dos juízes, do excesso de burocracia necessária para que o processo avance e do formalismo processual, enquanto a segunda consiste nos entraves criados pelos próprios operadores do sistema judicial para impedir que o processo chegue ao fim.

Essas constatações acadêmicas e empíricas demonstram que é necessário ampliar o debate sobre quais são, efetivamente, os limites e possibilidades da jurisdição, cujas regras procedimentais foram pensadas para estabilizar sociedades muito mais rudimentares que as atuais, bem como quais os métodos adequados à pacificação dos conflitos, principalmente no que concerne ao tempo e à efetividade na entrega da Justiça.

1.2 O alto custo dos processos

Outra questão relevante para o tema objeto deste trabalho consiste em quantificar as despesas relacionadas ao Acesso à Justiça, isto é, quanto as partes interessadas na tutela jurisdicional precisarão investir para que o Estado defina a quem pertence o direito no caso concreto.

Segundo Vincenzo Vigoriti (1986, pp. 43), uma parcela considerável da doutrina considera a questão dos encargos processuais simplesmente um dano marginal do processo, alheio à ciência do Direito. Na mesma linha, Adrian Zuckerman (1999, p.12) aduz que embora o direito de acesso à justiça seja considerado um requisito da própria justiça, suas implicações práticas ainda são pouco debatidas entre os juristas. Para o autor, a demora na tramitação dos processos e os custos exorbitantes necessários para a movimentação do Judiciário consistem em ameaças reais ao sistema jurídico como um todo.

A análise do custo do processo não pode se restringir a um enfoque puramente produtivista; importa enfrentar o problema também a partir de um viés qualitativo, evidenciando os aspectos gerenciais e processuais que impactam sobre a qualidade dos serviços ofertados aos cidadãos. Cônsono Boaventura de Sousa Santos (2005, p. 23), as cobranças quantitativas endereçadas aos juízes e tribunais contribuem para desgastar o funcionamento e administração da própria Justiça, e influencia na qualidade que se espera da prestação jurisdicional.

De acordo com o Relatório *Justiça em Números 2013* do CNJ, a Justiça brasileira apresenta uma despesa de R\$ 37,3 bilhões de reais, o que corresponde a 1,2% (um vírgula dois por cento) do produto interno bruto nacional, investidos na movimentação de cerca de 86,6 milhões de processos.

Quanto ao valor unitário do processo, a pesquisa conduzida pelo IPEA sobre o *Custo Unitário do Processo de Execução Fiscal na Justiça Federal* (2010) apurou que este tipo de processo, particularmente, representa um custo de R\$ 4.368,00 (quatro mil, trezentos e sessenta e oito reais) aos cofres públicos, incluídos os valores gastos com mão-de-obra dos servidores e os custos acrescidos pelo tempo em que os processos permanecem parados nas prateleiras dos cartórios e varas, sem movimentação.

Os altos custos exigidos para o funcionamento do Judiciário não são exclusivos do Brasil. Em estudo comparativo sobre o processo civil, Zuckerman (1999, pp. 12-13) observou que na Inglaterra não apenas o custo do processo é elevado, como também é imprevisível e frequentemente desproporcional. Frequentemente o custo suportado por cada parte excede ao valor do bem material em disputa.

O mesmo problema é vivenciado nos Estados Unidos. Em 1991, o Conselho de Competitividade do Presidente anunciou que o país havia se transformado em uma sociedade litigiosa, sendo que as lides cobravam um pedágio altíssimo da economia americana. O relatório estimava que "o advogado médio toma US\$ 1 milhão por ano da produção de bens e serviços do país". A partir de então, os americanos iniciaram um processo de reavaliação da filosofia do litígio e das funções destinadas ao Judiciário na administração da Justiça (ZUCKERMAN, 1999, p. 20).

Especificamente no que concerne à experiência brasileira, pode-se dizer que o crescimento significativo da litigiosidade – e, por relação de causa e efeito, também dos custos que os processos representam para o Estado – relaciona-se diretamente com o movimento de reconstrução da cidadania inaugurado pela Carta Constitucional de 1988, quando o país, recém-saído de um regime de exceção, ampliou as vias de acesso da população aos serviços públicos.

Consoante preleciona Sérgio Adorno, mesmo depois da transição do período de ditadura militar para a democracia, "persiste um hiato entre os direitos políticos e os direitos sociais(1996, p. 103).Na sequencia, o autor esclarece que

esse hiato manifesta-se sobretudo através de um conflito entre as exigências de democracia política e as de democracia social. Se hoje, na sociedade brasileira, pode-se dizer que o processo de transição democrática promoveu a ampliação da participação e da representação política, esse movimento de ampliação dos direitos políticos não resultou em ampliação da justiça social. O aprofundamento das desigualdades sociais persiste sendo um dos grandes desafios à preservação e respeito dos direitos humanos para a grande maioria da população (1996, pp. 103-104).

O principal efeito colateral dessa construção artificial da cidadania é sentido no uso impensado dos novos direitos adquiridos. Conforme lecionam Stephen Holmes e Cass R. Sunstein (2000, p. 17):

Rights in the legal sense have "teeth". They are therefore anything but harmless or innocent. Under American law, rights are powers granted by the political community. And like the wielder of any power, an individual who exercises his or her rights may be tempted do use them badly. The right of one individual to sue another is the classic example. Because a right implies a power that can be wielded, for good or ill, over others, it must be guarded against and restricted, even while being scrupulously protected. (...) A rights-based political regime would dissolve into mutually destructive and self-defeating chaos without well-designed and carefully upheld protections against the misuse of basic rights.

Nesse contexto, a missão do direito é investir na construção compartilhada da justiça, cabendo ao Estado estabelecer políticas públicas para fomentar outros meios de solução de controvérsias, dentro e fora do Poder Público. Ou seja, deve-se resgatar o encontro entre

adjucação e manifestações espontneas de resoluo de conflitos resultantes do empoderamento popular.

1.3 A rigidez processual e a formao legalista-procedimentalista dos profissionais do direito

Como regra, h uma presuno de que o nvel de maturidade democrtica dos pas se mede tanto pelo acesso dos cidados ao Judicrio como pelas oportunidades conferidas aos litigantes de expor as suas razes e influenciar na formao do convencimento do juiz. E por isso que o processo contemporneo e pautado pelo contraditrio, adequando-se aos fins do Estado Democrtico de Direito e estruturado por um mtodo dialtico-investigativo capaz de garantir igualdade substancial de manifestao s partes (MITIDIERO, 2011, p. 149).

Todavia, muitas vezes a complexidade e a multiplicidade das regras processuais acabam favorecendo justamente o efeito que pretendia combater: o uso imprprio e inconveniente da morosidade da justia em benefcio de uma das partes e em detrimento da outra ou at mesmo da sociedade.

Em artigo emblemtico sobre os tipos de litigantes que buscam o Judicrio, Marc Galanter (1975, pp. 95-160) notou que a sobrecarga de trabalho dos juzes e a ineficincia dos servios cartorrios beneficiam os usurios habituais da justia (*repeat-players*) – partes que normalmente apresentam melhores condies financeiras e maior conhecimento e experincia em conflitos judiciais – em detrimento dos usurios eventuais do sistema (*one-shotters*).

O autor concluiu que os litigantes habituais no se valiam dos processos judiciais como um mecanismo para a soluo de seus conflitos, mas como uma estratgia para beneficiar-se da demora do processo.

O chamado *formalismo processual*, ou seja, uma valorizao exagerada das formalidades na resoluo dos conflitos, pode afetar profundamente o equilbrio democrtico do sistema de justia, pois impede que os hipossuficientes consigam, em tempo razoavel, a interveno do Judicrio na proteo dos seus direitos.

A soluo proposta por Galanter para a superao do excesso de formalismo consistia no fortalecimento do ativismo judicial. Em seu modo de ver, um juiz ativo poderia aprimorar qualitativamente o sistema, impondo sua autoridade na conduo dos processos e adotando uma postura flexvel para conceber resultados (fossem sentenas ou mediaes), e finalmente, criando condies para monitorar o cumprimento de suas decises.

Cássius Guimarães Chai, Alexandre de Castro Coura (Orgs.)

Porém, a realidade demonstra que nem sempre o ativismo judicial é a saída para os males da justiça. No Brasil, por exemplo, as recentes reformas legislativas processuais atribuíram aos juízes o papel de verdadeiros catalisadores das mudanças almejadas. Deveriam garantir a celeridade do processo, da produção eficiente das provas, a justiça das decisões e o mais importante, a concretização das decisões. Nem por isto a nossa justiça foi capaz de gerenciar o fluxo de demandas que desaguavam no Judiciário.

Uma parcela dessa culpa pode ser creditada à conta das Universidades, que incentivam um aprendizado mecânico do Direito, sem reflexões aprofundadas sobre o substrato social que o fundamenta e, de forma indireta, fomentam a cultura da litigiosidade.

A formação legalista dos profissionais do Direito também explica o condicionamento dos juízes às resoluções adjudicadas dos conflitos, ainda que a própria lei permita alternativas mais interessantes. Exemplo disso é o artigo 331 do Código de Processo Civil e o seu incentivo à conciliação, convertido praticamente em letra morta pela prática forense.

A conclusão possível é que a crise suscitada pelo *processualismo* decorre da cultura jurídica brasileira, muito arraigada às suas origens romano-germânicas de culto às fórmulas judiciais (herdadas do modelo de ensino jurídico da Universidade de Coimbra, trazido para as primeiras faculdades de direito, no Brasil Império, ainda no século XIX). Consequentemente, além da criação de ferramentas processuais por via legislativa, será necessário investir em novos mecanismos, como a adoção de práticas informais pelos juízes, a valorização das formas alternativas de solução de conflitos, a reestruturação dos cartórios e das varas e busca por ritos processuais diferenciados, tudo para que se chegue ao substrato social esquecido pela jurisdição e para que se alcance a resolução justa do conflito.

2 JURISDIÇÃO MÍNIMA VERSUS JURISDIÇÃO AMPLIADA

Na tentativa de lidar com esses problemas relatados acima, muitos estudiosos do Direito têm acenado em direção a uma política do Direito pautada pela jurisdição mínima, abrindo-se espaço para que os mecanismos alternativos de tratamento de conflitos floresçam, desvinculando-os da lógica adversarial da justiça estatal.

Esse posicionamento é assumido de maneira bastante enfática por Fabiana Marion Spengler, segundo a qual a mediação e o Direito são instrumentos diferentes, situados em estados e níveis diversos na “trata da conflitualidade”. De acordo com o seu raciocínio, a introdução da mediação no sistema jurisdicional representaria o risco de convertê-la em mero instrumento a serviço de um Sistema Judiciário em crise. A autora conclui que a institucionalização da mediação poderia até mesmo ser útil se realizada conforme critérios econômicos, mas perigosa consoante critérios jurídico-políticos (SPENGLER, 2010, p. 285).

De acordo com esse raciocínio, paralelamente às formas judiciais, existem possibilidades não jurisdicionais de tratamento das desavenças, baseadas numa relação de cooperação convencionada entre os litigantes. Partilha-se da percepção de que a oferta monopolística da justiça pelo sistema da jurisdição estatal precisa ser substituída por uma jurisdição mínima, vocacionada conviver com os métodos alternativos de solução de conflitos.

Por outro lado, a perspectiva de crescimento de uma justiça paralela, situada fora do controle estatal, soa para muitos como um retrocesso, uma *zona de sombra* que esconde o perigo do controle paternalista das tensões sociais, sem as garantias próprias da jurisdição formal.

Posicionando-se entre a jurisdição mínima e a jurisdição tradicional, a concepção doutrinária que defende uma ampliação do conceito de jurisdição ganha cada vez mais adeptos. Os autores favoráveis a essa corrente defendem que a jurisdição não se restringe ao poder-dever de *dizer coercitivamente o direito*, cabendo-lhe a função de ofertar soluções justas e tempestivas para os conflitos.

Para Carlos Alberto de Salles (2010), a apropriação dos mecanismos alternativos pelo sistema judiciário brasileiro evidencia a necessidade de elasticidade do conceito de jurisdição, a fim de contemplar outros instrumentos de pacificação social. Tais mecanismos devem ser percebidos como instrumentos auxiliares da jurisdição, que lhe possibilitam prestar serviços de solução de controvérsias.

Raciocínio semelhante é empregado por Juliana Demarchi ao considerar que os meios alternativos de resolução de conflitos devem ser vistos como técnicas processuais vocacionadas ao atingimento dos objetivos da jurisdição. Afirma que é impróprio qualificá-los como meros equivalentes jurisdicionais, uma vez que são “ferramentas do próprio sistema processual para a consecução de seus escopos” (2007, p. 10).

Igualmente debruçando-se sobre o estudo do tema, Fernanda Tartuce convenceu-se sobre a adequação de considerar os meios alternativos de composição das controvérsias como parte

integrante da atividade jurisdicional, uma vez que sua missão constitucional é a solução pacífica dos conflitos e a promoção da harmonia social.

Em sua tese de doutoramento, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Daniela Monteiro Gabbay vai além e propõe considerar a mediação à luz da teoria geral do processo. Para a consecução de seu intento, a autora dedica-se, num primeiro momento, a esmiuçar as bases constitutivas da mediação (processo de mediação) a partir de seus elementos objetivo, subjetivo e procedimental.

A semelhança estrutural entre o processo de mediação e o processo judicial permitem-na situar ambas as formas de solução de conflitos no mesmo plano e encartá-las sob a teoria geral do processo, porquanto sejam cuidem de processos instrumentais a serviço da pacificação social (GABBAY, 2011).

Daniela Gabbay argumenta que também nos processos de mediação existem relações de poder, procedimentos, princípios, valores e garantias que devem ser sistematizados. “Isso principalmente quando a mediação é institucionalizada, como ocorre no ambiente judicial, havendo regulação do processo e coercibilidade do acordo” (2011, p. 17).

Importante contribuição teórica sobre o assunto é encontrada na obra de Richard Reuben, “*Constitutional Gravity: a Unitary Theory*” (2000). O professor da Universidade de Missouri-Columbia recusa legitimidade ao modelo bipolar dos mecanismos de tratamento de conflitos, que os divide entre público e privado e sujeita apenas o primeiro, traduzido no processo civil judicial, às exigências do devido processo legal.

Consoante pensa Reuben, assim como os procedimentos estatais, também os mecanismos alternativos de solução de conflitos são alcançados pelos preceitos constitucionais, e, nessa medida, devem render homenagens ao devido processo (*minimal but meaningful due process standards*), sintetizado em três requisitos necessários: a imparcialidade do terceiro, o respeito ao contraditório e a possibilidade de assistência por advogado.

A teoria unitária de Reuben pende inequivocamente para a expansão do conceito de *public civil justice* mediante a publicização dos mecanismos alternativos (ADR); a segurança do devido processo legal, usualmente reconhecida apenas aos mecanismos heterocompositivos, são estendidas às formas consensuais.

Tendo sido apresentadas, em linhas gerais, a jurisdição mínima e a jurisdição expandida, importa sublinhar que a preferência por uma ou outra concepção doutrinária traz implicações práticas relevantes. Os entusiastas da jurisdição mínima costumam rechaçar qualquer forma

de *institucionalização* dos mecanismos autocompositivos pelos Poderes Públicos, vistas como interferências inconvenientes na esfera privada. Além disso, consideram jurisdicional apenas o pronunciamento do Judiciário sobre o mérito das demandas, mas são avessos às regulamentações normativas dos procedimentos alternativos.

O presente artigo baseia-se na premissa de que a concepção ampliativa de jurisdição compatibiliza-se melhor com as aspirações contemporâneas de amplo acesso à Justiça. Nessa medida, o Judiciário pode recorrer a um sistema pluriprocessual para o enfrentamento das controvérsias, multiplicando os “arsenais técnicos” do sistema de distribuição de justiça.

Ao lado dos processos judiciais, enfileiram-se os mecanismos alternativos de solução de controvérsias; suas técnicas são paulatinamente incorporadas aos processos adjudicatórios, ao mesmo tempo em que o Estado financia e estimula o uso da mediação e da conciliação em programas anexos ao sistema jurídico.

Evidentemente, o estímulo conferido pelo Judiciário aos cidadãos para que se informem sobre os processos alternativos, ou ainda a orientação para que busquem programas anexos aos tribunais, não pode influenciar na independência e autonomia da condução dos processos de mediação e conciliação. A *institucionalização* desses mecanismos no Judiciário denota o esforço do Poder Público de reaproximar os cidadãos da justiça de base.

3 A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA

A palavra “mediação” provém do latim *mediare*, que pode ser traduzido como mediar, dividir ao meio, mear, estar ao meio, distar igualmente.

Consoante ensina Elígio Resta (2006), pode-se estabelecer um paralelo entre as formas de composição de litígios e três figuras da estatística cujos termos igualmente derivam da partícula *med* e que representam o resultado de uma relação escalonada entre valores extremos, opostos e conflitantes: a média, a moda e a mediana.

Nesse sentido, a média representa a metade aritmética entre pretensões antagônicas, como na fórmula $\{a+b:2\}$. O autor aponta como exemplo a famosa decisão salomônica de “cortar a criança no meio” como forma de solucionar o conflito entre duas mulheres que reivindicam a maternidade. Portanto, as decisões adjudicadas seriam o equivalente jurídico da média, posto que interrompem a comunicação entre as partes a partir de uma escolha feita por terceiro neutro e imparcial.

Já o conceito de moda corresponde ao valor observado com mais frequência em uma escala. O professor da Universidade de Roma esclarece que a sua representação mais conhecida no Direito é o princípio majoritário, cuja aplicação inadvertida pode ensejar a violação dos direitos das minorias.

Quanto à mediana, corresponde ao valor que separa o conjunto em dois subconjuntos de tamanhos iguais. A mediana não precisa, necessariamente, fazer parte do conjunto inicial, podendo resultar em algo completamente novo. Resta afirma que a importância da mediana compara-se, em termos geopolíticos, com a figura do Mediterrâneo, região onde o mar simboliza o eixo de conjugação de terras.

No campo dos tratamentos de litígios, o conceito de mediana é o que mais se avizinha da mediação, já que esta representa a capacidade de harmonização de interesses por meio da reativação da comunicação hermenêutica. Ela conserva os espaços argumentativos para que as partes decidam a melhor maneira de acomodar os interesses em conflito (RESTA, 2006, p. 15).

O foco principal da mediação não está na celebração de um acordo que ponha termo ao conflito, mas em possibilitar uma reflexão detida sobre as circunstâncias do conflito, sobre as necessidades das pessoas envolvidas e o restabelecimento do canal de comunicação interrompido pela disputa. Ainda que as partes não transijam, o procedimento terá sido exitoso.

O termo *mediação* denota o procedimento de solução de conflitos onde um terceiro imparcial e desprovido de poder de decisão facilita a comunicação entre pessoas com pretensões contrapostas para que decidam, em comumhão, o melhor desfecho para o problema.

Chiara Besso (2010, p. 33) entende a mediação como “*il procedimento nel quale un terzo, il mediatore, facilita la comunicazione e la negoziazione tra le parti in conflitto, assistendole nel raggiungere un accordo, da loro volontariamente scelto*”.

Christopher Moore (2014, p. 08), por outro lado, apresenta a seguinte conceituação:

mediation is a conflict resolution process in which a mutually acceptable third party, who was no authority to make binding decisions for disputants, intervenes in a conflict or dispute to assist involved parties to improve their relationships, enhance communications, and use effective problem-solving and negotiations procedures to reach voluntary and mutually acceptable understandings or agreements on contested issues.

Talvez a noção mais significativa e verdadeira do significado de mediação esteja estampada no título da obra que Jean Pierre Bonafé-Schmitt dedicou ao estudo do tema: *une justice douce*. Formalmente, o autorsintetiza a mediação comum

processus le plus souvent formel par lequel un tiers neutre tente à travers l'organisation d'échanges entre les parties de permettre a celles-ci de confronter leurs points de vue et de rechercher avec son aide une solution au conflit qui les oppose (1992, pp. 16-17).

As conceituações acima expostas evidenciam a mediação como um procedimento ético e cooperativo que empodera os indivíduos e lhes proporciona meios para administrar os conflitos pacificamente.

Contrariando a lógica dos processos judiciais, os mediados possuem ampla liberdade para contemplar soluções, servindo os ordenamentos jurídicos apenas como referenciais não vinculativos.

Símbolo dos novos paradigmas sociais questionadores do modelo judicial de resolução de conflitos, a mediação substitui o caráter autopoiético do Direito tradicionalista, sedimentado em teorias sistêmicas, esquemáticas e fechadas, por uma alternativa procedimental aberta, adaptável às diversidades da vida nas sociedades pós-modernas (VINCENZI, 2009, pp. 99-116).

Nesse ponto, é importante sobrelevar que embora esse mecanismo seja considerado um mecanismo de solução de conflitos, sua importância vai muito além. Cuida-se de instrumento de *emancipação social* (decorrente do movimento de empoderamento das Lideranças Comunitárias), especialmente quando os cidadãos para o exercício legítimo dos direitos (GOHN, 2004, pp. 20-31).

A mediação lança luz sobre as potencialidades do conflito, visto como oportunidade de amadurecimento do convívio social. Obviamente, instrumentos de emancipação pautados pelo reconhecimento⁵, pela responsabilização e engajamento dos envolvidos e pelo respeito mútuo não pretendem eliminar os processos adjudicatórios, mas *ocupar os espaços vazios deixados por ele*. Como ensina Axel Honneth (2003, pp. 261-262), o modelo de conflito baseado na teoria do reconhecimento

não pode precisamente substituir o primeiro, o modelo utilitarista, mas somente complementá-lo: pois permanece sempre uma questão empírica saber até que ponto um conflito social segue a lógica da persecução de interesses ou a lógica da formação da reação moral. Todavia (...) incumbe hoje ao modelo de conflito baseado na teoria do reconhecimento, além da função de complementação, também a tarefa de uma correção possível (...). É na direção de uma semelhante interpretação retificadora dos conflitos sociais que aponta hoje uma série de investigações históricas cuja atenção está dirigida à cultura moral cotidiana das camadas sociais baixas; os resultados desses estudos podem contribuir para justificar empiricamente um pouco mais o modelo de conflito aqui desenvolvido e defendê-lo em face das objeções óbvias.

Com efeito, quando a pretensão de reconhecimento de direitos é negada pela justiça estatal, o indivíduo traduz esta falta de reconhecimento como injustiça e ausência do Estado, cuja justiça deveria estar ali para defendê-lo e proteger os seus direitos. Por outro lado, a ausência de reconhecimento do indivíduo como titular de direitos pelo Estado pode desencadear um comportamento arredo diante do Estado de Direito, razão pela qual o indivíduo não se compromete com a obediência às normas de direito e com da justiça estatal (VINCENZI, 2014, pp. 381-395).

Por outro lado, percebida como prática social transformadora, a mediação tem o potencial de habilitar as comunidades a “coser-se a si mesmas”, sem a influência de ideologias ou referências exógenas. Os meios autocompositivos em geral e a mediação em particular são

⁵Sobre a importância do reconhecimento e da autorreflexividade nas sociedades pós-modernas, são especialmente interessantes os escritos de Gilles Lipovetsky. Para o autor, as interpretações relativistas ou niilistas do universo *hipermoderno* não resistem a uma análise mais profunda, uma vez que foi a civilização presentista que possibilitou as políticas de reconhecimento. (LIPOVETSKY, Gilles, 2004, p. 95-96).

ferramentas importantes de educação para a autonomia cidadã. Trata-se de um processo de autonomização conduzido “de dentro para fora”.

A solução mediada de conflitos desponta como um caminho democratizante para a consolidação do acesso à justiça. Busca-se a superação das perplexidades da justiça adversarial – a que declara a “vontade unívoca da lei” – pela restauração da hermenêutica e da razão dialógica, ambas incorporadas aos novos mecanismos de construção de consensos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo objetivou ocupar-se da problemática concreta envolvendo o sentimento de crise do Judiciário, perfazendo uma análise descritiva dos principais óbices apontados pela doutrina para o efetivo acesso à justiça e confrontando-os, um a um, com as pesquisas empíricas existentes sobre o desempenho do Judiciário, com o propósito de revelar as particularidades do desafio para a administração da justiça em nosso país.

No transcorrer da análise, verificou-se que a necessidade atual de acesso qualitativo e irrestrito à justiça demanda uma ampliação do conceito de jurisdição, apto a conglobar um sistema pluriprocessual de resolução das controvérsias.

O passo seguinte consistiu no estudo do conceito de mediação e em sua identificação como um procedimento ético e cooperativo de solução de conflitos, lastreados no reconhecimento recíproco entre as partes e na construção dialógica de consensos.

Finalmente, concluiu-se que a mediação, para além de sua importância no gerenciamento de dissensos, é instrumento de libertação social, eis que empodera os cidadãos para a participação na escolha dos rumos políticos e sociais das comunidades em que estão inseridos.

Outrossim, a importância da mediação transcende o processo judicial, pois é preciso atentar que o sentimento de injustiça (decorrente da falta de reconhecimento nas esferas familiar, do direito e social (HONNETH, 2003), muitas vezes lança os indivíduos nos braços da violência. Estes indivíduos, que entendem não poder mais esperar nenhum reconhecimento do Estado de Direito, da sociedade ou da própria família, buscam alhures desfazer o sentimento de injustiça, fazendo a justiça de mãos próprias através da violência física ou em tribunais criados para o julgamento de conflitos entre presos, entre comerciantes, entre vizinhos e de todos aqueles que vivem nos bairros controlados pela instituição. Necessário, então, diferenciar, como sugere Derrida, entre a força (violência) da lei e o ato de violência que realiza o direito (DERRIDA, 2007, pp. 12-13).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO, Sérgio. **A Gestão Urbana do medo e da insegurança**: Violência, crime, justiça penal na sociedade brasileira contemporânea, São Paulo: FFLCH-USP. Tese de Livredocência, 1996.

BESSO, Chiara. La Mediazione Italiana: Definizioni e Tipologie. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Disponível em: <<http://www.redp.com.br>>. Acesso em 15 de abr 2014.

BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade**. São Paulo: Forense Universitária, 2005.

BONAFÉ-SCHMITT, Jean-Pierre. **La Médiation**: une justice douce. Paris, Syros, 1992.

CECCHI. **Analisi statistica dei procedimenti civili dicognizione in Itália**. Bari: 1975.

DERRIDA, Jacques. **Força de lei**: o fundamento místico da autoridade. Tradução de Leila Perrone-Moysés. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

DEMARCHI, Juliana. **Mediação. Proposta de implementação no Processo Civil Brasileiro**. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como requisito para obtenção do título de Doutor junto ao Departamento de Direito Processual. São Paulo, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instrumentalidade do Processo**. São Paulo 1999.

FAZZALARI, Elio. **Problemi e prospettivedel processo civile**. In: Riv. trim. dir. proc. civ. Milano: Giuffrè, 1984.

GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & Judiciário**. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como requisito para obtenção do título de Mestre junto ao Departamento de Direito Processual. São Paulo, 2011.

GALANTER, Marc. **Whythe ‘Haves’ come out ahead: speculationsonthelimitsof legal change**. Law andSocietyReview, vol. 9, n. 2, 1975.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo, 1991.

GOHN, Maria da Glória Gohn. Empoderamento e participação da comunidade em políticas sociais. **Saúde e Sociedade** v.13, n.2, p.20-31, maio-ago 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Conciliação e Juizados de Pequenas Causas. In: WATANABE, Kazuo (Org.). **Juizado especial de pequenas causas**: Lei 7.244, de 7 de novembro de 1984. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**. A gramática moral dos conflitos sociais. Tradução de Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003.

HOROWITZ, Sara. **Conflicto y negociación, in Mediación**– una respuestainterdisciplinaria. Buenos Aires: Editora Universitaria de Buenos Aires. 1ª ed. 1997.

KANT, Immanuel. Resposta à pergunta: Que é "Esclarecimento"? (Aufklärung). In: Textos Seletos. Tradução de Floriano de Sousa Fernandes. 3ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2005c.

LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. Tradução de Mário Vilela. São Paulo: Editora Barcarolla, 2004.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MOORE, Christopher W. **The mediationprocess. Practicalstrategies for resolvingconflict. 4th Edition**. San Francisco: Jossey-Bass, 2014.

POSNER, Richard A. **Problemas de Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

RESTA, Elígio. Le verità e il processo. In: MARINI, Alarico. **Processo e verità**. Pisa: Plus, 2004c.

_____. **Neutralità e imparzialitànellagestione dei conflitti**. Disponível em: <http://www.associazionegea.it/Professor_Resta.pdf>. Acesso em: 14 jun 2014.

REUBEN, Richard. **ConstitutionalGravity: a UnitaryTheory**. Disponível em: <<http://scholarship.law.missouri.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1335&context=facpubs>>. Acesso em: 15 set 2014.

VIGORITI, Vincenzo. Notas sobre o custo e a duração do processo civil na Itália. **Revista de Processo**, v. 11, n. 43, jul/set. 86, pp. 142/48.

SALLES, Carlo Alberto. **A arbitragem na solução de controvérsias contratuais da Administração Pública**. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como requisito para obtenção do título de Livre-Docente junto ao Departamento de Direito Processual. São Paulo, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3ª ed. São Paulo: Editora Cortez, 2011.

SPELGLER, Fabiana Marion. **Da jurisdição à mediação**. Ijuí: Editora Ijuí, 2010, p. 284.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The costofrights: whylibertydependson taxes**. New York: Norton &Company, 2000, p. 17.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Gerenciamento de processos judiciais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

VINCENZI, Brunela Vieira de. A crise de confiança nas instituições democráticas da justiça Brasileira e aplicação dos direitos fundamentais no processo judicial. **Revista Forense** (Impresso), v. 419, p. 381-395, 2014.

_____. Guinada semântica: indivíduo, pessoa, individualização e sujeito de direitos fundamentais. In: CARLINI, Angélica Lucía; NALINI, José Renato. (Org.). **Formação jurídica e direitos humanos**. 1.ed.: , 2009, v. , p. 99-116.

WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSHELL, ZANOIDE (Coord.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005, pp. 684-690.

ZUCKERMAN, Adrian A. S. **Civil Justice in crisis**: comparative perspectives of civil procedure. New York: Oxford, 1999.

“CONCILIAR É PRECISO”: A IMPLEMENTAÇÃO DA POLÍTICA JURÍDICA NACIONAL DE TRATAMENTO ADEQUADO DOS CONFLITOS DE INTERESSES NO BIÊNIO 2011-2013 NO ESTADO DO CEARÁ

“WE NEED TO CONCILIATE”: THE NATIONAL LEGAL POLICY ABOUT THE ADEQUATE APPROACH OVER THE CONFLICT OF INTERESTS BETWEEN 2011-2013 IN STATE OF CEARÁ

Luiz Alberto Gomes Barbosa Neto¹

Marcus Pinto Aguiar²

Raphael Franco Castelo Branco Carvalho³

SUMÁRIO: Introdução; 1 Poder Judiciário, Políticas Públicas e Acesso à Justiça; 2 A Reforma do Poder Judiciário e o Papel do Conselho Nacional de Justiça; 3 Tribunais Multiportas (*Multi-door Courthouse*) e a Resolução Alternativa de Disputas (RADs); 4 A Implementação da Política Pública Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses no Poder Judiciário do Estado do Ceará. Considerações Finais.

RESUMO

O tema da pesquisa se voltou para o contexto da implementação da Resolução nº 125/2010 do CNJ no Poder Judiciário do Ceará, enquanto inovação jurídico-institucional para os mecanismos institucionais de acesso à justiça no Estado. Tendo como objetivo geral: entender como se deu a dinâmica da execução da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses do CNJ pelo Tribunal de Justiça do Estado do Ceará no período de fevereiro de 2011 a fevereiro de 2013. Para que o objetivo principal fosse concretizado, fizeram-se necessários os seguintes objetivos específicos: entender o Poder Judiciário brasileiro antes e depois da Emenda Constitucional nº 45, conhecida como

¹ Advogado. Mestre em Políticas Públicas e Sociedade pela UECE. Especialista em Gestão Pública Municipal pela UECE, Mediador Comunitário pelo Ministério Público do Ceará, Professor Universitário. E-mail: luizalbertoneto@gmail.com.

² Doutorando e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Membro do Grupo de Estudos e Pesquisas em Direitos Culturais da Universidade de Fortaleza. Membro da Comissão Especial de Mediação, Conciliação e Arbitragem e da Comissão de Direitos Humanos da OAB/CE. Professor e Advogado. Email: marcuspaguiar@hotmail.com.

³ Advogado. Professor. Mestrando em Direito Constitucional pelo PPGD (UNIFOR). Especialista em Direito Previdenciário pela FAERPI. Membro da Comissão Especial da Comissão de Mediação, Conciliação e Arbitragem da OAB/CE. E-mail: raphaelcbcarvalho@gmail.com.

“Reforma do Judiciário”; compreender o papel do Conselho Nacional de Justiça e das Políticas Públicas para efetivar o acesso à justiça de forma justa; analisar os trabalhos do Movimento pela Conciliação que desaguaram na criação da Resolução nº 125 do CNJ e a importação do modelo norte-americano de “Tribunal Multiportas”; detalhar a dinâmica normativa da Resolução e a forma como se constituiu a rede nacional para sua implantação. Os tipos de pesquisa utilizados neste trabalho foram a bibliográfica e a documental. Conclui-se que, apesar dos esforços do CNJ, dos profissionais do Poder Judiciário do Estado do Ceará e dos inúmeros voluntários que sem remuneração tentam realizar os objetivos da referida Política Pública Nacional, irão continuar a surgir Emendas a essa Política em decorrência dos problemas que surgem diante das disparidades e desigualdades existentes entre as diversas realidades dos órgãos do Poder Judiciário brasileiro na implementação de reformas administrativa nos Poderes do Estado brasileiro em escala nacional.

PALAVRAS-CHAVE: Poder Judiciário; Acesso à Justiça; Políticas Públicas; Tribunal Multiportas; Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos De Interesses.

ABSTRACT

The theme of the research turned to the context of the implementation of CNJ’s (National Council of Justice) Resolution nº 125/2010 on the Judiciary of Ceará State, while legal and institutional innovation as institutional mechanisms for access to justice in the state. For this feat, it was drafted as general objective: understand how did the dynamics of the implementation of National Judicial Policy of proper handling of conflicts of interests by CNJ by the Court of the State of Ceará in the period February 2011 to February 2013. For the main objective was accomplished, were made necessary the following specific objectives: understanding the Brazilian courts before and after the Constitutional Amendment 45, known as "Judicial Reform"; understand the role of the National Council of Justice and Policies Public to effect access to justice in a fair, reviewing the work of the Movement for Conciliation that influenced the creation of Resolution nº 125 of the CNJ and the import of the American model of "Multi-doors Courthouse"; detail the dynamic rules of resolution and how constituted a national network for its implementation. The types of research used in this work were the bibliographic and documentary. We conclude that, despite the efforts of CNJ, the professionals of the Judiciary of the State of Ceará and the countless volunteers who without remuneration try accomplishing the goals of the National Public Policy said, will continue to emerge Amendments to this Policy as a result of problems appear before the disparities and inequalities between the various organs of the realities of the Brazilian judiciary in implementing reforms in the administrative powers of the Brazilian national scale.

KEYWORDS: Judiciary; Access to Justice, Public Policy; Multi-doors Courthouse, National Judicial Policy of Proper Treatment of Conflicts of Interests.

INTRODUÇÃO

A partir do arcabouço teórico aliado à prática profissional perante diversos órgãos da justiça cearense, percebeu-se através das queixas habituais dos usuários dos serviços judiciais, principalmente, nos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, que o Poder Judiciário pode se distanciar de quem mais precisa de seus serviços em razão da demora da prestação jurisdicional.

Dessa forma, observa-se junto aos jurisdicionados cearenses a necessidade de uma melhora na prestação dos serviços públicos voltados para a resolução de conflitos, uma vez que os mesmos reclamam do lapso temporal para a marcação das audiências de conciliação e, caso não haja acordo, da demora da audiência de instrução e julgamento. As queixas dos usuários atingem também o comportamento do conciliador e das diversas coações sofridas para aceitarem o acordo proposto, demonstrando assim, a falha na formação necessária do profissional para exercer tais atividades de conciliador e de mediador.

O interesse sobre a temática aumenta a partir das diversas notícias veiculadas na imprensa repercutindo os resultados publicados no relatório da inspeção de 2009 no Poder Judiciário Cearense. Segundo o relatório do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) (2009, p. 117), “A carga de trabalho na primeira instância é de 2.785 processos por magistrado, abaixo da média nacional de 5.277 processos. A taxa de congestionamento na primeira instância, em 2008, foi de 78% para a média nacional de 79,6%.” Ainda, o CNJ (2009, p. 61) relatou a situação da Justiça de 2º Grau de Jurisdição, “A taxa de congestionamento da segunda instância é de 89,8%, para a média nacional de 42,5%”.

Tal situação evidenciada pelo CNJ fomentou uma intensa movimentação da Ordem dos Advogados do Brasil da Secção Ceará (OAB/CE) no intuito de protestar por mudanças que transformassem o Poder Judiciário cearense, tornando-o mais democrático e com um efetivo acesso à justiça ao usuário dos serviços judiciais e profissionais da área jurídica.

Para esse fim, a OAB/CE criou o movimento “Justiça Já” que lançou o “Manifesto da Advocacia”, um relatório de pesquisa realizada durante quatro meses entre junho a setembro de 2010, reivindicando a solução para problemas recorrentes existentes no Judiciário cearense.

Também foi observada a intensa mobilização publicitária da campanha nacional de conciliação de 2010 e a repercussão obtida no início desse evento nacional com a publicação da Resolução nº 125/2010 do CNJ, como a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário.

Através dessa inovação jurídico-institucional, o tema desta pesquisa se volta para o contexto da implementação da Resolução nº 125/2010 do CNJ no Poder Judiciário do Ceará, buscando analisar o impacto da nova política nos mecanismos institucionais de acesso à justiça no Estado. Esse tema se investe de singular importância em razão dos problemas anteriormente referidos os quais padece o sistema de justiça nacional e, principalmente, a Justiça do Ceará.

O assunto tratado nesse trabalho tem grande interesse social devido às relações conflituosas existentes na sociedade, agravadas pelo aprofundamento das relações de consumo e pelos novos arranjos familiares legitimados socialmente, mas que demandam muitas ações judiciais. Para tal feito, elabora-se como objetivo geral: entender como se dá a dinâmica da execução da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses do CNJ pelo Tribunal de Justiça do Estado do Ceará no período de fevereiro de 2011 a fevereiro de 2013. Para que o objetivo principal seja concretizado fazem-se necessários os seguintes objetivos específicos: entender o Poder Judiciário brasileiro antes e depois da Emenda Constitucional nº 45, conhecida como “Reforma do Judiciário”; compreender o papel do Conselho Nacional de Justiça e das Políticas Públicas para efetivar o acesso à justiça de forma justa; analisar os trabalhos do Movimento pela Conciliação que desaguaram na criação da Resolução nº 125 do CNJ e a importação do modelo norte-americano de “Tribunal Multiportas”; detalhar a dinâmica normativa da Resolução e a forma como se constituiu a rede nacional para sua implantação.

Os tipos de pesquisa utilizados neste trabalho foram a bibliográfica – na consulta empreendida em livros, artigos, revistas etc. – e a documental – através das análises e comparações entre Resoluções, Portarias, Provimentos normativos, Regimentos internos, Leis, Emendas etc. A metodologia realizada é de extrema importância para a determinação, descobrimento e percepção de problemas, obstáculos ou dissimulações que surgem durante a construção dessas estruturas jurídicas pelo Tribunal de Justiça do Ceará (TJ-CE)

A pesquisa está dividida em cinco capítulos, além da introdução e das considerações finais, sendo o primeiro uma construção histórica acerca dos conceitos da formação do Poder Judiciário na República, dos movimentos ou “ondas” de acesso à justiça e instituições criadas para tal fim e, por último, delineando-se o conceito de políticas públicas adotado e a importância das contribuições desse campo de estudo para a concretização dos mecanismos de acesso à justiça no Brasil.

No segundo capítulo, trata-se de entender em complemento com o capítulo anterior, as razões que fundamentaram a Reforma do Poder Judiciário através da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, o papel desempenhado pelo CNJ na elaboração, execução e avaliação de políticas públicas no sistema judiciário, além de detalhar e explicitar os limites do paradigma criado pelo “Movimento pela Conciliação” que visavam ações para o aperfeiçoamento e aprofundamento dos métodos de conciliação e de mediação, a partir de eventos

concentradores na forma de mutirões de atividades jurídicas, sendo a semana nacional de conciliação o evento principal.

O terceiro capítulo faz análise acerca do modelo de aplicação dos métodos de Resolução Alternativa de Disputas (RADs) ou Alternative Dispute Resolutions (ADRs), em inglês, que foi incorporado pela Resolução nº 125/2010 do CNJ para ser implantando no sistema judicial nacional. O modelo regulamentado pela Resolução foi o “Tribunal Multiportas” (*Multi-doors Courthouse*) que habilita os órgãos da Justiça a ofertarem serviços de resolução alternativa de disputas pré-processual, judicial e serviços de orientação jurídica e de cidadania. Assim, criam-se alternativas à única “porta” antes oferecida pelo sistema de justiça que era a solução adjudicada via sentença judicial. Nesse capítulo, também são comentados os dois métodos de RADs institucionalizados pela Resolução: conciliação e mediação, outros métodos pouco conhecidos no Brasil, mas estudados pela doutrina internacional.

A Resolução nº 125/2010 que regulamentou a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário é analisada no quarto capítulo, sendo comentado o desenho institucional criado em detalhes junto com os anexos que também são partes importantes para a implementação da referida Política.

No quinto e último capítulo, realiza-se análise dos documentos legais acerca da estrutura institucional existente antes da publicação da referida Resolução do CNJ e após a instituição da rede nacional coordenada pelo Conselho e formada por órgãos da justiça, instituições públicas e privadas além de universidades e entidades de ensino. Também são verificados os problemas que dificultaram a implementação plena da Política Judiciária Nacional no Estado do Ceará, culminando com análise da Emenda nº 01 da Resolução nº 125/2010 que, explicitamente, demonstra os fracassos ocorridos em relação às desigualdades regionais, econômicas, políticas e sociais de cada Unidade da Federação que influencia o processo de implementação de uma Política Pública de abrangência nacional.

Por fim, cada unidade que forma este trabalho está voltada para a compreensão das categorias estudadas que são: Poder Judiciário brasileiro; Acesso à Justiça; Políticas Públicas; Tribunal Multiportas; Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses (Resolução nº 125/2010 do CNJ), na busca pela máxima aproximação com a realidade dos problemas concretos que surgem durante a execução de uma Política Pública do porte da Resolução nº 125, para poder realizar uma leitura da situação de forma abrangente e interdisciplinar.

1 PODER JUDICIÁRIO, POLÍTICAS PÚBLICAS E ACESSO À JUSTIÇA

O Poder Judiciário brasileiro passou por todo o século XX sem maiores modificações ideológicas nem na forma de administração da justiça, mesmo após a Constituição de 1988, manteve moldes culturais anacrônicos e conservadores. Isso ocorreu em razão das raízes culturais e socioeconômicas nas quais foi construída a sociedade brasileira e as elites jurídicas que administraram a justiça ao longo do tempo no Brasil.

O Estado brasileiro no fim do século XX ainda refletia algumas características em consonância com a sociedade brasileira surgida com o fim do Império e com a implantação da tripartição dos poderes da República em Executivo, Legislativo e Judiciário com a Constituição Federal de 1891.

Até a forma de como o período imperial terminou parece um “modelo” de como as transformações políticas, sociais, econômicas continuariam ocorrendo no Brasil, como o professor José Murilo de Carvalho (1996, p. 389-390) disserta

O final do Império foi digno de uma grande comédia no sentido aqui empregado. Pois o Império terminou com o monumental baile da Ilha Fiscal, realizado a menos de um mês da Proclamação da República. Oferecida aos oficiais chilenos, a festão foi uma grande confraternização do elenco, esquecidos todos os conflitos de véspera. Lá estavam os anfitriões liberais e os convidados conservadores; lá estavam o rei e sua Corte; lá estavam os barões já em parte compatibilizados com a abolição em virtude dos grandes empréstimos recebidos. [...] **O povo, naturalmente, estava fora do baile, como estivera fora na Proclamação da Independência e estaria na Proclamação da República. Era espectador.** Mas falar em favor da Monarquia não ter sido ele totalmente esquecido; no Largo do Paço, em frente à Ilha Fiscal, uma banda da política em farda de gala tocava fandangos e lundus par ao divertimento da multidão que não tinham acesso à festa da elite. (grifo nosso)

Desde esse tempo, o Poder Judiciário foi se tornando um ente público mais fechado e resistente às mudanças, ainda mais porque não se renovava como os outros Poderes por meio das eleições que ocasionam transitoriedade da investidura dos cargos públicos. Foi sendo controlado por elites familiares de bacharéis que se revezavam na administração da Justiça brasileira e reproduziam os preconceitos comuns à época: de classe social, de cor da pele, de religião, de renda, de origem da família, de gênero etc.

Assim, nesse caldo cultural, político e socioeconômico o Poder Judiciário foi se fechando em si e bloqueando as formas de acesso à justiça e de ser afetado por políticas públicas que tentavam efetivar uma reforma no sentido da abertura para a prestação de serviços públicos judiciais de qualidade.

Contudo, Sadek (2004, p. 06) leciona que esse quadro de inoperância e possibilidade de crise da justiça, como já dito acima, não era específico de nenhum país, nem dos mais pobres,

A constância nas críticas à justiça estatal é um denominador absolutamente comum quando se examina textos especializados, crônicas e mesmo debates parlamentares, ao longo dos quatro últimos séculos. Esse traço - saliente-se – não é singular ao Brasil, ainda que, entre nós, possua características próprias. Em praticamente todos os países têm sido reiterados os argumentos mostrando deficiências na prestação jurisdicional. Tais argumentos não particularizam nem mesmo os países mais pobres e/ou sem longa tradição democrática. É claro que recorrer à universalidade da crítica não significa pretender equiparar, colocando em idêntico patamar, experiências distintas, nem diminuir o tamanho do problema. Significa, isto sim, focalizar uma questão que é relevante e que tem mobilizado o interesse de analistas e dirigentes políticos em todos os cantos do mundo.

Assim, quando alguma instituição como o judiciário não conseguia responder às demandas da sociedade, procurava-se realizar pequenas modificações na estrutura para atender a essas novas configurações sociais.

A partir dessas premissas, entende-se o Poder Judiciário de forma dualista, ainda, de acordo com Sadek (2004, p.79), pois

O Judiciário brasileiro tem duas faces: uma, de poder de Estado e, outra, de instituição prestadora de serviços. O modelo de presidencialismo consagrado pela Constituição de 1988 conferiu ao Judiciário e aos seus integrantes capacidade de agirem politicamente, quer questionando, quer paralisando políticas e atos administrativos, aprovados pelos poderes Executivo e Legislativo, ou mesmo determinando medidas, independentemente da vontade expressa do Executivo e da maioria parlamentar. Por outro lado, a instituição possui atribuições de um serviço público encarregado da prestação jurisdicional, arbitrando conflitos, garantindo direitos.

José Eduardo Faria (2003, p.02) reforça esse sentido de prestador de serviços públicos pelo Poder Judiciário e percepção ruim que os usuários desses serviços atribuem ao judiciário brasileiro que: “Perante a opinião pública, a instituição é vista como um moroso e inepto prestador de um serviço público.”

Mesmo com a criação desses juizados, os serviços judiciais não foram suficientes, pois a mudança não foi acompanhada pela estrutura organizacional disponibilizada e nem por capacitação dos servidores para as novas funções. Criou-se um novo modelo de prestar justiça através de velhos comportamentos.

O acesso à justiça é uma categoria importante para esse trabalho, pois a partir dela, o Poder Judiciário pode se reinventar, reestruturar e renovar através de diversas políticas públicas para elevar o grau de inclusão jurídica dos usuários, assim, ampliando o grau de concretização dos direitos fundamentais elencados na Constituição Federal de 1988.

No Brasil, como resposta a uma possível crise da justiça ou do acesso à justiça foram criados os Juizados de Pequenas Causas na década de 1980. Esses Juizados surgiram da influência de dois grandes movimentos: os Conselhos de Conciliação e Arbitragem do Rio Grande do Sul e da iniciativa do Ministério da Desburocratização. O primeiro tendo sido praticado a partir de um Conselho informal em 1982 para solucionar litígios de pequeno valor, sem regulamentação ou previsão legal dentro do Poder Judiciário Gaúcho. O segundo foi realizado através de um programa de reformas para o Judiciário do Ministério da Desburocratização em resposta ao diagnóstico de reclamações dos cidadãos sobre a lentidão e falta de eficiência da Justiça brasileira. (FEITOSA, 2005)

Para atingir tais finalidades, era necessário fortalecer o planejamento, a execução e a avaliação de políticas públicas direcionadas à transformar a prestação de serviços pelo Poder Judiciário e não, apenas, tê-lo como controlador jurisdicional que foi o papel hegemônico exercido até a quase a metade da década de 2000, quando foi promulgada a Emenda Constitucional nº 45 de 2004. Antes de se falar sobre a Reforma da Justiça, será necessário delimitar como foi construído o campo das políticas públicas e o seu papel no acesso à Justiça no Brasil.

A professora e pesquisadora Maria Paula Dallari Bucci (2006, p. 39) formulou um conceito de políticas públicas⁴ bastante abrangente, tendo a consciência de que essa categoria não está presa ao mundo jurídico, mas ela deve ser entendida na sua essencial interdisciplinaridade,

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados. [...] As políticas públicas não são, portanto, categoria definida e instituída pelo Direito, mas arranjos complexos, típicos da atividade político-administrativa, que a Ciência do Direito deve estar apta a descrever, compreender e analisar, de modo a integrar à atividade política os valores métodos próprios do universo jurídico.

Em síntese, política pública seria um campo do conhecimento que busca impulsionar a ação governamental e avaliar os resultados dessa ação e, caso haja necessidade, refazer ou

⁴ Entende Souza (2008, p. 69) que: “Pode-se, então, resumir política pública como o campo do conhecimento que busca, ao mesmo tempo, “colocar o governo em ação” e/ou analisar essa ação (variável independente) e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso dessas ações (variável dependente). A formulação de políticas públicas constitui-se no estágio em que os governos democráticos traduzem seus propósitos e plataformas eleitorais em programas e ações que produzirão resultados ou mudanças no mundo real.”

reformular o caminho tomado por essas ações, nesse sentido, a elaboração de políticas públicas seriam uma etapa na qual os governos democráticos materializam seus projetos e plataformas de governo durante o período eleitoral, explicitando os projetos e ações futuras que produzirão impactos ou resultados no cotidiano da sociedade. (SOUZA 2003, 2006, 2008)

2 A REFORMA DO PODER JUDICIÁRIO E O PAPEL DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Como pode ser constatado no tópico anterior, o Poder Judiciário estivera profundamente marcado por reclamações dos usuários da justiça por uma prestação jurisdicional mais célere e ampla, porém no fim do ano de 2004, houve a promulgação da Emenda Constitucional (EC) nº 45. Essa emenda trouxe ao mundo jurídico inovações que passaram 13 anos esperando a aprovação no Congresso Nacional.

Antes da E.C. nº 45/2004, os diversos setores da Justiça brasileira não tinham o dever de efetivamente “prestar contas” ou explicar os resultados de suas ações a algum órgão nacional especializado em controlar a administração da Justiça.

A partir da publicação da citada emenda constitucional, as mudanças foram diversas, dentre elas: a busca efetiva da celeridade processual, regulamentação dos tratados e convenções internacionais, aceitação da jurisdição penal internacional, combate de recusa à execução de lei federal, criação do Conselho Nacional da Justiça (CNJ) e do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), redefinição de várias normas da atividade dos magistrados e da tramitação de processos, criação da Justiça itinerante, Câmaras Regionais, Varas especializadas em questões agrárias, fins dos Tribunais de Alçada, criação das Súmulas Vinculantes, mudanças na competência do Supremo Tribunal Federal (STF), ampliação da competência da Justiça do Trabalho etc.

Não obstante os temas da reforma da justiça brasileira serem importantes, a criação e a implementação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para a consecução do acesso à ordem jurídica, “mediante ações de planejamento, à coordenação, ao controle administrativo e ao aperfeiçoamento do serviço público na prestação da Justiça” (CNJ, 2013), tem relevância

destacada por ter competência sobre políticas públicas que transformaram o Poder Judiciário em objeto e não mais, apenas, controlador jurisdicional (função clássica⁵) dessas políticas públicas.

A criação do CNJ fora uma vitória dos setores da sociedade que advogavam uma reforma de eficiência sobre o Poder Judiciário brasileiro, pois a demora se deu pela resistência dos setores conservadores das elites judiciárias, principalmente em relação ao controle administrativo e de recursos humanos que seria exercido com a criação do CNJ.

Mesmo com as resistências, o CNJ foi criado no fim do ano de 2004, mas só iniciou os trabalhos em junho de 2005 com a seguinte missão: “contribuir para que a prestação jurisdicional seja realizada com moralidade, eficiência e efetividade, em benefício da Sociedade” (CNJ, 2013).

As diretrizes do CNJ são em linhas gerais: “planejamento estratégico e proposições de políticas judiciárias; modernização tecnológica do Judiciário; ampliação do acesso à justiça, pacificação e responsabilidade social; garantia de efetivo respeito às liberdades públicas e execuções penais.” (CNJ, 2013)

As políticas públicas de acesso à justiça que colocam o Poder Judiciário como “objeto” foram formuladas tendo como parâmetros indicadores sobre a qualidade da prestação dos serviços públicos judiciais, como: estatísticas acerca do grau de congestionamento das ações judiciais (processos iniciados / processos julgados) e sobre o tempo de duração média dos processos, além das inspeções nos diversos órgãos das justiças estadual e federal, a partir da divulgação dos resultados dessas ações por meio de relatórios e diagnósticos oficiais; avaliação das políticas públicas formuladas e efetivamente executadas para resolução dos problemas verificados e os resultados obtidos de eventos específicos como a semana nacional de conciliação e os mutirões carcerários; as políticas de promoção dos Direitos Humanos, assuntos fundiários, infância e juventude, mulher, saúde e meio ambiente etc..

Acredita-se que tais meios alternativos de resolução de conflitos possam promover uma pacificação social, em função disso, entendeu-se que através de uma política nacional de conciliação possa ser realizado um filtro de litígios, dessa forma, evitando um congestionamento de processos repetitivos e recursos sem fim de conflitos simples e passíveis de serem solucionadas antes de entrar na fase processual. Ainda, mais ambiciosamente,

⁵ Antes da criação do CNJ, o Poder Judiciário só “se entendia” como controlador jurisdicional das políticas públicas e não como “objeto” de políticas públicas visando melhorar a prestação dos serviços judiciais.

almeja-se uma transformação cultural no povo brasileiro para que ultrapasse a chamada “cultura da sentença” para uma “cultura de pacificação”. (WATANABE, 2012)

Na tentativa de concretizar tais objetivos, a presidente do STF e do CNJ, Ministra Ellen Gracie Northfleet (2007), lançou em 23 de agosto de 2006, o Movimento pela Conciliação com o slogan “Conciliar é legal”, iniciando-se um esforço nacional pela resolução de conflitos de interesses pelas vias consensuais ao invés de se buscar, apenas, uma solução judicial adjudicada (imposta).

Todavia, no ano de 2010, na abertura da Semana Nacional de Conciliação, 29 de novembro de 2010, foi publicada a Resolução nº 125 que regulamenta a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses, a qual tenta concretizar o princípio constitucional de acesso à justiça, insculpido na Constituição Federal de 1988, art. 5º, inciso XXXV, como “acesso a ordem jurídica justa”⁶.

A resolução do CNJ mudou o paradigma vigente desde o início do Movimento pela Conciliação, uma vez que a política anterior priorizava a realização de eventos de mutirões judiciais no período de uma semana no ano.

3 TRIBUNAIS MULTIPORTAS (MULTI-DOOR COURTHOUSE) E A RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE DISPUTAS (RADs)

A política pública do CNJ trouxe dentro de sua estrutura um modelo de prestação de serviços judiciários formulado e implantado pelo sistema judicial norte-americano a partir das ideias expostas na palestra do professor Frank Ernest Arnold Sander, da Harvard Law School, na Pound Conference em 1976.

Nessa conferência, o professor Frank Sander foi convidado a ministrar uma palestra sobre as variedades do processamento de disputas (*varieties of dispute processing*), quando deu conhecimento público ao seu conceito de “centro abrangente de justiça” que se tornaria através de uma publicação da ABA (*American Bar Association*), instituição semelhante à

⁶ Conceito utilizado pelo magistrado e professor Kazuo Watanabe, quando defendeu a criação de uma Política Nacional de Resolução Alternativa de Conflitos.

Ordem dos Advogados do Brasil, logo após sua palestra de 1976 no conceito de “Tribunal Multiportas” (*Multi-door Courthouse*). (SANDER, 2012)

O conceito de Tribunal Multiportas implantado no Brasil através da Resolução nº 125/2010, não significa uma instituição ou estrutura jurídica nova ou uma reforma profunda na estrutura do sistema judiciário nacional, esse conceito se refere mais a uma mudança de paradigma na prestação dos serviços judiciais e de cidadania, onde a população receberá um tratamento qualificado do conflito levado aos órgãos do Poder Judiciário.

Através da Resolução do CNJ, o sistema judiciário brasileiro passa a ofertar mecanismos de resolução judicial, extrajudicial, orientação jurídica e prestação de serviços de cidadania a todos os usuários que levarem suas demandas aos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, mecanismos que podem funcionar dentro da estrutura de um tribunal ou de forma separada e com estrutura independente numa localização privilegiada para facilitar o acesso dos usuários de seus serviços. (SANDER, 2012)

A política pública nacional regulamentada pelo CNJ privilegiou dois métodos consensuais de resolução alternativa de disputas: conciliação e mediação, no entanto, deixou livre a utilização de outros RADs que os judiciários estaduais tenham maior conhecimento e experiências prática.

Na literatura acerca desses dois métodos de RADs persiste sempre uma tentativa de diferenciação dos dois tipos, denotando a proximidade e a dificuldade ocasionada pelo histórico de se usar a conciliação indiscriminadamente, inclusive pela legislação e doutrina até fins da década de 1970. Isso não ocorreu só no Brasil, mas em outros países. (GARCEZ, 2004)

Por isso, alguns pesquisadores optam por não realizar essa diferenciação, entendendo conciliação e mediação como gêneros comuns e como moderna a tendência de unificação da terminologia realizada no Canadá, Reino Unido e Austrália. (AZEVEDO, 2004)

Por fim, a utilização da conciliação como método alternativo de resolução de conflitos tem suas limitações, tais como o caráter educativo do processo é limitado, uma vez que as partes não tem uma ligação emocional duradoura e visa tratar conflitos recentes; tratamento objetivo do conflito, ou seja, não é dada a atenção necessária para causas ocultas do conflito; também ocorre da maneira negocial tradicional, onde alguém cede, transige, troca, permuta, barganha etc., sem necessariamente tornar o acordo a melhor situação para as partes. (FIORELLI; FIORELLI; MALHADAS JR., 2008)

A mediação é o segundo método de RADs que a política pública nacional regulamentada pelo CNJ institucionalizou ao lado da conciliação que já foi descrita e explicitados os seus contornos e limites anteriormente.

A mediação surge como alternativa não adversarial de solução do conflito, dependendo da natureza do impasse e do grau de envolvimento emocional das partes, quando a negociação ou outro tipo de tentativa de resolução ficar bloqueada. Ela se realiza através da intermediação de um terceiro imparcial buscando facilitar um entendimento entre as próprias partes envolvidas no conflito. Nesse processo, as partes são autoras e o mediador apenas ajuda na aproximação e no entendimento das peculiaridades e problemas acarretados pelo conflito. (GARCEZ, 2004)

Os métodos de resolução alternativa de disputas (RADs) ou *alternatives dispute resolutions* (ADR's, em inglês) foram organizados e estruturados como campo de estudos e práticas, como já foi falado nesse trabalho, após a palestra do professor Frank Sander na *Pound Conference* em 1976.

Embora esses métodos sejam chamados de alternativos, ou seja, diferentes do método processual tradicional, o qual uma demanda é decidida via sentença adjudicada (decisão imposta por um terceiro às partes), não se deseja expressar como meios concorrentes ou contrapostos ao Poder Judiciário, por isso, alguns autores utilizam a nomenclatura “adequados”, “extrajudicial”, “meios de pacificação”, dentre outros. (CAETANO, 2006)

Assim, a utilização dos procedimentos “paraprocessuais” ou “metaprocessuais” servem para complementar a via instrumental, evidenciando um ordenamento “pluriprocessual”, “visando o melhor atingimento de seus escopos fundamentais, ou, até mesmo, que atinjam metas não pretendidas diretamente no processo heterocompositivo judicial”. (AZEVEDO, 2011, p. 14)

O professor e pesquisador Petrônio Calmon (2008, p. 89) ressalta a importância da utilização de quaisquer métodos alternativos que almeje a pacificação social, uma vez que, é essencial

[...] reforçar a necessidade de se valer de todos os mecanismos adequados para que sejam solucionados os diversos tipos de conflitos, tanto pelo meio autocompositivo quanto heterocompositivo. Não se pode descartar qualquer sistema idôneo e consentâneo com a cultura e o anseio das sociedades. Trata-se de criar e aprimorar sistemas multiportas, denominação inspirada em experiências norte-americanas (como se verá adiante), bastante apropriada para definir a prática de meios adequados de solução de conflitos.

Os métodos de RADs mais comuns oferecidos às partes em conflito por essas instituições são geralmente a conciliação, a mediação e a arbitragem, porém, Calmon (2008, p. 96) ressalta

que “[...] algumas modalidades de ADR (*alternative dispute resolution*), praticadas sobretudo nos Estados Unidos, são, em realidade, subespécies da arbitragem, não sendo, portanto, mecanismos para a obtenção da autocomposição, mas sim para a obtenção da heterocomposição.”

4 A IMPLEMENTAÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA NACIONAL DE TRATAMENTO ADEQUADO DOS CONFLITOS DE INTERESSES NO PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO CEARÁ

Para determinar como está sendo operacionalizada a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses, normatizada na Resolução nº 125 do CNJ, é necessário verificar as estruturas institucionais anteriores ao marco jurídico em questão (Resolução nº 125/2010), com os institutos criados após e com fundamento na Política Judiciária Nacional citada.

Assim, surgiu em 2006 um esforço nacional para a realização de trabalhos concentrados em todo o país no formato de mutirões que receberam o nome de “Semana da Conciliação”. Esses momentos dos eventos concentradores de audiências de conciliação em Tribunais e outras unidades judiciárias em todo o território nacional marcaram a consolidação de uma Política Pública Nacional de Conciliação visando concretizar os objetivos já citados anteriormente.

A estrutura para a concretização do “Movimento pela Conciliação” se iniciou com os esforços de muitos voluntários em todo o país, além da vontade política da Presidenta do CNJ no ano de 2006, Ministra Ellen Gracie Northfleet (2007), e dos outros conselheiros do órgão. O “Dia da Conciliação” ficou estabelecido em 08 (oito) de dezembro de 2006, dia que concentrou todos os mutirões no país no esforço nacional para realizar o maior número de acordos de conciliação.

A operacionalização dessas mudanças no Estado do Ceará, a partir do Tribunal de Justiça do Estado, no intuito de criar essas estruturas demandadas pelo Movimento pela Conciliação, foi realizada através de duas Resoluções: a Resolução nº 17/2006 – Central de Conciliação em Segundo Grau de Jurisdição – e a Resolução nº 01/2007 – Cria a Central de Conciliação em Primeiro Grau de Jurisdição junto ao Fórum Clóvis Beviláqua.

Com a publicação da Resolução nº 125 em 29 de novembro de 2010 pelo CNJ, e, conseqüentemente, com a constituição da rede por todos os órgãos do Poder Judiciário e por entidades públicas e privadas parceiras, além de instituições de universidades e instituições de ensino, o Tribunal de Justiça do Ceará teve como atribuição criar o Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos e dos Centros Judiciais de Solução de Conflitos e Cidadania.

De acordo com o caput do artigo 7º da Resolução, o TJ-CE teria que ter criado o Núcleo no prazo de 30 (trinta) dias da publicação do referido marco normativo do CNJ. Contudo, o TJ-CE só efetivamente criou o Núcleo no dia 16 (dezesseis) de março de 2011, através do Provimento nº 03/2011, ou seja, mais de 100 (cem) dias após a Resolução nº 125 entrar em vigor.

Destarte, o Núcleo foi criado por meio de um Provimento organizado em cinco artigos, além das razões expostas nos “considerandos” que trataram dos seguintes temas:

- a) As disposições da Resolução nº 125 do CNJ que regulamentou a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos de interesses;
- b) O direito ao acesso à justiça posto na C.F. de 1988 não deve ser entendido somente na vertente formal, mas como acesso a uma ordem jurídica justa;
- c) A competência do Poder Judiciário para criar uma política pública nacional para resolver os conflitos jurídicos e de interesses que acontecem em crescente e larga escala na sociedade;
- d) O reconhecimento da efetividade dos métodos de conciliação e mediação na promoção da pacificação social, solução e prevenção de litígios, com base nas experiências bem sucedidas em diversos Estados da Federação;
- e) O estímulo, o apoio e a difusão da sistematização e do aprimoramento das práticas já realizadas pelo Poder Judiciário do Estado do Ceará, sendo necessário, para tal fim, a criação de medidas de ordem material, orçamentária e pessoal.

Essas foram as razões que fundamentaram a criação do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, instituído no âmbito da Central de Conciliação em 2º Grau de Jurisdição através do Provimento do TJ-CE, ressalte-se, passados três meses do prazo estabelecido na Resolução do CNJ. (art.1º)

Após dois anos e dois meses da publicação da Resolução nº 125 do CNJ que regulamentou a política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses, o Conselho aprovou a primeira emenda à referida política pública nacional.

A Emenda nº 1 da Resolução nº 125/2010 do CNJ foi publicada em 31 de janeiro de 2013. Trouxe em seu bojo algumas alterações na política pública judiciária regulamentada que explicitam as possíveis dificuldades que os mecanismos institucionais criados pela Resolução enfrentaram e ainda enfrentam para serem implementados pelos diversos órgãos que compõem a rede nacional constituída pelo CNJ.

As modificações realizadas no texto original da Resolução estão no artigo primeiro da Emenda, o qual realizou alterações nos artigos 1º, 2º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 12, 13, 15, 16, 18 e os Anexos I e III, além da inclusão dos princípios básicos da Justiça Restaurativa com base na Resolução nº 2002/12 do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas nos “considerandos” da Política Judiciária Nacional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No início do estudo foi proposto trabalhar com algumas categorias essenciais para que a concretização de Política Pública de acesso à justiça pudesse ser entendida dentro de um contexto geral da sociedade brasileira, das instituições envolvidas e da literatura que servia de fundamento para sua aprovação e implementação em todo o território nacional.

Essas etapas foram consideradas necessárias para que se pudesse entender a razão dos poucos avanços normativos em relação à implementação da Política Judiciária Nacional do CNJ em muitos lugares do país, principalmente no Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.

Após a realização da pesquisa documental, verificou-se que houve apenas um Provimento do TJ-CE criando o Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Soluções de Conflitos, uma Portaria designando os servidores para as funções no Núcleo e um Ato do Presidente do TJ-CE nomeando uma Desembargadora para a supervisão do Núcleo e coordenação da Central de Conciliação de 2º Grau de Jurisdição.

Não houve, durante o período, elaboração do Regimento Interno ou de normas de conduta para serem seguidas pelos demais profissionais que não fossem conciliadores ou mediadores, pois estes tiveram um código de ética publicado como anexo III da Resolução do CNJ, nem o

detalhamento dos serviços que seriam prestados aos usuários, fixação de remuneração de conciliadores e mediadores vinculados ao Núcleo ou aos Centros.

Para reforçar a existência dos desafios encontrados não só no Estado do Ceará, mas em outros lugares do país, o Conselho Nacional de Justiça publicou a Primeira Emenda à Resolução nº 125, dessa forma, dispondo de novos e maiores prazos para a implantação dos Núcleos e Centros, equipamentos essenciais para a efetivação da Política Judiciária Nacional.

Por fim, contata-se a louvável iniciativa do Conselho Nacional de Justiça em tentar modificar tanto o comportamento dos usuários que procuram os serviços da justiça brasileira quanto dos demais profissionais que prestam tal serviço público, buscando principalmente a pacificação dos conflitos judiciais e de interesses e, conseqüentemente, a redução dos litígios que poderiam ser resolvidos pelos meios de resolução alternativa de disputas e que estão congestionando o sistema judiciário, além de ocasionar a tão propalada “crise” da justiça na visão de muitos autores nacionais e estrangeiros.

Apesar dos esforços do CNJ, dos profissionais do Poder Judiciário do Estado do Ceará e dos inúmeros voluntários que sem remuneração tentam realizar os objetivos da referida Política Pública Nacional, irão continuar a surgir Emendas a essa Política em decorrência dos problemas que surgem diante das disparidades e desigualdades existentes entre as diversas realidades dos órgãos do Poder Judiciário brasileiro na implementação de reformas administrativa nos Poderes do Estado brasileiro em escala nacional

Mesmo com todos esses percalços e após todas essas considerações, espera-se que o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará consiga continuar e aprofundar a implementação da Política Pública Nacional do CNJ e que obtenha êxito na operacionalização do modelo de “Tribunal Multiportas”, no sentido de oferecer, com devida qualidade, os serviços pré-processuais e judiciais de resolução alternativa de disputas aos usuários junto com outros serviços de cidadania e orientação jurídica, psicológica e de assistência social regulamentados pelo CNJ e executados pelos Estados da Federação e parceiros.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, André Gomma de. **Desafios de Acesso À Justiça ante o Fortalecimento da Autocomposição como Política Pública Nacional**. In: PELUSO, Antonio Cezar; RICHA,

Morgana de Almeida (coord.). *Conciliação e Mediação: Estruturação da Política Judiciária Nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. **Autocomposição e processos construtivos**: uma breve análise de projetos-piloto de mediação forense e alguns de seus resultados In: AZEVEDO, André Gomma de (org.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*, vol 3, Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 125 de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010>>. Acesso em: 20 jul. 2012.

_____. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Emenda nº 01 da Resolução nº 125 de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre alterações na Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/emenda_gp_1_2013.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2013.

_____. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Manual de Mediação Judicial**. 2 ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2010.

_____. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Notícias sobre Conciliação**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/aceso-a-justica/conciliacao/conciliacao-noticias>>. Acesso em 27 jan. 2013.

_____. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Sobre o CNJ**. Disponível em: <www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj>. Acesso em 23 jan. 2013.

_____. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Programas de A-Z**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z>>. Acesso em 23 jan. 2013.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de política pública em direito**. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas Públicas, reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAETANO, Luiz Antunes. **Arbitragem e mediação, hoje**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Pillares, 2006.

FARIA, José Eduardo. **Direito e Justiça no século XXI: a crise da Justiça no Brasil**. Seminário Direito e Justiça no Século XXI, Coimbra, Centro de Estudos Sociais, de 29 de maio a 1 de junho de 2003. Apresentação.

FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira. **Magistratura, cidadania e acesso à justiça**: os juizados especiais civis da cidade de São Paulo. Tese de Doutorado em Ciências Sociais. Campinas: Universidade Estadual de Campinas, 2005.

FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, Maria Rosa; MALHADAS JUNIOR, Marco Julio Olivé. **Mediação e solução de conflitos: teoria e prática**. São Paulo: Atlas, 2008.

GARCEZ, José Maria Rossani. **Negociação. ADRs. Mediação. Conciliação e arbitragem**. 2ª ed., rev. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

NORTHFLEET, Ellen Gracie. **Conversar faz Diferença**. STF em Pauta. Brasília, 03 de dezembro de 2007. Opinião.

SADEK, Maria Tereza Aina. **Poder Judiciário: perspectivas de reforma**. Opinião Pública. Campinas, vol. X, n. 1, maio de 2004.

_____. **Acesso à Justiça**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

SANDER, Frank. **Diálogo entre os professores Frank Sander e Mariana Hernandez Crespo: explorando a evolução do Tribunal Multiportas**. In: ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tânia; CRESPO, Mariana Hernandez (orgs.). **Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.

SOUZA, Celina. **Estado da Arte da Pesquisa em Políticas Públicas**. In Hochman, Gilberto; Arretche, Marta; Marques, Eduardo (orgs.). **Políticas públicas no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2008.

_____. **O “Estado do campo” da pesquisa em políticas públicas no Brasil**. Revista Brasileira de Ciências Sociais, São Paulo, vol. 18, nº 51, fevereiro, 2003.

_____. **Políticas Públicas: questões temáticas e de pesquisa**. Caderno CRH, Salvador, n. 39, p. 11-24, jul./dez. 2003.

_____. **Políticas Públicas, uma revisão de literatura**. Sociologias, Porto Alegre, ano 8, nº 16, p. 20-45, jul/dez 2006.

WATANABE, Kazuo. **Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses**. In: PELUSO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (coord.). **Conciliação e Mediação: Estruturação da Política Judiciária Nacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. **Acesso à justiça e meios consensuais de solução de conflitos**. In: ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tânia; CRESPO, Mariana Hernandez (orgs.). **Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012

O SISTEMA DE JUSTIÇA E A MEDIAÇÃO EM GUARDA FAMILIAR: DESAFIOS E PERSPECTIVAS COM A REFORMA PROCESSUAL CIVIL E A PROPOSTA DE LEI FEDERAL 117/13

Cássius Guimarães Chai¹

Alana Maria Almeida de Castro²

RESUMO: O presente trabalho provoca à reflexão desafios a **mudança de paradigma da mentalidade positivista** introjetando no sistema jurisdicional novo *locus* discursivo para a parte da *relação processual* com nova proposta conceitual de autocomposição, endoprocessual inclusive, no manejo das técnicas de mediação, destacando-se, entre os princípios da mediação, no seio da confidencialidade, uma limitação ao próprio poder do juiz no uso da informação, com a desconstrução da problematização autorizada em lei do princípio procedimental de que o julgador não está adstrito a uma posição cientificamente elaborada na confecção de uma prova técnica. E, concretamente, toma-se como reflexão o Projeto de Lei da Câmara nº 117/13, que impõe ao juiz a adoção da guarda compartilhada em caso de desacordo por parte dos pais, bem como os PLS 166, de 2010, PLS 434, de 2013 e PLS 517, de 2011, todos do Senado Federal, acerca da mediação.

PALAVRAS-CHAVE: Reforma Processual. Mediação. Guarda compartilhada.

ABSTRACT: The current paper work challenges to a brainstorm some of the dares put to a paradigm revolution from a positivist legal practice given a new perspective to the parts with standing before the judicial procedure to the self-alignment on conflict resolution with the administration of ADR methodologies, mainly focusing on the confidentiality clause which would restrain the judge competence and decision making framework. It's criticized the legal culture based on the principle of broad discretion granted to judges under the civil procedure provision on art. 436. The purpose of this paper is to identify these challenges and as well to relate them to the difficulties perceived on the child custody case law framed on the new statute for Child Shared Custody.

KEY-WORDS: Civil Procedure Changes. Mediation. Child Shared Custody.

Sumário:

Introdução. 1 De família para famílias: uma reconceptuação a partir dos marcos históricos para uma atualização de sentido e de coerência democráticos. 1.1 A família no ordenamento jurídico

¹ Membro do Ministério Público do Estado do Maranhão, Promotor de Justiça Corregedor, Membro do Caop-DH-MPMA, Mestre e Doutor em Direito Constitucional - UFMG/Cardozo School of Law/Capes. Estudos pós-doutorais junto à Central European University, ao European University Institute, Universidad de Salamanca, The Hague Academy of International Law, Direito Internacional Curso de Formação do Comitê Jurídico da OEA, 2012, Programa Externo da Academia de Haia 2011, Membro da Sociedade Européia de Direito Internacional, Membro da Associação Internacional de Direito Constitucional e da International Association of Prosecutors. Professor Adjunto da Universidade Federal do Maranhão, graduação e Mestrado em Direito e Sistemas de Justiça. chai@mpma.mp.br

² Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Maranhão. alanamariaalmeida@hotmail.com, membro discente do Grupo de Pesquisa, Ensino e Extensão Cultura, Direito e Sociedade DGP/CNPq UFMA.

brasileiro. 1.2 Valor jurídico do afeto. 2 A guarda dos filhos menores. 2.1 Criança e adolescente e seu melhor interesse. 2.2 A guarda unilateral e a necessidade de se proceder à sua correta operacionalização. 2.3 A guarda compartilhada e o melhor interesse da criança. 3. A mediação familiar no contexto das disputas pela guarda dos filhos. 3.1 O papel do mediador nos conflitos familiares. 3.2 A terapia como alternativa para propiciar o dialogo entre interessados. 3.3 A imprescindibilidade da mediação familiar no contexto da guarda compartilhada. Considerações finais

INTRODUÇÃO

A pacificação social, representada nos mecanismos de resolução de conflitos judiciais ou não, é um constante desafio que emerge coetaneamente à percepção e à concepção de uma sociedade de livres e de iguais de intérpretes da constituição normativa. Desafio agravado por estrangulamentos estruturais, como o déficit de mão de obra na atividade judicante e na delegação de competências da justiça federal para as estaduais, como por exemplo, de feitos fiscais e previdenciários, mesmo do passivo a ser julgado após decisão da Corregedoria Nacional de Justiça fundada na recém promulgada lei federal 13043 de 13 de novembro de 2014³, bem como o desafio de superação de uma mentalidade positivista clássica que permite a subsistência de aplicação de princípios como da discricionariedade do juízo na aceitação da prova técnica com sua relativização e ou seu afastamento.

Há caminhos possíveis, e dentre estes, o presente trabalho provoca à reflexão a **mudança de paradigma dessa mentalidade positivista** introjetando no sistema jurisdicional novo *locus* discursivo para a parte da *relação processual* com nova proposta conceitual de autocomposição, endoprocessual inclusive, no manejo das técnicas de mediação, dando primazia aos princípios da independência, da neutralidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade e da informalidade.⁴ E neste particular, destacando-se no seio da confidencialidade uma limitação ao próprio poder do juiz no uso da informação. E, o outro caminho é a desconstrução da problematização autorizada em lei do princípio procedimental de que o juiz não está adstrito a uma posição cientificamente elaborada na confecção de uma prova técnica, na conformidade do art. 420 cc art. 427 e de modo irrefutável a discricção

³ Cf. Art. 75. A revogação do inciso I do art. 15 da Lei no 5.010, de 30 de maio de 1966, constante do inciso IX do art. 114 desta Lei, não alcança as execuções fiscais da União e de suas autarquias e fundações públicas ajuizadas na Justiça Estadual antes da vigência desta Lei. *Art.114, IX, IX* - o inciso I do art. 15 da Lei no 5.010, de 30 de maio de 1966.

⁴ Cf. art. 144 do substitutivo do relator ao PLS no. 166, de 2010 Senado Federal.

contida no art. 436, todos do vigente Código de Processo Civil. Postas estas considerações preliminares, este trabalho quer problematizar o alcance que se descortina no texto normativo do projeto de lei 117 de 2013, quanto aos discursos de fundamentação que baseiam decisões judiciais sobre o exercício da guarda familiar de crianças e de adolescentes.

A autocomposição dos conflitos, com a proposta do novo código de processo civil, assume o papel de ruptura do atual modelo de litígios processuais, adotando metodologias desenhadas em princípios que são diametralmente opostos a alguns dentre àqueles que formam a matriz da atividade jurisdicional nacional, em especial aos: princípio lógico, que exige ao juiz uma construção ordenada de fatos, objetivando aproximá-lo de uma verdade real para expressar uma justa composição do conflito; princípio jurídico, que determina a aplicação cogente da lei; princípio da substituição que preconiza a substituição da atuação concreta da vontade da lei pelo agir de órgãos públicos no lugar da ação de particulares. E neste sobreleva-se a emenda destacada pelo relator-geral no PLS 166 de 2010 ao art. 134 do texto original, dispõe a caracterização da mediação como expressão da autonomia da vontade das partes interessadas e ou envolvidas em um determinado conflito, possibilitando-se-lhes compreender o contexto de seu conflito, e dele retirarem e ou identificarem alternativas de benefício-mútuo.⁵

Toda esta mecânica está pensada dentro e a partir de um processo de educação e de desconstrução de práticas judiciais litigiosas para uma nova mentalidade dialógica, estruturante e de composição baseada em nova carga semântica para a autonomia das partes e ou dos interessados, na qual a autocomposição de fato identifique estes enquanto autores e construtores ativos da decisão final.

⁵ Importante destacar o PLS – 434 de 2013, Senado Federal que estabelece normas gerais sobre o instituto da mediação; define as funções de mediador e de mediador judicial; detalha os procedimentos de: a) mediação; b) mediação judicial; mediação extrajudicial; mediação pública; mediação on-line; estabelece que a presente lei aplica-se, no que couber, a outras formas consensuais de resolução de conflitos, tais como mediações comunitárias, escolares, penais, trabalhistas, fiscais, em serventia extrajudiciais e outras; determina que o Ministério da Justiça crie e mantenha banco de dados reunindo informações relativas à mediação, para fins de formulação, planejamento e avaliação de políticas públicas; estabelece que a presente Lei entre em vigor quando decorridos centos e oitenta dias da data de sua publicação. – Comparando-se com a redação do PLS 517 de 2011, verificam-se as seguintes proposições: Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial e sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia; estendem-se as possibilidades da mediação para a resolução consensual de conflitos envolvendo pessoas físicas ou pessoas jurídicas de direito privado; somente pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre matéria que admita transação, com as seguintes ressalvas: Os acordos envolvendo direitos indisponíveis e transigíveis devem ser homologados em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público quando houver interesse de incapazes, porém não se submetem à mediação conflitos sobre filiação, adoção, poder familiar ou invalidade de matrimônio, interdição e recuperação judicial ou falência.

Concretamente, toma-se como reflexão o registro de que a aprovação do Projeto de Lei da Câmara nº 117/13, que impõe ao juiz a adoção da guarda compartilhada em caso de desacordo por parte dos pais, pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado⁶, fez crescer no país o debate sobre a necessidade e os efeitos da obrigatoriedade da adoção da guarda compartilhada. Essa discussão gera inúmeros questionamentos, dentre os quais: nesse contexto a guarda unilateral é deixada de lado por ser negativa para a criança? Por quê? É necessário que os pais mantenham uma boa relação após o divórcio para que esse instituto tenha eficácia?

Visando oferecer respostas a tais questionamentos, o presente trabalho propõe além dos desafios acima indicados, uma alteração ao sintagma que identifica e qualifica o Direito de Família para **Direito de Famílias**, sob o enfoque dos princípios constitucionais que o orientam, bem como das disposições contidas no Estatuto da Criança e do Adolescente, tendo como referência o fato de que o menor é o interessado mais sensível nessas situações. Busca-se uma adequação de tais princípios aos litígios, com base no uso da mediação, enquanto prática que aperfeiçoa a capacidade de diálogo entre os litigantes. Esse instituto tem por escopo tentar acertar os anseios dos conflitantes a uma solução que possibilite o mínimo de danos aos envolvidos, principalmente aos filhos.

Nesse ínterim, a mediação está em sintonia com essas demandas, pois é perceptível, a partir da análise dos efeitos de sua aplicação, sua capacidade de viabilizar o diálogo e a construção de uma decisão mais adequada ao caráter singular de cada caso familiar. Sua prática é feita através da presença de um terceiro que deve auxiliar, embora se saiba que inexistente neutralidade científica, que a compreensão da zona e da extensão do conflito, imbuindo-se de sensibilidade, capacidade empática e interpretativa, além de humanidade, de modo que possa abrir espaços a um processo às soluções que mais beneficiem a todos envolvidos na questão de maneira mútua.

Nesse sentido, a mediação favorece a pacificação interna e social dos conflitos, ao proporcionar a melhoria na comunicação daqueles que anseiam por constituir um litígio. Nos conflitos familiares essa atuação pode contribuir positivamente, tornando eficaz o princípio

⁶ Esse projeto de Lei dispõe que o juiz, em caso de desacordo dos pais, deverá aplicar a guarda compartilhada, desde que ambos estejam aptos para o exercício do poder familiar. Marília Coelho, porta voz da Agência Senado, aponta que o projeto prevê ainda que "a única exceção será quando um dos genitores declarar ao juiz que não deseja a guarda do filho".

previsto no do art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal, qual seja o da razoável duração do processo.

Ademais, a adoção da guarda unilateral ou compartilhada demanda dos genitores a consciência que, independente do caminho escolhido, eles não deverão deixar de exercer uma parentalidade responsável, pautada, primordialmente, no direito constitucional à convivência familiar.

1 DE FAMÍLIA PARA FAMÍLIAS: UMA RECONCEPTUAÇÃO A PARTIR DOS MARCOS HISTÓRICOS PARA UMA ATUALIZAÇÃO DE SENTIDO E DE COERÊNCIA DEMOCRÁTICOS.

As constantes alterações sociais, que ocorrem paulatinamente ao longo da história, são abrangidas de forma gradativa pelo Direito. A ciência jurídica possui caráter humano-sociológico, devendo adequar-se à realidade social, que se configura de acordo com a evolução histórica. O Direito de Família é um dos ramos mais sensíveis a essa mudança de cenário.

Noutro giro, a relação afetiva entre os indivíduos é a base para a construção da família e, por consequência, da sociedade. Em decorrência desse preceito, por muito tempo buscou-se a gênese da configuração familiar. Nesse contexto, alguns autores pontuam a proibição do incesto como a primeira lei humana e a que foi responsável pela origem das formações familiares⁷. Essa proibição teve como reflexo a segregação, nas comunidades primitivas, dos indivíduos em grupo.

Em Roma, os manuais de direito fazem alusão às estruturas que tinham como chefe o *pater*, aquele que era o único detentor de direitos. Nesse dado momento histórico afigura-se uma gama de caracterizações sobre as quais estavam assentadas a classe dominante das famílias romanas. A saber: biológica, educacional, econômica, assistencial, espiritual e afetiva.

⁷ Fabio Ulhoa Coelho afirma em sua obra que "a proibição do incesto provavelmente foi impulsionada pelo instinto de preservação da espécie". Nessa esteira, o autor afirma que o *homo sapiens* provavelmente não tinha a menor ideia da importância disso para seu desenvolvimento, mas o que simbolizou foi de grande importância para o decorrer da história da humanidade.

Em uma comparação cronológica, é possível afirmar que se comparada a esse modelo inicial, na medida em que a sociedade se tornou mais complexa, mais funções o instituto familiar foi perdendo.

É possível apontar como primeira atribuição que deixou de ser exercida exclusivamente pelos grupos familiares foi a função religiosa. A profusão do cristianismo é o acontecimento que mais influenciou nessa mudança. É de se ressaltar, ainda, que ela era tida como o elo da noção de espaço familiar, como dispõe Numa Denis Fustel de Coulanges (1864, p. 58):

O que une os membros da família antiga é algo mais poderoso que o nascimento, que o sentimento, que a força física: é a religião do fogo sagrado dos antepassados. Essa religião faz com que a família forme um só corpo nesta e na outra vida. A família antiga é mais uma associação religiosa que uma associação natural.

A função econômica de conquista do sustento perdeu espaço desde o advento da Revolução Industrial. Sob essa influência, o decorrer do século XIX apresentou uma tendência sem precedentes: a moradia numa localidade e o trabalho em outra. A Igreja Católica, a seu turno, deu os primeiros passos em direção à educação fora do lar. Somado a isso, o desenvolvimento das ciências foi o maior responsável pelo ingresso prematuro das crianças no ambiente escolar, fora da família. A função assistencialista não deixou de ser atributo da família, ainda que tenha sido bastante mitigada em face da Seguridade Social presente nos Estados democráticos. Nesse sentido, encontram-se alguns julgados no Brasil que pautam a concessão da pensão alimentícia a ex-cônjuge no dever de mútua assistência, como ocorreu no TJ-BA, no qual o entendimento da Juíza Ilza Maria da Anunciação que confirmou a necessidade de tal concessão, foi de que:

O dever de um cônjuge prestar alimento ao outro, decorre do dever de mútua assistência. (...) No caso em baila, o Agravante não demonstrou a capacidade da parte Agravada em prover o seu próprio sustento, não sendo-lhe lícito se eximir do dever de fornecer pensão alimentícia ao seu ex-cônjuge.

Assim, as principais funções que a família ainda detém atualmente na sociedade, mas também sem mais exclusividade, são a biológica e a afetiva. A afetiva é tida como motivo formador dos grupos familiares. Esse pensamento é de fundamental importância, pois uma vez que se retire uma carga excessiva de funções restritamente atribuídas à família, esses grupamentos passam a convergir seu foco para a função afetiva.

Rodrigo da Cunha Pereira (2002, p. 193) aponta como outro fator determinante para isso a autonomia financeira da mulher, sustentando a tese de que aos poucos o espaço familiar tirou o foco, antes dado aos laços de dependência econômica, para colocá-lo na “cumplicidade

e na solidariedade mútua e no afeto existente entre seus membros”⁸. Nesse sentido, cabe citar o teor desse sentimento abordado pelo supracitado autor, qual seja “o afeto fundador e justificador de uma entidade familiar é um afeto especial, não somente um sentimento, mas uma ação, uma conduta”.

Diante disso, baseando-se na ideia central de que o espaço familiar é o mais importante para o desenvolvimento saudável do indivíduo e sua posterior atuação edificante na sociedade, deve-se fazer uma importante conferência com a mediação enquanto ferramenta eficaz para dirimir os conflitos familiares, em especial na distribuição da guarda das crianças ou adolescentes após o divórcio de seus genitores.

1. A FAMÍLIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Tais transformações históricas do comportamento e da percepção moral humana possibilitaram diferentes configurações familiares no decorrer da história, o que não significa deduzir que estas foram abrangidas, *pari passu*, pelo Direito. Em virtude disso, é pertinente pontuar as principais manifestações legais face esses fenômenos.

No Brasil, antes do advento da Constituição Federal de 1988, se concebia caráter extremamente religioso às famílias. Afirmava-se a predominância dos seguintes aspectos: casamento como única forma de constituição de um núcleo familiar; filhos legítimos ou ilegítimos; distinção do filho adotado quando da concessão da herança; núcleo liderado por um líder eminentemente masculino; dependência financeira e moral da mulher em face do marido, etc.

No âmbito da mudança acerca da concepção de estruturas familiares e seus segmentos, o reconhecimento gradativo das uniões homoafetivas, a normativa referente às uniões estáveis, a inserção do instituto da guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro, a facilidade atribuída aos processos de separação judicial e extrajudicial, e o tratamento jurídico dado a alienação parental, são exemplos de revoluções no âmbito legal.

Em que pese a consciência de tais modificações no âmago da sociedade, bem como na maioria das interpretações dos operadores do direito é forçoso ratificar que por muito tempo não se reconheceram os mesmos atributos à essas configurações familiares, tal como

⁸ O autor conclui essa linha de raciocínio preceituando que o “ambiente familiar tornou-se um centro de realização pessoal, tendo a família essa função em detrimento dos antigos papéis econômico, político, religioso e procriacional anteriormente desempenhados pela ‘instituição’”.

ocorreu em 2002 em julgamento no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, como consta na ementa:

EMENTA: Conflito negativo de competência - Dissolução de sociedade estável homoafetiva cumulada com partilha de bens, responsabilidade de guarda e direito de visita a menor - Feito distribuído ao Juízo da Segunda Vara de Família - Declinação de competência para uma das Varas Cíveis não especializadas, entendendo a M.M. Juíza ser a união homossexual equiparada a uma sociedade civil de fato - Conflito suscitado pela M.M. Juíza da 4ª Vara Cível não especializada, por entender que a união homossexual equiparase a uma comunidade familiar... - Conhecimento do conflito - Art. 226, §§ 3º e 4º da Constituição Federal e Lei nº 9.278/96. Nos termos do art. 226 da Constituição Federal, somente a união estável entre o homem e a mulher e a comunidade integrada por qualquer dos pais e seus descendentes podem ser entendidas como entidade familiar, excepcionando a regra de que a família se inicia com o casamento. Não é possível interpretar-se ampliativamente as exceções expressamente previstas na lei.

É forçoso, para fins do trabalho proposto, trazer a tona o tema do divórcio de casais com filhos, o qual deverá ser sempre judicial. O cuidado do legislador, ao estatuir tal procedimento, pode ser expresso nos dizeres de Ana Cecília Rosário Ribeiro (2012, p.28) em defesa do interesse do menor quando aduz que é “necessário partir sempre do pressuposto de que estes sujeitos apresentam uma condição de vulnerabilidade ínsita à sua condição peculiar de sujeitos em constante evolução”.

Somado a isso há de se considerar a relevante opinião de Newton Teixeira Carvalho (2012, p. 236) quando afirma que “nem sempre é possível a busca de solução diretamente pelas partes envolvidas, em razão de bloqueios vários (...)”, de forma que em face dessas situações a criança e o adolescente não poderiam ficar a mercê de qualquer decisão ou de soluções instáveis.

Nessa esteira a mediação apresenta-se como a principal forma de educação jurídica para conscientização dos pais envolvidos em conflitos relacionados aos seus filhos, posto que ela possibilite um mínimo de diálogo, essencial para a resolução das demandas, sejam elas através do consenso ou da jurisdição.

O tratamento adequado a ser dado tendo em vista o cenário atual dos grupos familiares é aquele pautado no respeito aos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e liberdade, uma vez que, no direito das famílias, cada caso concreto é composto por peculiaridades que necessitam ser consideradas pelos operadores do Direito, os quais, por sua vez, devem atuar pautados nos princípios do melhor interesse do menor, do convívio familiar e da afetividade.

1.2 VALOR JURÍDICO DO AFETO

Na vigência do Código Civil de 1916, as relações eram ligadas à ideia de domínio e submissão, como se o legislador tivesse incorporado a crença historicamente consolidada de que sentimento e amor não eram necessários ou importantes.

Todavia, com a ocorrência de diversos acontecimentos de proporções históricas ao longo do século XX, como a emancipação feminina e sua inserção no mercado de trabalho, bem como o avanço dos direitos sociais, tornou-se possível o início da superação das bases biológicas e patrimoniais e o advento da afetividade como fator determinante como fator determinante no contexto familiar.

A Constituição Federal de 1988 quebrou importantes paradigmas ao trazer em seu bojo princípios como o da igualdade jurídica entre cônjuges e entre filhos, bem como o da solidariedade familiar.

Nessa esteira, têm-se a defesa da aplicação da paternidade socioafetiva pelos doutrinadores do Direito de Famílias, o que pode ser depreendido do enunciado n. 256 na III Jornada de Direito Civil, idealizado pelo Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: “a posse de estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil”. A qual é possível ver aplicada em inúmeros Tribunais, a exemplo do de São Paulo⁹ obtível nos dizeres do Juiz Cássio Henrique Dolce de Faria que aduz:

O art. 1.593 do Código Civil é expresso no sentido de que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”. De “outra origem”, sem dúvida alguma, pode ser a filiação socioafetiva, que decorre da posse do estado de filho, fruto de longa e estável convivência, aliado ao afeto e considerações mútuos, e sua manifestação pública, de forma a não deixar dúvida, a quem não conhece, de que se trata de parentes.

O primeiro passo dado nessa direção foi consubstanciado pela compreensão e introdução do discurso psicanalítico no campo jurídico, como assevera Rodrigo da Cunha Pereira (2002, p.194), somado a isso ele cita também o fenômeno da “despatrimonialização do direito civil e, conseqüentemente, a sua personalização, tendo em vista que a família passou a ser valorizada como o lugar privilegiado de realização e desenvolvimento pessoal de cada um de seus membros”.

⁹ O Excelentíssimo juiz Cássio Henrique Dolce de Faria, Tribunal de Justiça de São Paulo, declarou a maternidade socioafetiva da "madrasta", sem prejuízo e concomitantemente com a maternidade biológica, tendo como fundamento da decisão o princípio da afetividade, consubstanciado nos longos anos de convivência entre as partes, e o respeito à memória da mãe já falecida.

Essa noção do amor ou afeto como estruturante dos diversos núcleos familiares tem início desde quando o indivíduo é concebido, até os últimos dias de sua vida. Desde seu nascimento, o homem necessita da atenção explicitada em cuidados afetivos dos seus cuidadores, para que possa entender apreender, por experimentação, relacionamentos afetivos promotores de saúde mental. Com esse entendimento é mitigada a ideia de que o indivíduo só entende o amor do outro quando é capaz de expressar suas ideias de forma racional, já que o amor não carece de dizeres logicamente elaborado, mas sim de expressões capazes de transbordar os sentimentos (Winnicott, 1999).

Na presença dos conflitos familiares que envolvem o interesse de crianças e adolescentes, o afeto deve ser sempre observado, como princípio fundante, ao lado do melhor interesse do menor, em detrimento dos problemas que envolvem o casal.

2. A GUARDA DOS FILHOS MENORES

A ruptura dos laços afetivos de um casal que teve filhos acarreta uma importante questão: como e com quem ficarão estes filhos? O Código Civil brasileiro dispõe no art. 1.583 que a guarda será unilateral ou compartilhada, sendo que a primeira é aquela atribuída a um só dos genitores ou alguém que o substitua (§1º) e a segunda é aquela em que há responsabilização conjunta no exercício de direitos e deveres referentes aos filhos.

Nessa esteira, o legislador dispôs no §2º do supracitado artigo que para que haja concessão da guarda unilateral os seguintes requisitos deverão ser preenchidos: I - afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; II - saúde e segurança; III - educação. Em que pese tal disposição legal, é forçoso considerar que esses requisitos deverão ser bem executados por ambos os pais, ainda que a guarda unilateral seja adotada, em respeito ao princípio da responsabilidade parental (com previsão expressa no art. 1.634 do Código Civil).

Todavia, o caminho que conduz até a adoção de um dos modelos nem sempre é tão simples como a letra da lei faz crer que é. A guarda será concedida a partir da análise feita pelo juiz daquilo que é melhor para criança.

Nesse sentido, é de grande monta a reflexão trazida por Rodrigo da Cunha Pereira (2002, p. 195) ao considerar que se a entidade familiar é um “meio para busca da felicidade de

cada um dos indivíduos” não se justifica sua manutenção quando os laços que os unem, em especial o afeto, se desfazem. Nesse sentido o autor assevera:

Quando não há mais comunhão de vida e de afeto, permeada pela solidariedade e cuidado, não se justifica a manutenção da conjugalidade. E quando a conjugalidade se dissolve, e havendo filhos, não significa o fim da família, mas apenas a transformação daquele núcleo familiar em binuclear.

Por muito tempo a guarda foi vista apenas como um direito dos genitores, em especial da mãe. Como é possível observar na ementa do Acórdão nº 68.034/2007 oriundo do Tribunal de Justiça do Maranhão, no julgamento de uma Apelação Cível que teve como relatora a Des^a Cleonice Silva Freire:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. GUARDA DE FILHA MENOR. IDÊNTICAS CONDIÇÕES DOS PAIS. PREFERÊNCIA DA MÃE. APELO IMPROVIDO. UNANIMIDADE.

A mãe, em geral, tem preferência da guarda dos filhos menores, devendo ser destituída da incumbência somente em casos extremos, quando, comprovadamente, esta não tiver capacidade de prover um desenvolvimento psicologicamente equilibrado e saudável à criança. Quando pai e mãe disponham das mesmas condições morais e materiais, esta, por razões biológicas, oferece maiores condições de ter a guarda da menor.

A análise dessa ementa, bem como do acórdão, suscita, primeiramente, a consciência de que à época não havia preferência legal pela adoção da guarda compartilhada. Posto isso, cabe considerar que na configuração atual não há que se falar em concessão da guarda ao pai em última análise, pois o juiz deverá analisar todas as condições e, caso perceba que ambos têm capacidade de exercer o poder familiar, material, psicológico e afetivamente falando, deverá conceder a guarda compartilhada.

Nessa esteira, o atual cenário jurídico nacional e internacional, tanto com a Constituição de 1988, como através da Convenção de Proteção aos Direitos da Criança, fomenta a devida atenção à criança e ao adolescente, não sendo mais coerente reputar a guarda apenas como atributo dos pais, sendo de extrema necessidade a consideração de que a guarda é um direito do menor.

Em função desse menor, devem-se buscar condições para um crescimento que respeite sua peculiar condição de “sujeito de direitos em pleno desenvolvimento”, configurando-se um dever dos pais e um direito da criança ou do adolescente uma parentalidade responsável pautada no convívio familiar.

2.1 CRIANÇA E ADOLESCENTE E SEU MELHO INTERESSE

A necessidade que tem o mediador familiar em conceder especial atenção à criança e/ou ao adolescente, sobre o qual está sendo acordada a guarda, deve ser observada incondicionalmente.

A elaboração de dispositivos supranacionais e nacionais no que se refere à criança e ao adolescente segue duas linhas básicas de raciocínio, quais sejam a consideração de sua condição especial de sujeito de direitos em constante evolução e a necessidade de proteção integral que carecem, tanto por parte do Estado, quanto da sociedade.

O operador do direito deve trabalhar com a consciência de que a criança é parte, e é a parte mais vulnerável da relação jurídica, mesmo quando os reflexos, *a priori*, forem mínimos na sua vida. Nesse sentido, é importante o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, nos dizeres do Des. Jorge Luís Dall'Agnol com relação a maneira com a qual alguns pais deixam passar, por vezes despercebida, a real situação física e psíquica da criança, *in verbis*:

Analisei detidamente toda a prova carreada aos autos e, infelizmente, observei que, a rigor, considerando o estado de beligerância e animosidade reinantes entre as partes, com profusão de registros de ocorrência perante a autoridade policial, o que *denota que a criança está sendo usada como verdadeira "massa de manobra" pelos genitores, que se esquecem de um fato importante, qual seja, que suas atitudes, ao invés de trazerem o bem-estar do filho, nada mais são do que paliativos para resolver questões de relacionamento mal resolvidas*, fica difícil definir quem apresenta efetivamente condições favoráveis para o exercício da guarda do filho. Porém, considerando os limites da lide, impõe-se uma definição para estabelecer qual dos pais deverá exercer a guarda do filho a partir de agora. (grifos nossos)

A partir desse enunciado, que traduz a realidade de inúmeras crianças, urge a necessidade de se trazer o menor para o centro de todas as questões que envolvam seu interesse. Não se pode deixar de lado os sentimentos e a realidade dos pais, todavia esses devem ser amoldados ao interesse do menor otimizando seu bem estar nessa situação tão delicada. A este propósito o escolio de Maria Berenice Dias (2011, p.425) é elucidativo:

A autoridade parental está impregnada de deveres não apenas no campo material, mas, principalmente, no campo existencial, devendo os pais satisfazer outras necessidades dos filhos, notadamente de índole afetiva. (...) tentar definir poder familiar nada mais é do que tentar enfeixar o que compreende o conjunto de faculdades encomendadas aos pais, *como instituição protetora da menoridade, com o fim de lograr o pleno desenvolvimento e a formação integral dos filhos, seja física, mental, moral, espiritual ou socialmente*. A autoridade parental é o veículo instrumentalizador de direitos fundamentais dos filhos, de modo a conduzi-los à autonomia responsável. (grifos nossos)

Essa ruptura de paradigma é fundamentada no princípio da dignidade da pessoa humana, que assegura tal distinção, uma vez que a criança e o adolescente, sob esse aspecto,

deixam de ser meros objetos para configurar como sujeitos de direitos. É necessário ressaltar que quando se cuida de norma de proteção de direitos humanos, a lógica positivista da teoria dualista dos sistemas jurídicos há que ser afastada para a visão de unidade nos fundamentos filosóficos da universalidade dos direitos humanos, ainda que concretamente os diversos agentes e atores institucionais operem movidos no princípio da soberania. Não pode haver dogmas positivistas, a ruptura do modelo é um processo em andamento. Diz o Juiz Trindade dos Santos, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina¹⁰, *in verbis*:

Para tanto, quando do deferimento da guarda dos filhos a um ou a outro genitor, deve-se levar em conta, primordialmente, os interesses das crianças, evitando-se que os efeitos da separação de seus pais os atinjam, quadro em que o princípio do melhor interesse do menor há que sempre prevalecer.

Cabe pontuar que o princípio do melhor interesse do menor compreende uma gama de implicações que nem sempre serão exercidas por apenas um dos pais, ainda quando da concessão da guarda unilateral, ocasião em que o outro genitor deverá cumprir com responsabilidade suas atribuições designadas.

2.2 A GUARDA UNILATERAL E A NECESSIDADE DE SE PROCEDER À SUA CORRETA OPERACIONALIZAÇÃO

A guarda unilateral consiste na atribuição a um só dos direitos e deveres inerentes ao filho. Para a sua concessão, o magistrado observa aquele oferece melhor condição para prover as principais necessidades do menor, pautado no princípio do melhor interesse do menor.

Esse instituto não é visto positivamente por muitos aplicadores do direito em face da nova configuração das responsabilidades no direito de famílias. Entretanto, o direito não deve dispor de apenas um caminho para solucionar conflitos, sobretudo na seara familiar que é consubstanciada por peculiaridades. Nessa esteira, a guarda unilateral se adequa ao ordenamento jurídico, posto que nem sempre é possível estabelecer um diálogo entre os pais de modo a decidir sobre a vida dos filhos. Esse é o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, nos dizeres de Sandra Brisolará Medeiro¹¹, *in verbis*:

¹⁰ Ao conceder a guarda das crianças para o pai o juiz deu grande enfoque o princípio do melhor interesse do menor, asseverando, ainda, que "a guarda poderá ser modificada a qualquer tempo, sempre no interesse da criança e do adolescente". O juiz ressaltou, por fim, de como o bem estar do menor deve prevalecer, em detrimento dos "conflitos de conjugalidade" que preservam após a ruptura afetiva.

¹¹No mesmo julgado o pai suscitou a concessão da guarda compartilhada, pedido indeferido, uma vez que ambos não apresentavam condições para discutir acerca dos interesses do filho.

(...) já são fortes indícios de que atualmente está instalada certa beligerância entre os ex-companheiros, presumindo-se que a manutenção da guarda compartilhada do menor não se mostra adequada no momento.

Ao dispor acerca da guarda unilateral é imprescindível que sejam estabelecidos mecanismos ou ações previamente acertadas que proporcionem ao outro genitor o exercício da parentalidade responsável, bem como proporcionem, aos poucos, o diálogo entre os pais, de modo a fornecer uma convivência familiar saudável ao menor.

A instrução deve ser balizada no sentido de conscientizar esses pais sobre a responsabilidade oriunda da parentalidade que ambos devem exercer, independente de quem esteja com a guarda. Dessa forma, uma vez fixada, deverá ser obedecida e só poderá ser alterada por motivo que comprove real necessidade que esteja ligada prioritariamente ao bem-estar do menor. Tal foi o entendimento do Desembargador Armando Freire, de que esse preceito está fundamentado no fato de que:

Não é razoável submeter os infantes/filhos a decisões judiciais sucessivas e que implicam na alteração da situação fática, modificando o espaço e centro de convivência dos menores, com o risco inequívoco de provocar-lhes o desequilíbrio emocional e acarretar prejuízos para o seu desenvolvimento.

A forma com a qual isso vai ocorrer depende da maneira estabelecida para essa convivência.

2.3 A GUARDA COMPARTILHADA E O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

A guarda compartilhada é a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe após a ruptura do vínculo conjuga, relativos ao poder familiar dos filhos comuns. Passou a ter previsão expressa no nosso ordenamento jurídico a partir da entrada em vigor da Lei 11.698/2008, que alterou os artigos 1.583 e 1.584, do Código Civil de 2002.

Para a criança e o adolescente ela seria ideal porque vincula uma decisão conjunta dos pais em todos os aspectos relevantes de sua vida. Diametralmente, para os pais isso nem sempre é adequado, como foi oportunamente esclarecido.

Essa conceituação guarda forte ligação com o princípio constitucional da igualdade entre os genitores, por isso ela é amplamente defendida pelos operadores do direito¹².

¹² Nesse sentido, o entendimento da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, obtido segundo a ementa do julgamento do Recurso Especial nº 1.428.59, no qual ficou estabelecido que “a guarda compartilhada
GlobalMediation.com

Ainda que a guarda compartilhada represente um ideal para a criança e o adolescente, ela deve ser tratada com cautela, posto que lida com pessoas imbuídas de uma carga de sentimentos que geralmente incapacitam o mínimo de diálogo necessário, os pais em processo de separação. Nesse sentido, é importante o entendimento da Juíza Simone Lucindo¹³ que trata do cuidado que se deve ter nesse processo, em face da especial condição do menor envolvido no conflito:

Diante do desenho moderno de famílias mosaico, formadas por núcleo familiar integrado por genitores que já constituíram outros laços familiares, devem os genitores evitar posturas que robusteçam o tom conflituoso, sob pena de tornar ainda mais tensa a criança, a qual se vê cada vez mais vulnerável em razão do tom e da falta de diálogo entre os pais. Os contornos da guarda de um filho não podem refletir desajustes de relacionamentos anteriores desfeitos, devendo ilustrar, ao revés, o empenho e a maturidades do par parental em vista de viabilizar uma realidade saudável para o crescimento do filho.

Diante dessas considerações, resta evidente a necessidade de se proceder a aplicação da guarda unilateral, bem como a imprescindibilidade da mediação, em ambos os casos, como instituto capaz de fomentar a base mínima de diálogo entre os pais envoltos no conflito, tendo como principal referencial a especial condição do seu filho, enquanto sujeito de direitos em pleno processo de desenvolvimento, bem como o princípio da prevalência da família, expressamente previsto no art. 100, parágrafo único, X do ECA.

3. A MEDIAÇÃO FAMILIAR NO CONTEXTO DAS DISPUTAS PELA GUARDA DOS FILHOS

Como mencionado acima o PLS 517, de 2011, expressamente afasta a aplicação da mediação nas questões sobre o exercício do poder familiar. A construção do conceito de mediação no Brasil está sendo feita a partir da harmonização de diretrizes de diversas disciplinas, a saber: Direito, Antropologia, Sociologia, Psicologia e outras. Isso porque a ideia de mediação no país não é sustentada somente como um meio alternativo de solução de

busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais”. Estabelecendo ainda que “a guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial”.

¹³ Através da análise da decisão que conheceu o agravo, mas não deu provimento a ele, pode-se ter o entendimento de que a preservação do melhor interesse do menor pode permitir a restrição do direito de visitas do genitor até o momento em que sejam definidas novas diretrizes para uma melhor convivência da criança que, segundo o a ementa do julgado "recomendará a redução do conflito entre os genitores, bem como a criação de novos canais que viabilizem o crescimento sadio da criança".

conflitos, mas é vista, principalmente, como forma de “desafogar” o Poder Judiciário que se encontra, atualmente, numa crise institucional em virtude da grande demanda processual e da dificuldade em acompanhar os ditames da Constituição Federal no que tange à duração razoável do processo e celeridade processual.

Predomina o entendimento acerca do caráter humanizado da mediação, o qual é creditado pela maior parte da doutrina¹⁴. Seus resultados não projetam um acordo isolado, mas sim uma reeducação dos envolvidos nas demandas, de modo que se possa agir de forma diferente no futuro, minimizando as chances de reincidência do conflito ou do surgimento de empecilhos à convivência saudável. Nesse sentido, é importante a ponderação feita por Águida Arruda Barbosa (2004, p. 37) que:

A mediação familiar é uma prática social, consubstanciada em três fundamentos: respeito à lei; respeito ao outro; respeito a si próprio. Trata-se de um estudo de natureza interdisciplinar, cuja prática no trato dos conflitos familiares constrói uma mentalidade capaz de mudar o Judiciário, libertando-o para sua efetiva função.

É cediço pontuar que a prática da mediação enseja, ainda, o pleno respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, expresso no art. 1º, III, da Constituição Federal de 1998, o qual é orientador de todas as práticas exercíveis no ordenamento jurídico nacional. Isso porque é um instituto que leva em conta as peculiaridades de cada um, no momento da conformação dos argumentos opostos, e, especialmente, pelo fato de não impor uma decisão com base numa documentação ou depoimentos que, por vezes, não expressam o real sentido da situação.

3.1 O PAPEL DO MEDIADOR NOS CONFLITOS FAMILIARES

O primeiro requisito que o mediador familiar deve preencher é o conhecimento transdisciplinar. Sua percepção deve convergir para múltiplas áreas de saber perpassando os aspectos culturais, religiosos, políticos e os principais aspectos psicológicos que envolvem conflitos familiares. Isso para que ele possa atuar acompanhando as partes, compreendendo seus anseios e harmonizando as opiniões contrárias projetando o deslinde mais apropriado

¹⁴ Águida Arruda Barbosa (2014, p.17) aduz que o aprendizado da prática de mediação não deve ter como foco apenas o caráter utilitarista de diminuir as demandas judiciais, mas deve afirmar a necessidade de uma lógica diferente por parte do profissional de direito, uma lógica pautada na possibilidade de humanização desse ramo teórico, para além dos conceitos de litígio e sentenças.

para a situação, despertando empatia de uma parte em relação à outra e em relação aos filhos, costumeiramente ausentes nas audiências.

Águida Arruda Barbosa (2014, p.12) elenca, de forma clara e sucinta, os quesitos necessários para a formação de um mediador transdisciplinar, afirmando que ele “deve ser capaz de contextualizar toda disfunção sistêmica que causa conflito, ampliando a compreensão das circunstâncias que deram causa à ação (...)”.

Nessa esteira, deve-se sinalar que a problemática em torno dessa necessidade é a de como e onde formar consistentemente esse profissional. As experiências profissionais dos operadores de direito apontam que essa educação deva ter início dentro da vida acadêmica, de modo que seja viabilizado o arcabouço teórico e o enfrentamento de questões dessa natureza com o auxílio dos mestres e professores.

Resta evidente que as relações familiares, nas suas diversas manifestações, ensejam contendas que acarretam maiores danos aos envolvidos, posto que ocorram dentro do espaço de onde defluem os primeiros e principais acontecimentos da vida do indivíduo. Para tanto, o mediador deve observar que, naquilo que tange esses desentendimentos, os princípios norteadores devem conduzir ao entendimento das partes de modo que possibilitem, ao menos, uma convivência respeitosa.

Quando essa perspectiva é realçada pela presença de crianças e adolescentes na qualidade de filhos, a responsabilidade se torna maior, posto que a conjuntura que os coloca na situação de “objetos” do conflito passa do aspecto amoroso para o mais desacertado possível. Nessa esteira, deve o mediador entender que o maior de todos os problemas é a ruptura da comunicação equilibrada, em detrimento da separação ou das brigas conjugais.

O filho, nesse ínterim, recebe os reflexos de todas as desavenças e espera independente de ser criança ou adolescente “que as coisas voltem a estar como antes”. A depender dos aspectos de sua personalidade e ou momento de desenvolvimento biopsicosocial, ele pode creditar a si, a culpa do que está ocorrendo, ou até mesmo perder o afeto por um dos genitores por acreditar que ele seja o culpado da alteração de convivência familiar.

Visando esses possíveis efeitos, o mediador, nos conflitos familiares que envolvam a guarda de menores, deve, ao amortizar as opiniões conflituosas, atuar em defesa da proteção e promoção dos interesses do menor, conscientizando os pais da importância disso.

3.2 A TERAPIA COMO ALTERNATIVA PARA PROPICIAR O DIALOGO ENTRE INTERESSADOS

Pensando a conduta ideal por parte dos pais após o fim de um relacionamento, vislumbra-se um diálogo aberto e um convívio harmônico entre os litigantes. Todavia, é cediço que o término de um relacionamento é carregado de diversos sentimentos, em sua maioria, confusos e eivado de mágoas.

Partindo desse pressuposto, não se pode exigir a mesma conduta ou a aplicação das mesmas medidas em todas as famílias que se encontrem em processo de desmembramento. O Estado não deve deixar que esse processo seja conduzido sem observância de diretrizes que assegurem ao menor, envolto nessa mudança, direitos fundamentais.

Ainda que o ambiente familiar deva figurar como principal espaço, no qual esse ser humano vulnerável desenvolve suas potencialidades e aprende a lidar com a maioria seus medos, nem sempre isso é possível. Geralmente, ocorrem violações a esses aspectos em inúmeros graus que vão desde o abandono afetivo até o cometimento de violência física.

Nesse contexto, cabe informar que o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) traz em seu bojo medidas de proteção que têm o intuito de resguardar o menor face a uma situação que ameace ou viole seus direitos. O ECA baseia-se nos princípios expressos da proteção integral e prioridade absoluta, e, de forma implícita, no melhor interesse do menor, os quais devem reger a aplicação de tais medidas. O artigo 100, parágrafo único, IX do ECA, dispõe que:

Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas

(...)

IX - responsabilidade parental: a intervenção deve ser efetuada de modo que os pais assumam os seus deveres para com a criança e o adolescente.

A responsabilidade parental é o ponto chave para o debate levado a cabo pelo presente trabalho. A questão que deve ser enfrentada é a de que como ela poderá ser exercida, em especial quando os ex-cônjuges estão abalados em virtude da quebra do vínculo afetivo que deu origem a esses filhos? E mais, é possível colocar de lado todas as mágoas e rancores visando unicamente o interesse dos menores? Mesmo que a resposta seja afirmativa, seria uma tarefa bem difícil de realizar-se.

Não obstante, como foi supracitado, não se pode fazer uso desse cenário como uma justificativa para deixar deveres tão importantes de lado. É nesse ensejo que aflora a opção de

encaminhar esses pais para terapia, para que eles possam, através do diálogo, reestabelecer a percepção da responsabilidade parental em detrimento das causas geradoras do desfecho do relacionamento.

O ECA prevê no art. 129, III, como medida aplicável aos pais ou responsável o “encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico”. O papel desenvolvido pela terapia seria o de tornar tangível a possibilidade de mudança em função do enfrentamento necessário da responsabilidade parental, uma vez que ela viabiliza surgimento de novos sentidos nas histórias apresentadas pelas partes.

Feitas tais considerações, apresenta-se uma possível solução para o problema do casal. A terapia ajuda na tentativa de reestabelecimento do diálogo, bem como na pacificação de dores e rancores que podem resultar da relação conjugal. Através dessa medida e com o auxílio da mediação é possível estender a solução do litígio para além do seu núcleo central, a disputa pela guarda, visando a obtenção de uma convivência minimamente civilizada, em prol de um menor que figura como protagonista nesse tipo de demanda.

A mediação tem como foco principal a resolução do conflito através da adoção de conhecimentos transdisciplinares pelo mediador que possibilitem as partes o estabelecimento do diálogo como fator fundante para uma decisão personalizada. A terapia, por sua vez, não trabalha com foco central na resolução do conflito, mas sim na expressão emocional do sujeito. Contudo, as abordagens e as técnicas de ambos são utilizadas, na maioria das vezes, de modo complementar.

3.3 A IMPRESCINDIBILIDADE DA MEDIAÇÃO FAMILIAR NO CONTEXTO DA GUARDA COMPARTILHADA

O fundamento apto para o estabelecimento da guarda é o melhor interesse do menor, princípio consolidado no Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁵ que incide em todas as esferas em que os interesses das crianças e dos adolescentes estiverem presentes. Não seria

¹⁵ A adoção do princípio do melhor interesse do menor, no Estatuto da Criança e do Adolescente, está em consonância com o movimento internacional que tem início na metade do século passado e busca transformar os conceitos sobre crianças e adolescentes, em especial efetivando a promoção do reconhecimento desse grupo etário como sujeitos de direitos, bem como de seres humanos em pleno processo de desenvolvimento e de formação. É, ainda, decorrência direta da primazia do princípio da dignidade humana perante todos os institutos no ordenamento jurídico brasileiro.

diferente quando da adoção da mediação como método para o estabelecimento da guarda compartilhada.

É necessário o entendimento mínimo entre os pais para o estabelecimento da guarda compartilhada, todavia quando se trata da resolução dos conflitos acerca dos filhos, nem sempre os interesses destes são preservados. Em face disso, a mediação é um método reconstrutor para os pais envolvidos e fundante para as crianças e adolescentes ausentes das audiências, posto que ela fomenta o resgate da capacidade de dialogar desses genitores.

A sentença judicial ainda é vista como única solução possível de conflitos familiares pela sociedade porque a imposição de uma resposta por um terceiro diminui o desgaste dos envolvidos que teriam que recorrer ao diálogo na busca de um meio termo que, na maioria dos casos, já foi inúmeras vezes tentado pelo casal. Como consequência disso muitos pais deixam, por sofrimento, esgotamento e defesas psicológicas diversas, inclusive inconscientes, de perceber o melhor interesse do filho.

Essa sensação de justiça é tanto quanto temporária, já que é possível observar que muitos genitores acabam guardando durante anos a vontade de ter tido oportunidade de estar mais presente na vida do filho. Nesse ínterim, a sentença pode ser denominada de solução “aparente”, que não resolve o conflito, que foi construído através de um longo processo no tempo, de forma satisfatória.

A mediação familiar atua, nesse ensejo, como uma forma de amenizar as consequências negativas de uma separação para os filhos. Ela tem o condão de devolver à família o poder de decisão. É a viabilização do exercício da parentalidade responsável após a ruptura afetiva do casal.

É forçoso afirmar, diante de tais considerações, que o instituto da guarda compartilhada, assim como o da guarda unilateral responsável, tem absoluta compatibilidade com a prática da mediação familiar. Posto que tal prática permita aos pais expor suas necessidades e possibilidades e encontrarem um denominador comum em meio a tantas nuances. O resultado é a responsabilidade dos genitores valorizada e geração de uma decisão personalizada, fruto de um acordo consciente de ambos que gera menor grau de enfraquecimento da relação afetiva entre pais e filhos.

A partir dessas considerações, deve-se proceder a resposta de uma importante questão feita no início deste trabalho: há necessidade que a relação entre os pais seja harmônica para que se conceda a guarda compartilhada através da mediação?

Para responder essa resposta com a coerência acadêmica adequada, cabe citar inicialmente o entendimento da Professora Leila Maria Torraca de Brito (2007)¹⁶, com jovens adultos, filhos de pais separados, na qual ela constatou que:

Se, ao abordar o momento da ruptura, alguns deixaram claro que não é sempre que os filhos presenciam sérias brigas entre os genitores quando estes ainda estão casados, no item em pauta (brigas e recados), *desfaz-se também a ideia de que o rompimento conjugal irá, necessariamente, extinguir brigas e desentendimentos entre ex-cônjuges*, contribuindo para que os filhos não fiquem expostos a tais desavenças. (grifos nossos)

Diante dessa realidade, que é plural, uma vez que cada caso tem uma peculiaridade, não é correto afirmar a imprescindibilidade da harmonia entre os envolvidos para possibilitar o acordo da guarda compartilhada. Todavia, a função do mediador é a de fomentar o estabelecimento do mínimo de diálogo entre os pais, viabilizando que a decisão alcançada por estes respeite os direitos do menor, prioridade em qualquer situação, seja na concessão da guarda compartilhada ou unilateral.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A dinâmica social propicia um fluxo abissal de valores, os quais se refletem e se conformam nas formas jurídicas das pretensões políticas das relações sociais.

É imprescindível considerar que a presença de conflitos é constante, sobretudo porquê a multiplicidade de valores e condutas que compõem a sociedade resulta em atritos contingenciais.

No âmbito familiar não seria diferente.

É nesse espaço que o indivíduo faz nascer e aperfeiçoa suas principais qualidades enquanto ser humano, no entanto, sem padrão homogêneo, em virtude das diferenças necessárias entre todos os indivíduos. Partindo dessa premissa, surge a necessidade de métodos capazes de solucionar os antagonismos em âmbito tão sensível.

A análise da evolução dos grupos familiares permite a assertiva de que a família deixou de ser vista como mero espaço de relações pautadas no sentido patrimonial, dando lugar a uma nova configuração, baseada no afeto e relações sociais, ocasionou mudanças na

¹⁶ Tal pesquisa qualitativa foi realizada em 2007, pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, com jovens adultos, filhos de pais separados, visando esclarecer a percepção que tiveram do rompimento conjugal dos pais, especialmente com relação à convivência familiar.

percepção legal desse instituto, a exemplo da adoção do princípio da afetividade como norteador das relações familiares.

Em meio a esse fluxo constante dentro e fora do âmbito familiar, a criança e o adolescente assumiram a condição de sujeitos de direitos através de documentos normativos como a Convenção Sobre o Direito da Criança e do Adolescente, a Constituição Federal da República Federativa do Brasil do ano de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente. Isso significa dizer que eles deixaram de ser vistos como “patrimônio” de seus genitores, da sociedade e do Estado, passando a serem tratados como seres humanos em especial condição de desenvolvimento.

A separação dos pais é um dos acontecimentos mais marcantes na vida dos menores, principalmente pelo fato de serem as maiores vítimas dessas demandas. De modo que, para ratificar tal preceito, não há uma fórmula geral para mensurar as consequências desse acontecimento na vida de cada filho.

Se desse relacionamento que está se dissolvendo sobrevieram filhos há que se saber com quem eles irão permanecer. A legislação nacional aponta como preferencial a adoção da guarda compartilhada, na qual os pais dividem a responsabilidade na tomada de decisões na vida dos filhos.

Apesar disso, o legislador, conhecendo a frequente impossibilidade de diálogo entre os pais, bem como casos de alienação parental, irresponsabilidade parental e quando um deles não tenha suporte material e psicológico de permanecer com a guarda do menor estabeleceu como possível a guarda unilateral. Tal instituto, corretamente operacionalizado, também proporcionará o alcance do exercício da parentalidade responsável na sua mais forte expressão por ambos os genitores.

Nesse sentido, é importante o entendimento de que a decisão consubstanciada na mediação traz em seu bojo, além de conhecimentos transdisciplinares, um diálogo mínimo e necessário entre os litigantes, possibilitando uma resolução mais justa e ampla das demandas. O que se pretende demonstrar com o presente trabalho é que o maior benefício trazido pela mediação familiar, seja para adoção da guarda unilateral ou compartilhada, deve-se ao fato de que através desse instituto torna-se maior a possibilidade de atendimento aos interesses do menor.

Em outras palavras, ao dialogar e demonstrar seus sentimentos perante um terceiro imbuído de sentimento humanizado e capacitação técnica, podem ser percebidos os entraves

de comunicação entre as partes, buscando-se construir uma decisão fundamentada em uma experiência real.

O legislador e o operador do direito não estão errados ao afirmar que a adoção da guarda compartilhada é mais benéfica à criança e ao adolescente, todavia o direito não pode excluir peculiaridades pertinentes a esse meio, sendo perfeitamente cabível a adoção da guarda unilateral em situações que isso configure o melhor para os filhos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Águida Arruda. Mediação familiar: instrumento para a reforma judiciária. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.37.

BARBOSA, Águida Arruda. Formação do mediador familiar interdisciplinar. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Família entre o público e o privado**. Porto Alegre: LEXMAGISTER, 2012.

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

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 de jul. 1990. p. 13563.

BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. p. 1.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no Recurso Especial n. 1.428.596/DF. Relator: ANDRIGHI, Nancy. Publicado no DJ de 25-06-2014 Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25178209/recurso-especial-resp-1428596-rs-2013-0376172-9-stj/inteiro-teor-25178210>. Acesso em 15-10-2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça da Bahia. Acórdão no Agravo de Instrumento nº AG 844492009 BA 8444-9/2009. Relatora: ANUNCIACÃO, Ilza Maria da. Disponível em: <<http://tj-ba.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9200691/agravo-de-instrumento-ag-844492009-ba-8444-9-2009/inteiro-teor-15253725>>. Acesso em 03 out. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Acórdão no Agravo de Instrumento nº AI 10144100013362001 MG. Relator: FREIRE, Armando. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/121129792/agravo-de-instrumento-cv-ai-10144100013362001-mg>> Acesso em 03 out. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Ementa do Agravo de Instrumento: AGI 20130020107887 DF 0011617-34.2013.8.07.0000. Relatora: LUCINDO, Simone. Publicado no DJE de 10 set. 2013. pag. 74. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115992603/agravo-de-instrumento-agi-20130020107887-df-0011617-3420138070000>> Acesso em: 08 out. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo, Acórdão do Recurso de Apelação Cível nº 2012.0000400337. Relator: JÚNIOR, Alcides Leopoldo e Silva. Itu. Publicado no DJ de 14 ago. 2012. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22130032/apelacao-apl-64222620118260286-sp-0006422-2620118260286-tjsp/inteiro-teor-110551735>> Acesso em: 22 out. 2014

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. Acórdão no Recurso de Apelação Cível nº 005091/2006. Relatora: FREIRE, Cleonice Silva. Disponível em: <<http://tj-ma.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4719646/apelacao-civel-ac-50912006-ma>>. Acesso em 08 out. 2014

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. Ementa do Julgamento do Conflito Negativo de Competencia nº 12411 RN 2002.001241-1. Relator: ALENCAR, Caio. Disponível em: <<http://tj-rn.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3637396/conflito-negativo-de-competencia-12411>>. Acesso em 02 out. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Acórdão no Recurso de Apelação Cível nº 70049705031. Relator: SCHIMITZ, Alzir Felipe. Publicado no DJ de 28 ago. 2012. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22249074/apelacao-civel-ac-70049705031-rs-tjrs>>. Acesso em 20 out. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Decisão Monocrática no Agravo de Instrumento nº 70055622443 RS. Relatora: MEDEIROS, Sandra Brisolara. Publicado no DJ de 01 ago. 2013. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113113194/agravo-de-instrumento-ai-70055622443-rs/inteiro-teor-113113207>> Acesso em 03 out. 2014

BRASIL. Tribunal de Santa Catarina. Acórdão na Apelação Cível nº 20130320108 SC 2013.032010-8. Relator: SANTOS, Trindade dos. Publicado no DJ de 04 set. 2013. Disponível em: <<http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24121852/apelacao-civel-ac-20130320108-sc-2013032010-8-acordao-tjsc>> Acesso em: 11 out. 2014.

BRITO, Leila Maria Torraca de. **Família pós-divórcio: a visão dos filhos**. Psicol. cienc. prof. v.27 n.1 Brasília mar. 2007. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S1414-98932007000100004&script=sci_arttext#*a>.

CARBONERA, Maria Silvana. **Guarda de filhos** – Na família constitucionalizada, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2000, p. 150.

CARVALHO, Newton Teixeira. Mediação, conciliação e reconciliação para o divórcio - família - entre o público e o privado. In: Rodrigo da Cunha Pereira. (Org.). **Família Entre o Público e o Privado**. 1ed. Porto Alegre: Magister, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Família e Sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2012.

COELHO, Marília. Guarda compartilhada do filho poderá ser obrigatória em caso de desacordo dos pais. **Senado Notícias**, Distrito Federal, 02 set. 2014. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2014/09/02/guarda-compartilhada-do-filho-podera-ser-obrigatoria-em-caso-de-desacordo-dos-pais>. Acesso em 14 out. 2014.

COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. Revista dos Tribunais, 2011. ISBN 978-85-203-4043-1.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípio da Afetividade. In: David Zimerman; Antônio Carlos Mathias Coltro. (Org.). **Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica**. 1ed. v. 1. Campinas: Millennium, 2002.

RIBEIRO, Ana Cecília Rosário. Instrução probatória e depoimento sem dano. In: Rodrigo da Cunha Pereira. (Org.). **Família Entre o Público e o Privado**. 1ed. Porto Alegre: Magister, 2012.

SILVEIRA, Luciene Santos. **A mediação como solução de conflitos e a ética**. Revista da Ejuse, n.19, p.223-230, 2013.

WINNICOTT, Donald. **Tudo Começa em casa**. São Paulo, Martins Fontes, 1999.

LITIGÂNCIA INTRAGOVERNAMENTAL E A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE GESTÃO PÚBLICA.

INTRA-GOVERNMENTAL LITIGATION AND MEDIATION AS A PUBLIC MANAGEMENT INSTRUMENT.

Meire Lúcia Gomes Monteiro Mota Coelho¹

SUMÁRIO: Introdução; 1 Teorias do conflito: abordagem introdutória; 2 Métodos alternativos de solução de conflitos no contexto brasileiro; 3 Pressupostos da mediação intraorganizacional; 4 A mediação como instrumento de gestão: perspectiva inter e intragovernamental; 4.1. Mediação e arbitragem como instrumento de gestão; 4.2 Processos de mediação no contexto da complexidade da gestão pública; Considerações Finais; Referências.

RESUMO

O Estado, sobretudo a partir da Constituição de 1988, assumiu o papel de solucionar toda a espécie de conflitos, proclamando que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (CF, art. 5º, XXV, 1988). A Justiça, a partir daí, passou a ter papel de destaque na sociedade, ao ter constitucionalmente atribuída a si a missão de guardar os valores constantes do texto constitucional. Essa centralização, não apenas de competências, mas de toda a sorte de regulamentação das relações sociais, políticas e jurídicas no âmbito do Judiciário – em que pese sua validade no resgate da Democracia e mesmo na recuperação da confiança da população na prestação jurisdicional – retirou da via administrativa e dos meios de pacificação a sua condição de ponto final aos conflitos. Como causas desse resultado, citamos a escalada ampliatória do aparato judicial, a maior utilização dos meios judiciais pela população, entre outros. Mas o que se evidencia aqui é uma tendência quase exclusiva de se recorrer às decisões oriundas da Justiça, para a solução dos conflitos. Afinal, são quase 100 milhões de processos circulando pela Justiça Brasileira (CNJ, 2014), e é o próprio Estado que contribui para esse cenário. Para tratar as consequências deste cenário, como o “afogamento” do Judiciário, é necessário restabelecer a capacidade da via administrativa de tratar conflitos de maneira definitiva, através, principalmente, da mediação. O objetivo do artigo é analisar a contribuição da Administração Pública ao excessivo contingente judiciário e da mediação como ferramenta de gestão.

PALAVRAS-CHAVE: resolução alternativa de disputas, RAD, Advocacia Pública, Administração Pública, mediação.

¹ Advogada (Procuradora Federal aposentada). Mestre em Administração /Gestão Pública .Pesquisadora do Grupo de Estudos e Pesquisa em instrumentos de Gestão –GEPIN – UNB .Professora Colaboradora da Universidade de Brasília UNB - Curso Gestão de Políticas Públicas GPP na disciplina "Mediação como Instrumento de Gestão - a mediação intragovernamental . Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB , do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem – CEBRAMAR.

ABSTRACT

The State (government), especially since the 1988 Constitution, undertook the role of solving all conflicts, by proclaiming that "the law shall not exclude from review by the Judiciary any injury or threat to a right" (CF, art. 5th, XXV, 1988). The branch of Justice, thereafter, went on to have a prominent role in society, as it was constitutionally assigned the mission to guard values contained in the Constitution. This centralization, not only of attributions, but of all sorts of regulation of social, political and legal relations within the judiciary - in spite of its validity in the rescue of democracy and even the recovery of public confidence in adjudication - withdrew from administrative means their condition of ending conflicts. As causes of this scenario, we mention the broadening of judicial apparatus and the increased use of judicial resources by the population, among others. But what is evident here is an almost exclusive tendency to resort to decisions arising from Justice alone. After all, there are almost 100 million cases circling in the Judiciary (CNJ, 2014), and government itself contributes to this situation. To address the consequences of this scenario, such as the "drowning" of the judiciary, it is necessary to restore the capacity of administrative means to address such conflicts in a definitive way, primarily through mediation. The aim of the paper is to analyze the contribution of Public Administration to the excessive legal contingent and the mediation as a management tool.

KEYWORDS: Alternative Dispute Resolution, Public Law, Public Advocacy, Public Management, Mediation.

INTRODUÇÃO

O Estado brasileiro, sobretudo a partir da vigência da Constituição de 1988, tomou para si o papel de solucionar toda a espécie de conflitos ao proclamar que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (CF, art. 5º, XXV, 1988).

A Justiça, a partir daí, passou a ter um papel de incontestável destaque na sociedade brasileira, depois de ter atribuída a si a missão de ser a guardiã única dos valores constantes do texto constitucional, pelo poder constituinte originário.

A fim de garantir essa missão, o constituinte proveu formas e mecanismos de proteção ao texto constitucional, limitando, ainda, os poderes atribuídos ao executivo, legislativo e ao próprio judiciário (RIBEIRO, 2013).

Entretanto, para assegurar o cumprimento das garantias constitucionais, principalmente dos direitos fundamentais, os Tribunais tiveram que se valer, não raras vezes, de medidas que constituem verdadeira ‘intromissão’ sobre outros Poderes.

Ante a omissão legislativa, por exemplo, o Judiciário tem sido chamado a se pronunciar sobre determinadas matérias que caberiam ao Legislativo regulamentar, sendo que, por vezes, a Justiça sequer se limita a meramente declarar a omissão, extrapolando, assim, o que

dogmática legalista tradicional convencionou ser o papel do Judiciário, ou seja, a subsunção do fato à norma. A esta imposição de obrigações aos outros poderes chamamos de ‘ativismo judicial’ ou ‘judicialização da política’ (ALMEIDA, 2011).

Essa centralização, não apenas de competências, mas de toda a sorte de regulamentação das relações sociais, políticas e jurídicas no âmbito do Judiciário – em que pese sua validade no resgate da Democracia e mesmo na recuperação da confiança da população na prestação jurisdicional – acabou por retirar da via administrativa e dos meios de pacificação a sua condição de ponto final aos conflitos, pendências e querelas.

Não à toa, somos um dos maiores contingentes de advogados do mundo, e, ainda assim, em certo sentido, insuficientes para darmos cabo ao número exorbitante de demandas.

Conforme consta do novo relatório do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, no ano de 2013, a movimentação processual apenas na Justiça Estadual, somou cerca de 54 milhões de processos (CNJ, 2014).

O número total de processos em trâmite na Justiça brasileira chegou a 95,14 milhões em 2013, dos quais 66,8 milhões já estavam pendentes no início de 2013 e 28,3 milhões representam casos novos que ingressaram ao longo do ano (FREIRE, 2014).

E apesar do aumento do número de processos baixados a cada ano pelos magistrados brasileiros em 9,3% desde 2009, o número de processos concluídos ainda é inferior ao número de casos novos que ingressam anualmente na Justiça (IBIDEM).

Levando-se em consideração que foram sentenciados menos processos do que a quantidade de ações ajuizadas, a redução do número de processos novos ou carentes de julgamento ainda se apresenta como tarefa hercúlea.

Como causas desse resultado, podemos citar a escalada ampliatória do aparato judicial, a maior utilização dos meios judiciais pela população, e a interiorização da Justiça Federal.

Certamente esse volume excessivo de processos no âmbito do Judiciário não é exclusivo do Brasil, mas, sim, um fenômeno em escala mundial. Mesmo nos países tidos por ilhas de excelência no que tange à prestação jurisdicional, são muitos os que tentam, sem sucesso, operar modificações, sobretudo em suas normas processuais, visando à redução de demandas.

Entretanto, o que se evidencia aqui é uma tendência quase exclusiva de se recorrer às decisões oriundas da Justiça, para a solução dos conflitos. Afinal, são quase 100 milhões de processos circulando pela Justiça Brasileira (CNJ, 2014), e é o próprio Estado que contribui para esse cenário.

Em 2011, a lista dos maiores litigantes nacionais era composta pelo: INSS - Instituto Nacional do Seguro Social - 22,33%; CEF - Caixa Econômica Federal 8,50%; Fazenda Nacional - 7,45%; União - 16,73%; Banco do Brasil S/A. - 4,24%; e Estado do Rio Grande do Sul - 7,73% (CNJ, 2011).

Ressalve-se que, devido à amplitude, alcance e natureza de suas atuações, não surpreende que o INSS e a Fazenda Nacional figurem como alguns dos pólos ativos e/ou passivos mais constantes no Judiciário. Entretanto, de uma maneira geral, é inevitável perceber a intensidade com a qual tantos entes públicos recorrem à Justiça para solucionar suas pretensões, sendo estas, muitas vezes, realizadas contra outro ente público.

Providências têm sido tomadas no sentido de estimular a redução da judicialização, como as conciliações realizadas em mutirão pelos órgãos do Judiciário, com vistas à resolução mediada de conflitos, e medidas como a da Procuradoria-Geral Federal da Advocacia Geral da União - AGU que, após avaliação caso a caso, encerrou 1.044 processos passíveis de desistência, que tramitavam no Tribunal Superior do Trabalho - TST, como forma de desafogar o Judiciário e evitar prejuízos à Administração Pública (CONSULTOR JURÍDICO, 2011).

Uma das mais importantes iniciativas, porém, coube à Advocacia Pública, através da AGU. Importante não só por sua efetividade, mas por sua contribuição cultural quanto à resolução pacífica de controvérsias, concretizando uma real transformação do paradigma da judicialização.

A CCAF - Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal foi criada pelo Ato Regimental nº 5, de 27 de setembro de 2007, e tem estrutura definida pelo Decreto nº 7.392, de 13 de dezembro de 2010, alterado pelo Decreto nº 7.526, de 15 de julho de 2011, com o intuito de introduzir os chamados Métodos Alternativos de Solução de Conflitos – MASCs, como a conciliação, a arbitragem e a mediação, na qualidade de instrumentos eficazes na resolução de controvérsias e, conseqüentemente, na Gestão Pública (AGU, 2012).

Constituída como órgão da Consultoria-Geral da União, a CCAF possui a missão de solucionar, em âmbito nacional, por meio dos institutos supramencionados - que primam pela cooperação e o diálogo – as pretensões controversas registradas entre os órgãos e as entidades públicos federais.

O objetivo é incentivar esses órgãos e instâncias governamentais a se perceberem como parte da mesma estrutura, órgãos parceiros e complementares, independente do lugar que ocupam

ou do papel que exercem em determinadas questões ou circunstâncias, fortalecendo-se o paradigma da pacificação e identificando pontos de convergência e de cooperação entre ou *intra* órgãos governamentais.

Não se trata de impedir os conflitos, pois, como analisado, estes são inerentes à condição humana, mas, sim, de, no que tangem às relações entre entes do mesmo Estado, ofertar meios alternativos de tratamento dos conflitos, contribuindo com o melhor funcionamento do sistema judicial, e estabelecendo canais de comunicação entre os órgãos e entidades da Administração Pública.

1 TEORIAS DO CONFLITO: ABORDAGEM INTRODUTÓRIA

Para compreendermos as diferentes possibilidades de solução das controvérsias, é necessário compreender que – na seara desses tratamentos diferenciados das disputas – o conflito não é um instituto negativo. Muito pelo contrário, ele se torna ação estruturante no desenvolvimento das relações sociais.

Uma parte considerável da literatura sociológica acerca do funcionamento e desenvolvimento das sociedades globais se assenta na ideia de um estado permanente de conflito como propulsor de qualquer evolução.

As chamadas teorias do conflito, tais como o estruturalismo, o marxismo, o interpretativismo, entre outras que vocês já devem conhecer, apontam, todas, para essa noção de conflito como sendo uma condição estrutural e essencial à transformação da sociedade.

Desde a ideia do filósofo inglês Herbert Spencer, alcunhada de ‘darwinismo social’, de que as sociedades mais avançadas seriam aquelas com melhores condições de adaptação às situações adversas, até a corrente estruturalista, que tem foco na composição organizacional, e apregoa que não há e nem deve haver harmonia entre os interesses dos patrões e empregados, já que os conflitos, por mais indesejáveis que sejam, constituem elementos geradores de mudanças e do desenvolvimento das organizações, nos levando a constatar que o campo da Sociologia há muito reconhece, pelo menos teoricamente, o elemento ‘conflito’ como tendo contornos positivos.

Essa noção foi mais difundida e popularmente compreendida, através do chamado ‘materialismo histórico’, de Karl Marx, que atribuiu a perpetuação da história das sociedades ao constante conflito entre detentores e não detentores dos meios de produção, caracterizando as relações sociais como oriundas do conflito entre classes, cujo propósito era alimentar um processo revolucionário, pelo qual o comando da sociedade mudaria de ‘mãos’.

Ou seja, conflito gera transformação.

Mas uma das contribuições teóricas que eu mais aprecio, é aquela feita por Georg Simmel, que mais enfaticamente destacou a importância sociológica do conflito.

Para ele, “todas as formas sociais aparecem sob nova luz quando vistos pelo ângulo do caráter sociologicamente positivo do conflito.” (SIMMEL, 1983, p.123)

O autor faz, ainda, em sua abordagem ao conflito, um excelente elo entre a natureza sociativa do conflito, ainda que ele seja causado por sentimentos dissociativos, ressaltando, então, esse caráter dualista do conflito, da controvérsia:

“Em princípio, a importância sociológica do conflito (Kampf) nunca foi questionada. Admite-se que o conflito produza ou modifique grupos de interesse, uniões, organizações. Por outro lado, sob um ponto de vista comum, pode parecer paradoxal se alguém perguntar, desconsiderando qualquer fenômeno que resulte do conflito ou que o acompanhe, se ele, em si mesmo, é uma forma de socialização. À primeira vista, essa parece uma questão retórica. Se toda interação entre os homens é uma socialização, o conflito – afinal, uma das mais vívidas interações e que, além disso, não pode ser exercida por um indivíduo apenas – deve certamente ser considerado uma socialização. E de fato, os fatores de dissociação – ódio, inveja, necessidade, desejo – são as causas do conflito, este irrompe devido a essas causas. O conflito está assim destinado a resolver dualismos divergentes; é um modo de conseguir algum tipo de unidade, ainda que através da aniquilação de uma das partes conflitantes.” (SIMMEL, 1983, p.122)

Assim, identificamos a tendência teórico-sociológica de reconhecer no conflito a capacidade inerente de promoção de desenvolvimento e progresso através do diálogo e discussões resultantes da controvérsia e que irão, posteriormente, se traduzir em uma unidade assertiva de concessões e ganhos.

2 MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NO CONTEXTO BRASILEIRO

O paradigma da pacificação, em que pese ser recente no Brasil, se apresenta há séculos em várias culturas, como a japonesa, por exemplo, que encoraja a solução de conflitos fora do aparato estatal, valendo-se de um espectro de soluções construído milenarmente.

Christopher Moore (2003) explicou que “as diversas culturas, judaica, cristã, islâmica, hinduísta, budista, confucionista, além de muitas culturas indígenas, têm longa e efetiva tradição na prática da mediação”.

Historicamente, desde as Ordenações Filipinas, o ordenamento jurídico brasileiro contempla a conciliação.

Atualmente, diversos textos legais contemplam soluções alternativas, a começar pela Constituição Federal, a qual prevê a pacificação social como um dos pilares da República (CF, art. 3º, I, 1988).

A legislação brasileira prevê, ainda, a proposta de conciliação nos processos judiciais como sendo obrigatória pelo art. 125, IV, do Código de Processo Civil, e nos processos extrajudiciais é prevista, pela Lei 9.958/00, a atuação do conciliador (indicado por sindicatos dos trabalhadores e patronais) para compor comissões intersindicais de conciliação.

Contamos ainda com outros diplomas legais pertinentes, como a Lei de Alimentos (Lei nº 5.478/68), a Lei dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099/95), a Lei dos Juizados Especiais Federais (Lei nº 10.259/01), o Código de Defesa do Consumidor e as disposições da Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT, todos os quais estabelecem formas de resolução pacífica e extrajudicial de conflitos.

Por seu turno, a lei 9.307/96 é o marco legal dos meios alternativos de solução de conflitos, com ênfase na Arbitragem nacional e internacional de litígios relativos apenas a direitos patrimoniais disponíveis, já que não se admite a abdicação de direitos indisponíveis – aqueles tutelados pelo Estado – sendo admissível, porém, a desistência das vantagens pecuniárias deles decorrentes.

Entretanto, partindo-se do princípio de que a mediação já se faz presente na justiça, ainda há necessidade de criação de uma disciplina específica, a exemplo do que foi feito para a arbitragem, de forma a tratar legislativamente a mediação e as técnicas procedimentais que devem adotadas.

As chamadas Resoluções Alternativas de Disputas – RADs, então, têm se mostrado importantes ferramentas de apoio à atuação do Judiciário ao redor do mundo, por sua celeridade, confidencialidade, informalidade, flexibilidade na aplicação das normas de direito, menores custos e melhor acesso à justiça.

Muitos outros métodos também compõem a seara das soluções alternativas: Avaliação Neutra Prévia, Avaliação Neutra Pericial, Assistente Neutro, Esclarecedor De Questões De Fato (Fact Finder), Conselheiro Especial (Special Master) e Julgamento Simulado (Mini-Trial) são bons exemplos da amplitude das RADs em países pioneiros, como Estados Unidos.

No âmbito dos métodos heterocompositivos, ainda se destacam o ‘High-Low’, a Perícia Arbitral, ‘Rent a Judge’, a Arbitragem e a Mediação (ainda com certa polêmica quanto à atuação do mediador definir a heterocomposição).

Além disso, registra-se o Brasil o exercício contínuo, porém, muitas vezes, não reconhecidos de imediato, de métodos pacíficos e extrajudiciais de resolução de conflitos como o Ombudsman, o PROCON, a Transação – que por definição se constitui negócio jurídico bilateral através do qual as partes previnem ou extinguem relações jurídicas duvidosas ou litigiosas – e os Termos de Ajuste de Conduta, que visam a correção de situações irregulares através de acordo, de forma a evitar o ajuizamento de processos.

Na extensão de sua aplicabilidade, as RADs deixam a exclusividade do campo jurídico e se apresentam como importantes instrumentos de Gestão Pública. E, ainda nessa seara, destacamos a Mediação como um dos mais positivos e completos Métodos de Solução dos Conflitos.

Mediação, do latim *mediare*, significa dividir ao meio, intervir. Tem origem na antiga China, como instrumento para resolver as desavenças e foi institucionalizada e desenvolvida, primordialmente, nos Estados Unidos e no Canadá.

Alguns autores entendem a mediação como enquadrada nas formas de autocomposição, porquanto o terceiro que assiste a negociação não exerce poder decisório, além de contarem com a vontade das partes em buscar uma solução para o conflito.

Outros, a enquadram entre as formas de heterocomposição, com base na mera existência de um terceiro interventor.

Comparativamente, a conciliação é considerada um procedimento de autocomposição, caracterizado pela natureza extrajudicial e pelo objetivo precípua de tão-somente solucionar o

conflito em pauta, ainda que se atribua ao conciliador a função de propor as alternativas de resolução. E a arbitragem determina a um terceiro a decisão do conflito.

Para autores como Warat (2001), o procedimento de arbitragem não difere do judicial: “só muda quem decide o conflito, ao invés de ser decidido pelo juiz togado, o conflito é decidido pelo árbitro que pode ser escolhido previamente pelas partes”.

Os métodos de Resoluções Alternativas de Disputas, porém, não são isentos de críticas.

Por contribuírem com a redução de conflitos judicializados, e garantir à Advocacia Pública amplitude de atuação, paralelamente à Justiça, as resoluções administrativas são, não raro, vistas como grande ameaça à centralização excessiva do Judiciário e ao Ativismo Judicial mencionado anteriormente.

Alguns autores criticam abertamente os mutirões de conciliação realizados pelo Judiciário, apontando que nessa construção dicotômica da realidade não se reconhece o fato de que a negociação, talvez, coloque as partes em disputa desigual, já que aquele que detém mais poder (mais capital econômico, político e cultural) fica em posição vantajosa relativamente ao que detém menos, fazendo da correlação de forças uma variável ignorada (ALEMÃO; SOARES, 2009).

Também por não adotar uma estrutura formal e processual, a mediação é apontada como ponto de discrepância entre as partes, já que sem trabalhar com uma matriz de formalidade e ordem - aqui consideradas comparativamente ao regramento estatal imposto – se torna alvo de críticas, como meio de fomentar o desequilíbrio entre os conflitantes, e abrindo as portas para a coerção e a manipulação por parte do mais forte.

3 PRESSUPOSTOS DA MEDIAÇÃO INTRAORGANIZACIONAL

Peter Drucker (1999) ensina que a Teoria da Administração foi inaugurada na área pública (órgãos governamentais ou sem fins lucrativos), no Arsenal Waterfront do Exército dos Estados Unidos, e não na área privada.

Relata que “o primeiro cargo ao qual foi aplicado o termo “gerente” em seu atual significado não foi numa empresa. Foi o gerente da cidade – uma invenção americana dos primeiros anos do século.” E continua mencionando outros casos de pioneirismo da administração no campo público como o da reorganização do Exército dos Estados Unidos, nos idos de 1910 e o

primeiro Congresso de Administração realizado pelo secretário de Comércio dos Estados Unidos em Praga, 1922 (DRUCKER, 1999).

Diz o autor, ainda, que na época do primeiro Congresso de Administração, a obra Mary Parker Follet abordava uma administração aplicada tanto na vertente pública como na privada, orientada pelos mesmos princípios. Não havia distinção entre “administração de negócios e de não negócios” (IBIDEM).

“É claro que existem diferenças de gerenciamento entre organizações diferentes, afinal, a missão define a estratégia e esta define a estrutura” afirma Drucker (1999, p.17). As diferenças segundo o citado autor “são mais em aplicação do que em princípios”.

Como desafio gerencial para o século XXI, Drucker (1999) prevê que o setor de crescimento nos países desenvolvidos não será o de negócios (economicamente organizado) e sim o de “não-negócios”:

“Provavelmente será o setor social sem fins lucrativos, no qual o gerenciamento é hoje mais necessário e onde um gerenciamento sistemático, baseado em princípios e teoria, poderá produzir os maiores resultados com maior rapidez”.

O sociólogo e cientista político Thoenig (2007), ao diferenciar a dimensão pública da dimensão privada, aponta que na primeira prevalecem as injunções políticas (“arena política”), a subjunção ao orçamento público, e que o processo de decisão é determinado pelo governo e não pelo mercado. Ele afirma que a organização pública, diferentemente da privada, responde a não apenas uma, mas duas funções de produção. Enquanto a organização privada restringe-se à função de produção operacional, a organização pública desenvolve, além da operacional, outra de efetividade. A função de efetividade – denominada mudança societal - não encontra correspondência nas empresas e associações voluntárias. Thoenig (2007) explica:

“Não obstante, e isto é que faz toda a diferença, a administração organizacional do setor público deve levar em conta uma segunda função de produção, o que as organizações privadas não precisam. Esta função é chamada efetividade. Não é interna à instituição, mas sim externa. Está inserida num tecido social de algum gênero. [...] Num mesmo país pode haver diferenças significativas entre agências públicas. Algumas operam como se fossem empresas privadas, definindo suas próprias metas e critérios de eficiência, sem ter que prestar contas de qualquer função de efetividade. Outras têm de facto de prestar contas de ambas as funções de produção. Presume-se que devam ser eficientes sem deixar de ser efetivas.”

“As instituições do serviço público buscam maximizar e não otimizar” (DRUCKER, 1986, p.245).

Drucker atribui tal característica a uma maneira, dentre outras, de se compensar a ausência de lucros. Qual seja: o empreendedor da organização pública busca crescer e ampliar sua área de atuação - crescer cada vez mais. As chamadas organizações públicas ou sociais enfrentam limites para a atuação empreendedora e pontos de resistência à ação inovadora que, na maioria das vezes, se impõe de fora para dentro e por pessoas estranhas ao ambiente organizacional ou, simplesmente, elas ocorrem em razão de crises ou catástrofes (IBIDEM).

Muito se observa estudos e divulgação de ideias no sentido de transplantar para as organizações públicas experiências bem sucedidas no mundo privado.

A literatura, nesse particular, é pouco sistematizada e evidencia poucas diferenças nos processos de inovação, sejam os que ocorrem nas organizações privadas, sejam os que ocorrem nas organizações públicas e, ainda, na seara das ditas organizações sociais.

As forças que regem a inovação não diferem se o fenômeno do empreendedorismo ocorre numa organização privada ou pública. Os princípios regedores são os mesmos – não importa que o processo seja conduzido por uma instituição governamental ou não governamental: basicamente tal força está situada entre o que funciona e o que não funciona.

A presença da mediação de conflitos como instrumento de gestão, ou seja, a atuação dos gestores e gerentes como agentes negociadores, mediadores ou árbitros na solução de disputas e concorrências nas organizações é cada vez mais crescente na sociedade contemporânea.

Moore (2003) destaca o desenvolvimento em escala mundial dos meios alternativos de solução de disputas e sua notável prosperidade nos Estados Unidos, culminando com o famoso método de negociação “Método de Harvard”, da Universidade de Harvard nos Estados Unidos, focado no setor empresarial, detalhado por seus autores Roger Fischer, Willian Ury e Bruce Patton no livro “Como chegar ao Sim – a negociação de acordos sem concessões” – Projeto de Negociação da Harvard Law School.

A maioria das decisões no universo das organizações passa pelo processo de negociação (FISCHER et al, 2005). Assim, sejam no governo, nas empresas, numa controvérsia entre países, no ambiente familiar ou outro meio onde existir relações e interesses, a negociação se faz presente para resolver as pendências e conflitos e, até mesmo, dar fim a uma disputa judicial.

As organizações são espaços permanentes de conflitos (DRUCKER, 1996; SCHABELL, 1999; BOURDIEU, 2007). Assim, no cotidiano das organizações, os conflitos não só estão

presentes como são essenciais e se constituem de forma múltipla e por mais diversas motivações.

Elangovan (APUD SCHABBEL, 1996) registra que só recentemente (década de 90) “a importância de gestores e executivos como terceira parte facilitadora na resolução de conflitos intraorganizacionais começou a chamar atenção”. As práticas de mediação exercidas por mediadores “internos” e não “profissionais” são credenciadas pelo conhecimento daqueles da cultura organizacional, o que por si só constitui uma das principais vantagens que justificam o crescente avanço da ação dos mediadores organizacionais (IBIDEM).

No contexto das organizações (intra-organizacional), os conflitos, via de regra, podem ser de dois tipos (SCHABBEL, 1996):

“1- Conflitos que buscam uma resposta à pergunta “o que é...”, ou seja, conflitos referentes ao questionamento de regras, regulamentos, procedimentos ou operações que existem dentro da organização e que surgem em virtude de problemas referentes à interpretação, implementação ou execução dos mesmos; e

2- Conflitos que pretendem responder a questões do tipo “como poderia ser...”, ou seja, a criação de novas metodologias ou alteração das metodologias existentes, procedimentos, operações, contratos ou sistemas” (DEUTSCH, 1973).

A escolha do adequado procedimento ou método de resolução dos conflitos depende da natureza da disputa e da natureza das relações das partes. Ou seja, para cada tipo de disputa deve ser escolhido um método ou procedimento para sua solução.

Os estudos dos diferentes sistemas organizacionais, estruturas e tipos de conflitos por Elangovan (APUD SCHABBEL (1996) conclui que dois tipos de disputas se destacam no ambiente organizacional: primeiro, as disputas relativas a privilégios ou interpretativas que “buscam um acordo para a correta interpretação ou implementação de regulamentos e normas”. Por exemplo, uma disputa entre gerentes pelo ressarcimento de despesas. Segundo, as disputas relativas a interesses ou mudanças alicerçadas em “valores, normas e objetivos” e que exigem mudanças do *status quo*.

É o caso de uma disputa sobre o valor máximo ou mínimo de uma indenização ou ressarcimento. Schabbel (1996) apresenta

“um modelo de atuação para gestores e administradores na solução de disputas intraorganizacionais que tem como pressupostos: a hierarquia organizacional, a cultura organizacional, a supremacia dos melhores interesses da empresa em face dos interesses pessoais das partes envolvidas e a motivação das partes.”

A mediação de conflitos nas organizações contemporâneas constitui uma importante ferramenta de gestão para otimizar, bem assim, fortalecer e aperfeiçoar, além das suas relações humanas, a resolução de questões como redução de custos, 40celeridade de processos, otimização de resultados operacionais e financeiros, absenteísmos e outras que permeiam o cotidiano organizacional, liberando e desobstruindo para que alcance suas metas e objetivos.

4 A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE GESTÃO: PERSPECTIVA INTER E INTRAGOVERNAMENTAL

O estudo da gestão governamental por intermédio de instrumentos de gestão tem se tornado relevante na medida em que se constata que as tecnologias materiais de governo têm ocupado papel de destaque em relação às teorias clássicas em que o foco estaria na soberania e legitimidade dos governantes. Nesse sentido, os instrumentos de gestão e seus dispositivos encarnariam uma racionalidade legal formal de desenvolvimento da sociedade atual, por oposto, aos modelos clássicos em que a centralidade estaria na figura do governante e na sua capacidade de exercer sua legitimidade e fortalecer a soberania do país.

Esse deslocamento pode ser considerado relevante no quadro das transformações tecnológicas nos processos de globalização e no aumento crescente da complexidade dos procedimentos de gestão.

Nesta pesquisa, como já afirmado anteriormente, pretende-se compreender como alguns dispositivos de gestão, em particular a mediação, podem contribuir para a melhoria da gestão pública, em particular para a gestão inter e intragovernamental, ou seja, o foco desta pesquisa está nas relações Estado-Estado.

Os instrumentos de gestão, muitas vezes, quando estudados sob a perspectiva do funcionalismo, são considerados como uma perspectiva secundária ou marginal em relação a outras variáveis, tais como instituições, interesses ou crença de atores (SABATIER, 1999). De acordo com Lascoumes & Les Galès (2006, p. 272) a orientação funcionalista da análise dos instrumentos de gestão está marcada por cinco postulados:

1. A ação pública está fundamentalmente concebida no interior de um senso pragmático, como uma simples *démarche* político-técnica de resolução dos problemas via instrumentos;

2. Os instrumentos são tomados como algo natural que estão sempre à disposição, ou seja, não surgem da perspectiva de melhor adequação aos objetivos propostos;
3. Os instrumentos devem ser considerados como algo que deva ter correspondência e pertinência entre os instrumentos e a avaliação dos efeitos por eles criados;
4. As ferramentas clássicas possuem lacunas e os instrumentos são utilizados como uma maneira de oferecer uma alternativa aos instrumentos habituais (planificação, esquema de organização e outros);
5. As análises são realizadas por ponto de partida, seja a importância das redes de ação pública específicas, seja a autonomia de subsectores da sociedade, mas eles convergem ao fazer da escolha e combinação dos instrumentos uma questão central para uma ação pública concebida em termos de gestão de redes. Esse procedimento se distancia das questões clássicas colocadas pela sociologia política.

Para Lascoumes & Les Galès (2006) esses postulados podem ser excedidos na medida em que se rompe com a perspectiva de que os instrumentos são neutros e não se reduzem à pura técnica.

Importante compreender é que, ao escolher um instrumento em detrimento de outro, tem-se um resultado distinto, mesmo que os objetivos metas propostos sejam os mesmos. Ou seja, os instrumentos de gestão estruturam a ação pública segundo sua própria lógica de funcionamento. Uma vez colocados em prática produzem efeitos originais e muitas vezes inesperados. Essa será a primeira dimensão da análise do nosso recorte empírico.

A análise da gestão por intermédio dos instrumentos pressupõe que o conceito de eficiência organizacional esteja intimamente relacionado à existência de adequados instrumentos de gestão, capazes de subsidiar as decisões e ações administrativas. Sob a perspectiva de Lascoumes & Lês Galès os instrumentos possibilitam determinar quais recursos podem ser utilizados e por quem. Para eles os instrumentos são como instituições sociais, permitem estabilizar as formas de ação coletiva, na medida em que define a ação dos atores. Os instrumentos permitem diferenciar os objetivos das reformas, os instrumentos preconizados, sua utilização e os parâmetros adotados.

Para Bruno Jobert (1994) a mudança das políticas públicas tem passado muito mais pelo controle das receitas do que por suas grandes finalidades, qual seja, a realização de direitos na forma de serviços.

A escolha de determinados instrumentos de detrimientos de outros e sua operacionalização, não se resume a uma mera escolha técnica, mas apresenta a escolha de caminhos de desenvolvimento de políticas públicas, determinando suas características, finalidades e objetivos, em suma, trata-se de escolhas políticas.

Além de demonstrarem essas escolhas, os instrumentos de gestão induzem efeitos específicos para além daqueles programados ou esperados pelos gestores que o conceberam, ou seja, ao serem colocados em ação agregam representações específicas de determinadas realidades e também problematizam particularmente algumas questões.

Nessa medida, os instrumentos de gestão nos servem para relacionar as transformações que se operam intra-órgãos da Administração Federal e a partir dessa detecção será possível identificar fenômenos que se operam internamente ao Estado brasileiro, os quais podemos denominar de ações de recomposição do Estado.

Sociologicamente, poderíamos afirmar, de acordo com Durkheim (2010), que as ações de conciliação ultrapassariam o limite da solução de conflitos e rumariam para a recomposição do tecido social, ou seja, seria um instrumento de coesão social, na medida que a instauração de processos judiciais de lenta tramitação poderia provocar situações de anomia.

Lascoumes & Les Galès (2004) consideram os instrumentos como dispositivos cada vez mais técnicos e sociais, organizadores das relações sociais específicas entre o poder público e seus destinatários em função das representações e significações do qual eles são portadores.

No caso em tela refletimos sobre questões intraestatais, contudo, percebe-se que a própria criação da CCAF demonstra a disposição de interferência direta na organização e nas relações sociais na medida em que suas ações têm rebatimento direto na implementação de políticas públicas.

Ainda segundo nossos autores, os instrumentos são construtos sociais e políticos, são portadores da noção de “transformações cumulativas”. Ou seja, a partir dos instrumentos adotados pode-se identificar falhas e pontos positivos para serem incorporados ou refletidos na implementação de políticas públicas. Essa percepção pode se tangibilizar na medida em que se percebe um aumento na busca de soluções por intermédio da ação extrajudicial, menos custosa para o Erário e mais célere.

4.1. Mediação e arbitragem como instrumento de gestão

A eficiência organizacional está intimamente relacionada à existência de adequados instrumentos de gestão, capazes de subsidiar as decisões e ações administrativas. Segundo Lascoumes & Les Galès, não analisar a ação pública por intermédio de seus instrumentos significa se privar de elementos de compreensão particularmente pertinentes (2004).

Segundo esses autores há uma lacuna nas abordagens da análise da ação pública. A escolha dos instrumentos para a ação pública (IAP) e o modos como são operacionalizados não se reduzem a uma simples escolha técnica. Segundo essa abordagem os instrumentos são demonstrações d escolhas de caminhos para o desenvolvimento de políticas públicas, suas características, finalidades e objetivos, são escolhas políticas. Além d demonstrarem essas escolhas os IAPs induzem efeitos específicos para ale daqueles programados ou esperados pelos gestores que o conceberam, o seja, ao serem colocados em ação agregam representações específicas de determinadas realidades e também problematizam particularmente algumas questões.

Neste artigo não se pode buscar compreender a própria CCAF como um instrumento de gestão, vez que demandaria análise mais aprofundada dos instrumentos de ação pública utilizados pelos mediadores quando da resolução de conflitos e controvérsias no âmbito da Câmara de Conciliação e Arbitragem.

Mas vale dizer que, os IAPs servem pra relacionar as transformações que se operam intra-órgãos da Administração Federal e a partir dessa detecção será possível identificar fenômenos que se operam internamente ao Estado brasileiro, os quais podemos denominar de ações de recomposição do Estado.

Sociologicamente, poderíamos afirmar, de acordo com Durkheim, que as ações de conciliação ultrapassariam o limite da solução de conflitos e rumariam para a recomposição do tecido social, ou seja, seria um instrumento de coesão social, na medida em que a instauração do conflito poderia trazer situações de anomia.

4.2 Processos de mediação no contexto da complexidade da gestão pública

Governança supõe uma capacidade de coordenação do Estado que integre “as diferentes áreas de governo, de forma a garantir a coerência e consistência das políticas governamentais” e

acrescenta que “coordenação significa submeter a lógica dos interesses em jogo a um sistema integrado capaz de compatibilizar as diferentes visões” (Diniz, 1995, p. 402). Essa percepção nos leva a propor o acréscimo da preposição “do” entre os termos serviço e servidor público, propomos serviço do público e servidor do público.

Percebemos que essa inclusão não se atém a uma mera formalidade, mas estabelece uma ponte entre a ação do funcionário público enquanto servidor público investido de poder para encaminhar os negócios públicos, mas mantém a responsabilidade com os interesses coletivos. O estabelecimento desse vínculo interno traz uma percepção já apontada por Hannah Arendt (2004) em que duas condições devem estar presentes para que haja responsabilidade coletiva:

“Devo ser considerado responsável por algo que não fiz, e a razão para minha responsabilidade deve ser o fato de eu pertencer a um grupo (a um coletivo), o que nenhum ato voluntário meu pode dissolver, isto é, o meu pertencer ao grupo é completamente diferente de uma parceria de negócios que posso dissolver quando quiser” (ARENDRT, 2004, p. 216).

Essa linha de análise estabelece possibilidades de emersão da cultura de pacificação preconizada pela CCAF, pois ao mesmo tempo em que amplia a governança, ou seja, age em nível estatal, age também diretamente no estabelecimento de uma nova postura entre os funcionários público envolvidos na solução de controvérsias e conflitos. Esses passam a agir norteados por uma responsabilidade coletiva, da qual não podem se desfazer.

Assim, pode-se dizer que o funcionalismo público utilizaria a sua estabilidade não como forma de segurança privada, de que não seria demitido quando da troca de governos, mas que essa se torna um laço indissolúvel de seu pertencimento a uma comunidade, a comunidade de funcionários públicos, que

por sua vez se liga ética e moralmente a um comportamento de cidadania ativa.

Arendt (2004) ressalta que perceber a responsabilidade coletiva como um fardo, carga ou até mesmo punição é um equívoco, pois o preço pago pela não-responsabilização é extremamente mais elevado. Esse raciocínio a leva a dois pontos distintos, a responsabilidade coletiva é um tipo de responsabilidade política; a culpa moral ou legal é uma ação individual. Para ela as considerações morais e políticas muitas vezes entram em conflito e no caso de se traçar uma linha divisória entre as duas a ação do indivíduo estaria delimitada nos níveis individual e coletivo. Deslocando essa análise para ações de melhoria da gestão pública poderíamos

considerar a protelação de decisões ou de acordos como uma das medidas em que a responsabilidade coletiva poderia ser acionada para determinar mecanismos em que a celeridade e a satisfação orientariam a ação dos servidores do público.

Por oportuno, faz-se importante frisar que a CCAF mesmo não atendendo diretamente a população, pois tem seu espaço privilegiado de ação entre órgãos estatais, entendemos que a análise dessa Comissão é de fundamental importância para visualizarmos a gestão pública no que concerne a solução de conflitos e controvérsias. Importante frisar que na década de 1990, havia um consistente debate enfatizando a *ingovernabilidade* como um “símbolo da falta de competência do País para lidar com seus problemas, emitindo sinais de que nossos líderes e nossas instituições estariam aquém de nossas presentes necessidades” (DINIZ, 1995, p. 388). Hoje, a olhar pelo desempenho nacional, tanto interna como externamente, percebe-se que esse debate não foi de todo superado, mas que atualmente se reveste de nova roupagem. Nesse sentido, esse artigo lança luzes sobre a atuação da CCAF para compreender como medidas alternativas podem aumentar a eficácia do governo na condução dos negócios públicos e contribuir para a melhoria da gestão e ampliar a governança.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do desenvolvimento deste artigo, foi possível constatar que existe uma competitividade intragovernamental que se traduz em um alto índice de litigância entre a União e seus entes (Estados, Municípios e Autarquias) e vice-versa.

Muito se tem estudado acerca da relação entre Estado e Sociedade, mas pouco se tem estudado acerca das relações entre *intra* Estado sob a perspectiva da Administração e da Gestão Social.

Ainda é necessário, portanto, lançar luzes mais intensas sobre a litigância intragovernamental, a fim de se constatar a responsabilidade do Estado como demandante.

Através deste recorte empírico, destacou-se a experiência da CCAF como uma possibilidade de enfrentar esse alto índice de litigância, já percebido pelo próprio judiciário como um problema de gestão.

Em virtude desta comprovação e entendendo ser a mediação e a arbitragem um caminho profícuo para a solução de conflitos e controvérsias, órgãos em litígio têm se deslocado para a solução de conflitos por intermédio da via extrajudicial, ou seja, pela via administrativa.

Nas Metas do Centenário – documento elaborado pela Presidência da República em 2010 – a CCAF é apresentada, de fato, como instrumento de gestão estratégico, com a finalidade de reduzir litígios e racionalizar a atuação dos advogados públicos federais.

A prática da mediação, no âmbito da CCAF, vem ainda contribuir com outro ponto de extrema relevância, qual seja a implementação fática do paradigma da pacificação.

Diante deste complexo cenário, há certeza quanto a um aspecto: a solução de controvérsias e conflitos intraestatais fora do Judiciário já é uma realidade no Brasil, e tem se constituído instrumento de gestão, em colaboração à Justiça e ao pleno funcionamento da Administração Pública. Sua implementação tem se dado no sentido de ampliar a capacidade, particularmente dos Advogados Públicos, de solucionar conflitos sem fazer recair sobre o Judiciário, matérias, muitas vezes, dirimidas com celeridade na via administrativa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. **As Metas do centenário**. Disponível em: <http://www.sae.gov.br/brasil2022/?p=341>. Acessado em 07 de novembro de 2010.

_____. **Cartilha da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Pública Federal – CCAF**. 3ª edição. 2012. Disponível em: www.agu.gov.br/page/download/index/id/16042687. Acessado em julho de 2012.

_____. **Relatório de Gestão 2012**. Escola da Advocacia Geral da União. Disponível em: http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTexto.aspx?idConteudo=74700&id_site=1105 >. Acessado em fevereiro de 2013.

ALEMÃO, Ivan e SOARES, José Luis. **Pressão por conciliação dificulta acesso à Justiça**. In: Revista Consultor Jurídico, em 25 de novembro de 2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-nov-25/pressao-conciliacao-revela-chicane-acesso-justica-trabalho?pagina=3>. Acessado em janeiro de 2014.

ALMEIDA, Vicente de Paulo. **Ativismo Judicial**. Jus Navigandi, 2011. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/19512/ativismo-judicial>. Acesso em março de 2014.

ARENDDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 10ª Edição, 2004.

BOMFIM, A. P. R.; MENEZES, H. M. F. **MESCS – Manual de Mediação, Conciliação e Arbitragem**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BOURDIEU, Pierre. **A distinção: crítica social do julgamento**. São Paulo: Edusp; Porto Alegre: Zouk, 2007.

BRASIL. **Código de Processo Civil**, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm. Acessado em agosto de 2010.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acessado em maio de 2013.

_____. **Lei nº 9.958, de 12 de janeiro de 2000**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19958.htm. Acessado em março de 2010.

_____. **Lei nº 5.478, de 25 de junho de 1968**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15478.htm. Acessado em março de 2010.

_____. **Lei 9.307, 23 de setembro de 1996**, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acessado em março de 2010.

_____. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm. Acessado em março de 2010.

_____. **Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110259.htm. Acessado em março de 2010.

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **100 maiores litigantes**. 2011. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf. Acessado em setembro de 2013.

_____. **Relatório Justiça em Números**. Edição de 2014. Ano-base 2013. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/relatorio-justica-em-numeros/#p=justicaemnumeros>. Acessado em setembro de 2014.

CONSULTOR JURÍDICO. **União desiste de mil processos no TST**. 10 de outubro de 2011. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-out-10/uniao-desiste-mil-processos-tramitacao-tst>. Acessado em março 2013.

COSTA, Alexandre Araújo. **Métodos de composição de conflitos: mediação, conciliação, arbitragem e adjudicação**. In: AZEVEDO, André Gomma de (org.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Vol. 3. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004.

DRUCKER, Peter. **Inovação e Espírito Empreendedor: Práticas e Princípios**. 5ª ed. São Paulo: Thompson Pioneira, 1998.

_____. **Desafios Gerenciais para o Século XXI**. São Paulo: Pioneira Thompson Learning, 2001.

_____. **A tentação de fazer o bem**. Rio de Janeiro: Rocco, 1996.

EBC. **INSS lidera lista do CNJ com os maiores litigantes do país**. Disponível em: <http://www.ebc.com.br/2012/10/inss-lidera-lista-do-cnj-com-os-maiores-litigantes-do-pais>. Acessado em fevereiro de 2014.

FREIRE, Tatiana. **Número de processos baixados cresce 9,3% em cinco anos, mas não alcança demanda**. Agência CNJ de Notícias. 23.09.2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/29705-numero-de-processos-baixados-cresce-93-em-cinco-anos-mas-nao-alcanca-demanda>. Acessado em outubro de 2014.

LASCOUMES, Pierre & LE GALÉS, Patrick. **Gouverner par les instruments**. Paris, Presses de Sciences Po, Collection Académique, 2004.

MAGNO, Rodrigo Cardoso. **Mediação na administração pública e sua aplicação no direito brasileiro analisada à luz da experiência internacional**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/25947/mediacao-na-administracao-publica-e-sua-aplicacao-no->

direito-brasileiro-analisada-a-luz-da-experiencia-internacional/2#ixzz2tsyOqNEq. Acessado em fevereiro de 2014.

MATIAS-PEREIRA, José. **Curso de administração pública: foco nas instituições e ações governamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **Manual de gestão pública contemporânea**. São Paulo: Atlas, 2008.

MELLO, Marco Aurélio de. **País vive instabilidade normativa**. In: Revista Consultor Jurídico, 10 de agosto de 2000. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2000-ago-10/instabilidade_normativa_medidas_provisorias. Acessado em: agosto 2010.

RIBEIRO, Diego Coelho Antunes. **O ativismo judicial como mecanismo de garantia do direito à saúde**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 113, maio 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13281&revista_caderno=9>. Acesso em outubro de 2013.

RUA, Maria das Graças. **Análise de Política Públicas: Conceitos Básicos**. In: RUA, Maria das Graças & CARVALHO, Maria Izabel. O Estudo da Política: Tópicos Seleccionados. Brasília: Paralelo 15, 1998. p. 231-260. Disponível em: <http://vsites.unb.br/ceam/webceam/nucleos/omni/observa/downloads/pol_publicas.PDF>. Acesso em 06 de novembro de 2010.

SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e Prática da Mediação de Conflitos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999, p. 108.

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER, Theobaldo. (Org.). *Mediação enquanto política pública: a teoria, a prática e o projeto de lei*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2010. E-book disponível em: < <http://www.unisc.br/portal/pt/editora/e-books/95/mediacao-enquanto-politica-publica-a-teoria-a-pratica-e-o-projeto-de-lei-.html>>.

SIMMEL, Georg. **A natureza sociológica do conflito**. In: MORAES, Filho Evaristo (org.), *Simmel*. São Paulo, Ática, 1983.

WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001.

_____. **A mediação e a Previdência Social**. In: MONTEIRO, Meire Lúcia Gomes. *Introdução ao Direito da Previdência*. São Paulo: LTR, 1988.

A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO PELO JUDICIÁRIO: RISCOS E POTENCIALIDADES

THE MEDIATION'S INSTITUTIONALIZATION BY THE JUDICIARY: RISKS AND PONTENTIALS

Stela Tannure Leal¹

SUMÁRIO: Introdução; 1 Panorama da implantação dos CEJUSC's no estado do Rio de Janeiro; 2 Aspectos positivos da institucionalização; 3 Riscos da institucionalização; Considerações finais; Referências bibliográficas.

RESUMO

A Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça iniciou um movimento de institucionalização da mediação no ambiente do Poder Judiciário, através da chamada “Política Pública de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses”. Um dos objetivos centrais de referida política pública é a implantação de “Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania” (CEJUSC's), que funcionariam como espaços reservados à prática da conciliação e da mediação.

Pretende-se expor brevemente o contexto atual de implantação dos CEJUSC's no estado do Rio de Janeiro, através da apresentação de dados empíricos, colhidos em visitas aos CEJUSC's da Capital, Leblon, Três Rios e Petrópolis. Tais informações também permitem a reflexão sobre alguns dos riscos implícitos a este processo de institucionalização: em especial, o comportamento que considera as atividades do CEJUSC como uma atuação servil ao Poder Judiciário, e não ao conflito. Nota-se que esta mentalidade pode conduzir a uma deturpação de finalidades e até mesmo à perda de identidade dos Meios Alternativos de Solução de Conflitos (MASC) inseridos no Poder Judiciário, relegando-os a uma condição hierarquizada diante do processo judicial, como “prestação de segunda classe”.

PALAVRAS-CHAVE: mediação; Poder Judiciário; políticas públicas.

ABSTRACT

The Brazilian National Council of Justice's Resolution 125/2010 had put forward the mediation's institutionalization in the Judiciary's environment, by a public policy to an appropriate treatment for the interest's conflicts. One of its goals is the implantation of Judiciary Centers for Conflicts Resolutions and Citizenship (in Portuguese acronym, CEJUSC), spaces intended for mediation and conciliation practices.

¹ Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (PPGSD-UFF), na linha de pesquisa “Acesso à justiça e crítica das instituições político-jurídicas”. Bolsista CAPES. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Integrante do Laboratório Fluminense de Estudos Processuais (LAFEP-UFF).

This work seeks to expose the CEJUSC's context of implantation in Rio de Janeiro state, by exposing empirical data, gathered in visits at Rio de Janeiro, Leblon, Três Rios and Petrópolis' CEJUSC's. The informations also allow thoughts about some implicit risks of this institutionalization process: specially the behavior which believes that the CEJUSC's activities are subservient to the Judiciary, but not to conflicts. This research notices that this thinking can misrepresentate or even remove the idiosyncrasy of the ADR related to the Courts, minimizing them in face of the Court's others processes, like a "second class provision".

KEYWORDS: mediation; Judiciary; public policies.

INTRODUÇÃO

Há muito se fala na chamada *crise do Judiciário*. Segundo Fabiana Marion Spengler, ela estaria relacionada a fatores de identidade do Poder Judiciário – em vista de um embaçamento dos limites de sua atuação – assim como a problemas de eficiência – diante do tratamento caótico e insuficiente da demanda conflituosa apresentada pela comunidade (SPENGLER, 2014).

Neste contexto, o Poder Judiciário tenta diversificar sua atuação pela aproximação com outras formas de tratamento dos conflitos que não a solução imposta pelo magistrado, através de políticas que envolvem, prioritariamente, a conciliação e a mediação. A institucionalização desta última será o enfoque deste trabalho, em que, através da observação do tratamento dispensado atualmente à mediação pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, tentamos apontar pontos positivos e negativos acerca deste processo, assim como algumas sugestões.

Importante delimitar que, neste estudo, entende-se por institucionalização da mediação o processo de implementação de espaços reservados à prática deste MASC no Poder Judiciário, o que compreende sua instituição pela Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o modelo de Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC), o processo de implementação de área física e a destinação de recursos humanos e financeiros para este fim.

A metodologia utilizada envolve técnicas típicas da pesquisa social. Além de pesquisa bibliográfica, também serão abordados dados coletados em entrevistas não estruturadas com magistrados envolvidos com a temática da mediação no Tribunal, desidentificados para

proteção de suas opiniões e renomeados através do alfabeto fonético da OTAN ², pela ordem cronológica das entrevistas realizadas. Frise-se que, dos sete magistrados entrevistados constantes neste trabalho, três atuam somente em Varas de Família (Juízes Alfa, Bravo e Charlie); nestes casos, as entrevistas versaram sobre suas relações com o CEJUSC da localidade. Os quatro entrevistados restantes atuam em coordenação de CEJUSC's no estado do Rio de Janeiro (Juízes Delta, Echo, Foxtrot e Golf), em paralelo às funções de titularidade em Vara de Família (Juiz Echo), Vara Cível (Juiz Golf) ou Juizados Especiais (Juízes Delta e Foxtrot).³ Nestes casos, as entrevistas versaram sobre suas atividades de coordenação, características do CEJUSC da localidade e opiniões sobre o andamento do processo de institucionalização da mediação e seus reflexos.

1 PANORAMA DA IMPLANTAÇÃO DOS CEJUSC'S NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O contexto de institucionalização da mediação no *locus* do Poder Judiciário – como já mencionado anteriormente – foi impulsionado pela Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça.

Referida Resolução considerou a necessidade de adequação das formas de solução às particularidades do conflito apresentado, e, incentivando a estruturação do Judiciário brasileiro como um sistema *multiportas*, estruturou a chamada “Política Pública de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses”, com a finalidade de promover a mediação e a conciliação, conferindo aos tribunais a instalação de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC's), no inciso IV de seu art. 7º.

No Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJ-RJ) foi criado um Centro de Mediação na Comarca da Capital em 10 de dezembro de 2009, pelo Ato Executivo nº 5555/2009 – ou seja, antes mesmo da promulgação da resolução em comento –, que possuía

² A escolha do alfabeto fonético da OTAN se deu em virtude de melhor identificação das opiniões de cada magistrado no decorrer do trabalho, o que poderia restar comprometido com a utilização de números. O alfabeto fonético da OTAN está disponível na íntegra em http://pt.wikipedia.org/wiki/Alfabeto_fon%C3%A9tico_da_OTAN. Acesso em 29 de setembro de 2014.

³ Ressalte-se que os juízes Delta e Golf atuaram em Varas de Família em momentos anteriores. Delta, inclusive, começou suas atividades de coordenação do CEJUSC quando ainda desempenhava este trabalho. Somente o juiz Foxtrot, titular de Juizado Criminal, aparentemente nunca atuou em Vara de Família.

atribuição exclusiva para solução de conflitos familiares. Posteriormente, estas atribuições foram encampadas pelo Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania, estruturado em modelo que atende aos requisitos da Resolução 125/2010 do CNJ.

Em seguida, CEJUSC's foram gradativamente sendo instalados em outras localidades. Atualmente, a região metropolitana do Rio de Janeiro conta com quinze CEJUSC's em funcionamento⁴ – Bangu, Barra, Belford Roxo, Capital, Jacarepaguá, Leblon, Leopoldina, Madureira, Méier, Niterói, Nova Iguaçu, Santa Cruz, São Gonçalo e São João de Meriti – , e quatro CEJUSC's no interior do estado – Nova Friburgo, Petrópolis, Três Rios e Volta Redonda.

A meta atual do Tribunal é disseminar a criação dos Centros no interior, prioritariamente, nas comarcas com mais de 500 mil habitantes, ainda que se perceba que a ordem de implementação não obedeça, necessariamente, a este critério, podendo variar de acordo com fatores externos, tais como, por exemplo, o interesse dos serventuários da localidade pela capacitação em mediação.⁵

2 ASPECTOS POSITIVOS DA INSTITUCIONALIZAÇÃO

A institucionalização da mediação pelo Poder Judiciário, apesar de sofrer severas – e, muitas das vezes, pertinentes – críticas da doutrina, possui alguns aspectos positivos que devem ser destacados como diretrizes para reflexão e amadurecimento deste processo de aproximação entre MASC e Judiciário.

Daniela Gabbay aponta, baseada em Frank Sander, que o Judiciário se apresenta como um “repositório de conflitos”, isto é, existe uma situação cultural favorável à condução dos conflitos ao Judiciário para sua solução. Neste contexto, o oferecimento de métodos diferenciados para abordagem e tratamento das questões conflituosas teria maior impacto

⁴ Segundo informação constante do *site* do Tribunal, os CEJUSC's de Campo Grande e Pavuna estariam atualmente desativados. Disponível em <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/institucional/mediacao/cejusc/lista-centros-mediacao>. Acesso em 27 de setembro de 2014.

⁵ O exemplo citado ocorreu no CEJUSC Três Rios: ainda que a organização judiciária da comarca não seja complexa, contando com apenas uma Vara de Família, os serventuários demonstraram interesse pela temática da mediação, assim como pela capacitação do Tribunal, o que possibilitou a implantação do Centro.

quanto mais próximo estivesse dos locais em que se concentram as demandas, uma vez que existiriam oportunidades mais concretas de abordagem de conflitos.⁶

Sander entende que muito embora não haja uma relação necessária entre os meios de solução de conflitos e o Judiciário, como a Corte é um repositório de conflitos, haveria uma atração natural a esse ambiente institucional para o processamento de casos via ADR. *Assim como o ladrão vai ao banco porque é o lugar onde há dinheiro, a mediação vai ao Judiciário porque esse é o lugar onde há casos e conflitos.* (GABBAY, 2013, p. 63-64)(grifo nosso)

Assim, a divulgação do tratamento de conflitos de forma mais adequada às suas particularidades seria facilitada pela aproximação entre MASCE e o Judiciário, possibilitando, também, um direcionamento mais pormenorizado de futuros conflitos.

Deste raciocínio deriva-se um segundo aspecto: sendo o Judiciário um polo de solução de conflitos, poder-se-ia dizer que existe um sentimento generalizado de confiança da comunidade neste órgão. Assim, sendo este ambiente o promotor de uma política diferenciada de solução de conflitos, esta política seria positivamente impactada pelos efeitos positivos deste sentimento de credibilidade.

Contudo, é necessário realizar uma ressalva a este respeito, porque talvez o sentimento de confiança no Poder Judiciário não seja tão intenso quanto se imagina no senso comum. O relatório ICJBrasil (Índice de Confiança na Justiça), realizado pela Fundação Getúlio Vargas, no período compreendido entre o 2º trimestre de 2013 e o 1º trimestre de 2014,⁷ aponta que 68% dos entrevistados não confiam no Poder Judiciário.⁸ Assim, dever-se-ia questionar se a credibilidade dos CEJUSC's não ficaria comprometida diante da imagem de Judiciário disseminada entre a população.

Em verdade, num exercício de futurologia, pode ocorrer um fenômeno inverso ao previsto – caso as atividades dos CEJUSC's consigam ser desempenhadas com a qualidade esperada, a institucionalização da mediação no Judiciário pode contribuir para a melhoria de sua

⁶ “ ”

⁷ Acerca da metodologia aplicada para a elaboração dos índices, “é composto por dois sub-índices: (i) um índice de percepção, pelo qual é medida a opinião da população sobre a Justiça e a forma como ela presta o serviço público; e (ii) um sub-índice de comportamento, por meio do qual procuramos identificar a atitude da população, se ela recorre ao Judiciário para solucionar determinados conflitos ou não”.(CUNHA, 2014, p. 04).

⁸ “Comparando-se a confiabilidade no Poder Judiciário com a confiabilidade nas outras instituições, o resultado não foi muito positivo, uma vez que o Judiciário foi considerado uma das instituições menos confiáveis, ficando a frente de 4 entre as 11 instituições pesquisadas. São elas: os Partidos Políticos, o Congresso Nacional, o Governo Federal e as Emissoras de TV. De acordo com os entrevistados, o Judiciário foi considerado uma instituição menos confiável do que a Polícia, as Grandes Empresas, a Imprensa Escrita, o Ministério Público, a Igreja Católica e as Forças Armadas, esta sempre apontada como a instituição mais confiável.” (CUNHA, 2014, p. 15).

confiabilidade. Isso ocorreria em virtude de um sentimento de satisfação com os resultados alcançados, como enuncia Daniela Gabbay:

Em geral, a avaliação da justiça do processo e da satisfação com os resultados alcançados estão pouco relacionadas com o resultado objetivo, com os custos e a demora. Ao invés disso, a avaliação parece ser determinada mais pelas percepções dos litigantes sobre a justiça processual e suas expectativas sobre o resultado.

Assim, os litigantes teriam mais satisfação com processos nos quais se veem com oportunidade de dar voz ao seu prejuízo, de fazer defesas, e de serem tratados com dignidade, tendo suas demandas ouvidas e avaliadas por terceiros imparciais. (GABBAY, 2013, p. 72)

Destarte, vislumbra-se um terceiro aspecto favorável para a institucionalização da mediação pelo Judiciário – a viabilização de novo sentido de acesso à justiça, numa perspectiva dinâmica em que os atores do conflito são empoderados para que participem da busca pela solução mais adequada – o que também pode ser visto como uma manifestação democrático-participativa. Em outras palavras,

Nos casos em que a mediação de fato acontece, instaura-se um novo arranjo dos atores do processo (...) Nessa nova configuração pode acontecer a soma dos saberes da vida e da lei, configuração que favorece o empoderamento e a corresponsabilização dos cidadãos que procuram o Judiciário. (CAPPANARI, CATÃO, CRONEMBERGER, 2012, p. 76)

Fala-se, também, na possibilidade de definição mais clara acerca dos limites da atuação da jurisdição para o tratamento de conflitos, numa perspectiva pedagógica, projetando uma mudança comportamental para o futuro, de forma que a solução jurisdicional clássica não se apresente como a única possível. Este aspecto nos parece o mais relevante, exatamente porque envolve a transformação de mentalidades dos atores envolvidos na jurisdição.⁹

Contudo, é necessário ressaltar que este objetivo também é o mais custoso de ser alcançado, em virtude de uma reação encadeada de resistências a métodos de trabalho diferentes da jurisdição clássica por parte dos atores envolvidos.

A cadeia de concepções viciadas acerca da mediação se inicia no próprio magistrado, que resiste em encaminhar casos para a mediação em virtude de sua concepção de juiz-polivalente, capaz de solucionar quaisquer impasses dentro das atividades realizadas no interior da Vara, contando, no máximo, com o suporte de uma equipe técnica treinada por ele

⁹ Neste sentido, Daniela Gabbay: “A institucionalização precisa considerar mais do que a mera criação e implementação de programas de mediação pelo Judiciário, mas também uma mudança de mentalidade dos juízes, advogados e partes para que eles passem a sistematicamente incluir os meios alternativos de solução de conflitos em suas rotinas profissionais”. (GABBAY, 2013, p. 66)

mesmo. O juiz Bravo relata que também se utiliza das técnicas de mediação, demonstrando a polivalência mencionada: “eu, particularmente, também aplico a mediação nas minhas audiências e vem ajudando muito...”¹⁰

O advogado, por sua vez, resiste em permitir a participação de seu cliente em mediação por conta de um “temor concorrencial”, que pode ser, em grande parte, motivado por uma insuficiência do ensino jurídico, que prepara profissionais adstritos a métodos adversariais de tratamento de controvérsias, de modo que ele não consegue notar que também possui espaço no âmbito da mediação.¹¹⁻¹² O juiz Echo discorre sobre este sentimento de concorrência: “isso é difícil para o advogado, porque olha o que ele pensa: ele cobra por petição, por audiência, por recurso...então, se a gente tira isso tudo dele, é como se tirasse trabalho dele!”

Ao contrário – talvez por suas diretrizes de atuação – a Defensoria Pública é considerada uma instituição parceira da institucionalização da mediação pelo Juiz Echo. Quando perguntado se a Defensoria parecia mais aberta à mediação que a advocacia privada, sua resposta foi: “muito mais...a Defensoria entendeu aquilo como uma ajuda, e não como uma concorrência”.

Como último elo desta cadeia, nota-se que, algumas vezes, a parte não consegue se envolver plenamente na mediação, criando impasses ao seu desenvolvimento. Dentre outros fatores, isso também pode ser explicado porque ela não se sente suficientemente incentivada pelos demais atores do processo para abandonar a zona de conforto da decisão impositiva.¹³ Neste sentido, o juiz Foxtrot diz observar uma tendência deletéria de comportamento entre as partes:

¹⁰ O juiz Golf descreve as atividades de um colega de magistratura de forma natural, como se a centralização fosse um traço de temperamento: “É complicado porque tem um juiz de Família aqui, posso falar até porque é meu amigo pessoal, que é muito bom de conciliação. Ele gosta de fazer, fica até 10 horas da noite se precisar, então ele tem uma certa dificuldade em remeter os casos, em delegar mesmo. Porque ele faz e faz bem...ele é paciente, tem a colocação no momento certo. Óbvio que a gente faz a conciliação como juiz: o mesmo cara que concilia é aquele que vai mandar prender porque não pagou a pensão...então é meio incompatível [*risos*], mas ele faz e faz muito bem. Então ele manda muito pouco. (...)Na verdade, eu acho que ele [*o magistrado que remete menos casos*] é mais persistente...mais paciente e mais persistente. Talvez ele [*o juiz que remete mais casos*] seja menos persistente...isso é uma concepção de juiz: a gente tem um momento que precisa saber parar.”

¹¹ Dentre os juízes que exercem atividades de coordenação de CEJUSC, somente Delta não coloca a postura dos advogados como um obstáculo à mediação. Todavia, aponta que eles raramente propõem a mediação para um caso: “Como a maior parte dos processos era de questões de família, eles não fazem oposição, até porque só é remetido aquele processo quando os advogados concordam. Dificilmente vem um pedido de advogado para que o processo seja encaminhado para mediação.”

¹² O juiz Golf afirma que a postura adversarial desfavorece até mesmo o diálogo em audiência: “Sobre o desestímulo, até já tem alguns advogados que são folclóricos. A gente se prepara porque sabe que é briga na certa, ele nem deixa o cliente participar, vai segurar...e eu já tive a oportunidade de falar em audiência: naquela situação de disputa, eu falei ‘olha, percebam que essa é uma questão entre vocês: os advogados vão voltar para os seus escritórios e cuidar de outros assuntos, e quem vai lidar com esse problema são vocês’.”

¹³ Neste sentido é a fala do juiz Golf: “As pessoas vêm para a audiência com a expectativa de que a questão saia daqui resolvida no mesmo dia. Mandar para a mediação – essa era a minha sensação – tem um lado ruim

A gente nota uma postura um pouco infantilizada, no sentido de que elas mesmas não se sentem capacitadas ou encorajadas a discutir suas próprias questões, se comunicar com o outro para chegar num consenso...elas querem que um terceiro, de fora, venha e diga a solução pronta, e por isso resistem um pouco à mediação.¹⁴

Dados os problemas apresentados, nota-se que, ainda que a institucionalização da mediação pelo Judiciário possua aspectos potencialmente positivos, é essencial que se atente para a conscientização dos segmentos envolvidos, ou a validade da experiência resta ameaçada, tornando-se a mediação judicial um procedimento esvaziado de sentido.

3 RISCOS DA INSTITUCIONALIZAÇÃO

Nesta toada, insiste-se em afirmar que a aproximação da mediação com o Judiciário pode apresentar fatores positivos; contudo, a demanda excessiva pode fazer com que se imponha uma lógica de atuação essencialmente quantitativa para a mediação, de acordo com a inquietação manifestada por Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Michele Pedrosa Paumgarten: “A expressiva divergência entre a teoria da mediação e estas práticas é o maior desafio a ser enfrentado pelo futuro em termos de qualidade da mediação.” (PAUMGARTTEN, PINHO, 2013, p. 175) Essa deturpação das potencialidades do instituto quando de sua transposição para o terreno da prática pode ocorrer de diferentes maneiras, e algumas delas serão brevemente expostas neste tópico.

Parece-nos evidente que a institucionalização da mediação pode trazer riscos a esta forma de tratamento de conflitos, sendo o mais eminente a deformação de suas finalidades, que pode acabar por transformá-los em métodos servis às necessidades organizacionais da máquina.¹⁵

Dentre os magistrados entrevistados, o único que não associou a implementação dos CEJUSC's e a adoção de práticas de mediação como solução para a crise do Judiciário foi o juiz Charlie. Ele relatou que atuou num Juizado Especial Cível no período de sua

porque vai postergar a conclusão: ‘o desfecho não vai ser agora, o juiz não vai resolver a minha vida e vai mandar para outra pessoa’. Mas, por outro lado, as pessoas percebiam que a disputa era muito grande e que qualquer que fosse a decisão do juiz, elas teriam dificuldade de resolver a situação.”

¹⁴Os juízes Bravo e Echo fazem relatos análogos.

¹⁵ Neste sentido, Fabiana Marion Spengler, quando se refere ao despreparo do operador do direito para o trato com os MASC: “Essa incapacidade é resultado de um positivismo/racionalista exacerbado que determina, por parte dos operadores jurídicos, uma visão do direito como uma ciência jurídica altamente sistemática e cartesiana, de onde se reconhece um grande interesse por definições e por classificações.” (SPENGLER, 2014, p. 31).

implantação, na década de 1990, e que isto era tratado, então, como a iniciativa que transformaria o Poder Judiciário. Contudo, a irreflexão sobre suas potencialidades para o tratamento das demandas apresentadas tornou os Juizados Especiais Cíveis mais um espaço crítico e assoberbado – em resumo, aquilo que surgia como solução acabou por se tornar um problema adicional. Em virtude deste histórico, o entrevistado compara a euforia com que alguns tratam a mediação com o sentimento positivo que se propagandeou na criação dos Juizados: “eu já vi esse filme em 1995”.

Dentre os outros entrevistados, entretanto, foi unânime a apresentação da mediação como uma técnica que foi institucionalizada com a finalidade de auxiliar na redução da morosidade do Poder Judiciário, analisando-a sob um viés meramente quantitativo.¹⁶ Essa associação talvez seja feita pelos magistrados entrevistados em virtude das metas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça às atividades dos magistrados.¹⁷ Este raciocínio é sintetizado na fala do juiz Alfa, que vincula os MASC diretamente à possibilidade de redução do número de processos:

Só que a qualidade das decisões é cada vez menos técnica e mais objetiva para resolver conflitos, porque as metas estão sendo impostas e a gente tem que sentenciar. “tá aqui mais uma sentença”, pouco importando o conteúdo da decisão...se for parar para, em cada processo, estudar e escrever um texto bonito, cheio de doutrina, você vai dar uma ou duas sentenças, e as outras todas estão ali. Então, eu me sinto pressionado no sentido de diminuir a quantidade de trabalho. O acordo é um excelente instrumento – tanto o judicial quanto o extrajudicial, privado – para você diminuir essa carga.

A reprodução deste discurso pode apontar para uma tendência detectada por Michele Pedrosa e Humberto Dalla: “O caminho da pacificação social esconde, na maioria dos casos, a verdadeira função da instituição dessas políticas públicas: desafogar o Judiciário que em diversos países está abarrotado de processos em tramitação.” (PAUMGARTTEN, PINHO, 2013, p. 169)¹⁸

¹⁶ O juiz Delta, por sua vez, relaciona a qualidade da atividade do mediador com a quantidade de acordos celebrados por ele: Hoje eu tenho poucos mediadores e consegui dois voluntários, mas que estão doentes, então meu problema hoje é mediador...mas sempre a gente teve aqui percentuais muito altos, de quase 100% de acordo nas mediações realizadas.

¹⁷ O juiz Golf, ainda que enxergue as atividades do CEJUSC como um auxílio às suas atividades como magistrado, parece consciente dessa articulação entre o CNJ e o TJ-RJ: “Eu, particularmente, me interesso por isso e acredito nisso de forma humana...é uma coisa necessária para a gente. A sensação que eu tenho é que o Tribunal está fazendo isso meio que impelido pelo CNJ, né?”

¹⁸ A fala do juiz Golf também revela esta imagem: “Acho que tem toda uma...bem, tem o CNJ, as semanas de conciliação, tem uma coisa assim – eu vou te falar como juiz mesmo – a gente precisa muito da mediação e da conciliação para respirar, porque a quantidade de processos é enorme.”

Entretanto, a finalidade precípua da mediação não está relacionada com qualquer medida de redução de tempo processual ou mesmo com o aumento da eficiência dos tribunais, mas sim com outra faceta da chamada “crise do Judiciário”: a necessidade de tratamento adequado ao conflito, que pode não ser encontrado somente no modelo jurisdicional clássico; a inserção da mediação no Judiciário deveria apontar para a diversidade de soluções possíveis para um conflito – o que não se resume à celebração de um acordo entre as partes, mas também a recomposição de suas possibilidades de comunicação, dada a necessidade de preservação de relações continuadas.

Ademais, a análise da mediação sob um enfoque exclusivamente quantitativo poderia até mesmo intensificar as reticências dos magistrados para o encaminhamento de novos casos, em virtude da aparente “demora” do procedimento de mediação em face de uma solução mais imediata, que poderia ser oferecida dentro da própria Vara, e que reforçaria positivamente a imagem daquele magistrado no panorama da política de metas do Conselho Nacional de Justiça. Em outras palavras, o tempo da mediação não parece adequado ao tempo da jurisdição, uma vez que este é frequentemente entrecortado pelas metas impostas aos magistrados. O juiz Echo se posiciona sobre esta situação, ao discorrer sobre a postura dos colegas em relação ao CEJUSC:¹⁹

Ainda também com uma certa resistência, porque, como a gente tem essa pressão do CNJ, de que o processo tem que começar e acabar em tanto tempo, de que tem que dar mais sentenças que o número de processos distribuídos naquele mês...são metas e metas e metas e metas que não combinam com a gente querer solucionar não o processo, mas o problema...porque muitas vezes solucionar um processo é moleza...você dá uma sentença dentro de um processo é fácil, mas aquilo resolveu o problema das pessoas?

Este panorama quantitativo pode desaguar na desnaturação da mediação, da mesma forma como ocorreu com a conciliação, apresentada como grande viabilizadora de pacificação quando do surgimento dos Juizados Especiais, mas hoje desidentificada pela lógica quantitativa. Seu mau aproveitamento acabou por torná-la mais um *tempo morto* no processo. Neste sentido, posicionam-se Humberto Pinho e Michele Pedrosa:

¹⁹ Outra postura muito observada para justificar o baixo encaminhamento de casos para o CEJUSC se relaciona com a equipe multidisciplinar que auxilia as atividades do magistrado. A este respeito, o juiz Bravo diz: “Eu só não mando mais porque eu tenho essa equipe de conciliadores, treinados por mim, que também conseguem um número alto de acordos. Meu índice de acordos é muito grande. Acaba que só o que sobra destes acordos, e que possui questões mais complexas, vai para a mediação.”

Notadamente, a conciliação já vem há tempos integrando o ambiente institucional, alcançando a inoperância que a reduziu a uma mera etapa processual a ser cumprida, ultrapassada, ou para servir de marketing aos tribunais que a usam como método de eliminação de processos através de questionáveis mutirões conciliatórios. (PAUMGARTTEN, PINHO, 2013, p. 175)

Assim, nota-se que a sujeição das novas ferramentas às antigas finalidades resulta no esvaziamento de suas potencialidades, da mesma forma que estabelece uma prestação judiciária hierarquizada, qual seja, em que a prestação jurisdicional clássica fica em primeiro plano, enquanto a conciliação e a mediação surgem como ferramentas secundárias de tratamento do conflito, servis à lógica efficientista da máquina.

O juiz Bravo demonstra – inconscientemente – que este raciocínio que considera somente a potencial contribuição para a solução dos problemas do Judiciário é idêntico para um e outro MASC: “Eu trabalhei em Juizado Especial Cível, e desde aquela época eu me bati pela conciliação – a mediação foi um assunto posterior – porque eu senti que aquilo seria mais eficiente para o *tratamento da crise do Judiciário*.” (grifo nosso)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, percebe-se que, quanto mais aproximada do ambiente do Poder Judiciário estiver a mediação, mais aprofundados se tornam os riscos de sua perda de identidade.

Ademais, o momento atual da institucionalização da mediação no Judiciário, em que as práticas ainda não foram consolidadas, parece-nos ideal para a discussão e sugestão de comportamentos que possam contribuir para a mudança de mentalidade entre os atores do Poder Judiciário.²⁰

Para aumentar a capilaridade deste processo de mudança cultural, nota-se a necessidade de divulgação clara e pormenorizada da mediação e de suas potencialidades para os atores que se relacionam com os conflitos, o que pode ocorrer de maneiras diferentes para cada um dos segmentos envolvidos.²¹

²⁰ Também neste sentido, “Estamos num momento crucial de definição da relação. Realizar uma implementação cuidada permitirá a formação de uma relação de mútua alimentação e crescimento entre Mediação e Judiciário. Sem isso, a Mediação pode ser facilmente engolfada pelas formas e procedimentos do Fórum, perdendo, ela e o Judiciário, com a união.” (CAPPANARI, CATÃO, CRONEMBERGER, 2012, p. 71).

²¹ Dentre os entrevistados, o único que apresentou um posicionamento refratário à divulgação externa da mediação foi o juiz Foxtrot: “A gente até chegou a fazer umas palestras numa época, mas dá até a impressão de que a gente está chamando as pessoas que não estão no Judiciário para resolver seus conflitos. Até vejo Cássius Guimarães Chai, Alexandre de Castro Coura (Orgs.)

Inicialmente, para os magistrados, é recomendável que estejam em contato com a temática dos MASC desde o curso de formação, para que se superem preconceitos e desinformações sobre as técnicas de mediação e conciliação, suas possibilidades de trabalho e as diferenças entre elas. Paralelamente, para os magistrados que já estavam estabelecidos na carreira quando do advento da Resolução 125/2010 CNJ, podem ser oferecidos cursos de curta duração para atualização ou palestras informativas. Percebe-se que mesmo pela interlocução permanente com o juiz coordenador do CEJUSC da localidade pode apresentar resultados positivos, porque pode apresentar as atividades desenvolvidas pelo Centro e os progressos alcançados até então.²²

Os advogados, por sua vez, podem ser informados também através de cursos de curta duração ou palestras informativas sobre as potencialidades da mediação e da conciliação, frisando as diferenças entre cada método de trabalho. O único problema a este respeito seria o convencimento dos advogados a participarem deste tipo de iniciativa: enquanto o Juiz Delta aponta que as atividades na OAB foram essenciais para a implantação do CEJUSC na localidade, o Juiz Echo expõe que nem sempre o interesse dos advogados pode corresponder ao esperado: “E a gente fez palestras na OAB, e aí foi o mais difícil, né? [risos] Teve palestra em que não foi viv’alma!”

Paralelamente, o ensino jurídico é apresentado como um ponto essencial para o esclarecimento e disseminação da mediação pelos entrevistados, como se nota nas palavras do juiz Echo: “Mas até a gente mudar e fazer disso uma realidade ainda demora, porque as faculdades ainda não estão ensinando bem, ainda ensinam o sistema do *ex adversus*...aliás, olha só como a gente chama a outra parte! *Ex adversus!* Aí acabou, né? [risos]”²³

O juiz Golf também realiza uma reflexão pertinente sobre o ensino jurídico, ao considerar sua experiência como professor universitário: “eu penso muito nisso, porque eu fui professor de Processo Civil tanto tempo e nem pensava nisso antes...a gente ensina muito o aluno ao embate, não tem formação nenhuma para a mediação, nem para a conciliação”. Ele também

essa como uma possibilidade para o futuro, mas, por enquanto, a prioridade é solucionar o que já está posto aqui. A ideia do CNJ é até colocar a mediação pré-processual, mas eu acho que nós não temos estrutura para isso...as coisas ainda estão em caráter experimental.”

²² Ao descrever o trabalho do desembargador coordenador do NUPEMEC, o juiz Echo descreve: “E ele está chamando blocos de juízes para fazer uma apresentação da mediação, para dizer das vantagens, trazer este enfoque mais profundo, além do processo...acho que isso fica muito difícil para o juiz cível, porque ele tem um outro tipo de problema, de fundo mais patrimonial. Então ele é mais resistente...”

²³ Os juízes Bravo, Delta, Foxtrot e Golf tecem comentários sobre a necessidade de reformulação do ensino jurídico à lógica da mediação.

compreende que o diálogo entre o CEJUSC e as instituições de ensino superior podem fomentar uma mudança cultural:

De repente, dar umas palestras aos alunos e tal...mas acho que, só de chegar lá...bem, reúne-se uma quantidade razoável de alunos, chega um juiz lá e diz o seguinte “olha, nós aprendemos o tempo todo que o processo é disputa, mas não é bem assim que deveria ser” já pode começar a abrir os olhos deles já na graduação.

Ademais, percebe-se a possibilidade de que a má informação dos atores possa inviabilizar o tratamento adequado do conflito, como na fala do Juiz Alfa:

*Porque tem essa diferença, né? Entre mediação, autocomposição, conciliação...se eles vão chegar ao acordo e eu só fico ali sem interferir, tem essas filigranas. Mas tanto numa, quanto na outra, é bom que para eles, que vão ter uma resposta rápida; é bom para a gente, que tem menos um processo, a gente vai se preocupar com outros casos...todo mundo ganha.
(grifo nosso)*

Em virtude deste tipo de equívoco, é imprescindível a capacitação permanente dos atores do Poder Judiciário acerca dos MASC, para que se crie um ambiente em que as partes estejam suficientemente informadas sobre quais escolhas podem celebrar para o tratamento de cada espécie de conflito. Desta maneira, como num círculo virtuoso, as partes se sentiriam mais confortáveis em adotar outros métodos que não o jurisdicional clássico.

Acerca da lógica quantitativa que assombra as finalidades precípuas da mediação, Ana Lucia Catão, Lucia Fialho Cronemberger e Silvana Cappanari apontam uma alternativa interessante: ao final de uma mediação, é pedido aos mediandos e aos seus advogados, sempre que possível, a confecção de um depoimento escrito sobre a experiência vivenciada. Através destes relatos, é possível observar os níveis de satisfação dos participantes, demonstrando-se que os benefícios da mediação não podem ser expressados em índices de consecução de acordos ou em outras formas quantitativas, dada a natureza essencialmente qualitativa de recomposição de diálogo. (CAPPANARI, CATÃO, CRONEMBERGER, 2012, p. 38-40)

Sendo assim, parece-nos que a maior das preocupações a respeito da institucionalização da mediação pelo Judiciário não deva ser a mera criação de espaços físicos em que a mediação possa ser praticada, mas sim a mudança de mentalidade a respeito das possibilidades de tratamento de conflitos, de forma que se promova a percepção de que não existe método de trabalho único para o tratamento de situações conflituosas, e quem profissional (seja ele magistrado, advogado, conciliador ou mediador) não está habilitado a trabalhar qualquer tipo

de conflito. Este pensamento pluralista favorece a coexistência da jurisdição com os MASC em um contexto de trocas produtivas.

Retomando a metáfora colocada por Frank Sander, que associa a relação entre mediação e Judiciário com a relação entre o ladrão e o banco, cabe uma observação: o ladrão vai ao banco em busca de dinheiro – ou seja, produto para o roubo – ; todavia, ele reconhece que não pode permanecer naquele local distraidamente, ou será preso. O mesmo raciocínio pode ser transposto à mediação: o Judiciário é atraente, em virtude do potencial de demanda de trabalho que oferece; contudo, permanecer no *locus* judicial sem grandes reflexões pode implicar também numa perda da sua liberdade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAPPANARI, Silvana, CATÃO, Ana Lucia, CRONEMBERGER, Lucia Fialho (org.). **Mediação no Judiciário – desafios e reflexões sobre uma experiência**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

CUNHA, Luciana Gross (coord.). **Relatório ICJBrasil – ano 05**. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/6618>. Acesso em 01 de outubro de 2014.

GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação e Judiciário no Brasil e nos EUA – condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no Judiciário**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa, PINHO, Humberto Dalla Barnardina de. “O papel da mediação no século de vocação da jurisdição e o (re)dimensionamento da democratização do processo civil.” In: **Acesso à justiça, jurisdição (in)eficaz e mediação: a delimitação e a busca de outras estratégias na resolução de conflitos**. Fabiana Marion Spengler, Humberto Dalla Bernardina de Pinho (org.) Curitiba: Multideia, 2013. P. 153-194. Disponível em http://www.unisc.br/portal/images/stories/curso-24/acesso_justica_jurisidicao.pdf. Acesso em 01 de outubro de 2014.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Retalhos de mediação**. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2014.

REPENSANDO O DIREITO PÚBLICO NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS

RETHINKING THE PUBLIC LAW IN THE CONFLICT RESOLUTION

Susanna Schwantes¹

SUMÁRIO: Introdução; 1 Mediação Aplicável ao Direito Público; 2 Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social Federal e Estadual do RS; 2.1 Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social Federal; 2.2 Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social do RS; 3 Comitê de Diálogo Permanente; Considerações Finais; Referências Bibliográficas.

RESUMO

Em face da Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça que trouxe a política pública da cultura da mediação e da conciliação para a organização do poder judiciário e que está proporcionando a diminuição dos processos judiciais sem a necessidade de serem sentenciados, está havendo a necessidade de repensar se há a possibilidade de sua utilização da mediação na área do direito público. Assim o presente trabalho tem o intuito de trazer a reflexão a possibilidade de utilização da mediação nas práticas diárias utilizadas no ramo do direito público, principalmente nas relações com os administrados e servidores, demonstrando assim com exemplos práticos utilizados na administração pública federal e na administração pública do Estado do Rio Grande do Sul o instituto da mediação, sem, porém ser assim nominado na respectiva legislação, analisando que é necessário repensar os métodos utilizados para instituir políticas públicas tanto no que diz respeito a aplicação à sociedade de uma forma geral, bem como em relação aos próprios servidores, sendo a mediação uma importante ferramenta de concretização da pacificação social e conseqüentemente uma diminuição das ações no poder judiciário.

PALVRAS-CHAVE:Mediação, Direito Público, Políticas Públicas.

ABSTRACT

In the light of Resolution No. 125 of the National Council of Justice that brought the public policy of mediation and conciliation culture for the judiciary organization and that is providing the decrease of lawsuits without the need of being sentenced, there is the need to rethink whether there is the possibility of their use of mediation in the public law area. Thus this paper aims to bring the reflection of the possibility of using mediation in daily practices in the field of public law, especially in relations with the administration and servers, in this way demonstrating practical examples used in the federal public administration and public administration the State of Rio Grande do Sul, the institute of mediation, without however being so named in their legislation, analyzing that it is

¹ Pós-graduada em Direito Público pela PUC/RS (2001). Bacharel em Direito pela UNISINOS (2000). Professora da UNIRITTER/LAURATE INTERNATIONAL UNIVERSITLES nas disciplinas de Direito Administrativo e Econômico.

necessary to rethink the methods used to establish public policy both with regard to the application of general society, as well as regarding to their own servers, being mediation an important tool for achieving social peace and consequently a decrease of the actions in the judiciary.

KEYWORDS: Mediation, Public law, Establish public policy.

INTRODUÇÃO

O Brasil desde a implantação do regime republicano, em 1889, em substituição a monarquia, foi feita sob a inspiração da ideologia positivista, defendendo-se a máxima de que quanto mais ordem mais progresso, mais prosperidade, mais riqueza. Assim necessário uma ordem constitucional como regulamentação jurídica para que se pudesse falar em ordem nacional. Assim até hoje cultivamos ilusão do normativismo, ou seja, continuamos achando que tudo precisa ser regulado, que as leis necessitam ser reformadas, que os códigos precisam ser atualizados e que a ordem jurídica só atinge o nível justiça social, de equilíbrio econômico e de bem estar social se a ordem jurídica estiver modernizada.

E para bem retratar a influência do positivismo se traz o que o eminente sociólogo do direito contemporâneo conceituou:

O positivismo é a consciência filosófica do conhecimento-regulação. É a filosofia da ordem sobre o caos tanto na natureza como na sociedade. A ordem é a regularidade, lógica e empiricamente estabelecida através de um conhecimento sistemático. O conhecimento sistemático e a regulação sistemática são as duas fases da ordem. O conhecimento sistemático é o conhecimento das regularidades observadas. A regulação sistemática é o controle efetivo sobre a produção e a reprodução das regularidades observadas. Formam, em conjunto, ordem positivista eficaz, uma ordem baseada na certeza, na previsibilidade e no controle.... Graças à ordem positivista, a natureza pode tornar-se previsível e certa, de forma a poder ser controlada, enquanto a sociedade será controlada par que se possa tornar-se previsível e certa. Isto explica a diferença, mas também a simbiose, entre as leis científicas e positivas. A ciência moderna e o direito moderno são as duas faces do “conhecimento-regulação (SANTOS, 2000. p.141)

A regulação não tem o poder de positivizar todos os tipos de conhecimento, assim as normas jurídicas são incapazes de resolver questões relacionadas com a ética, moralidade, a violência social, a consciência humana.

Resumir os fatos complexos de uma sociedade com a verdade processual, com a verdade possível de ser provada, ainda que a realidade seja totalmente diversa, no afã de conservar a segurança jurídica, a estabilização das relações sociais, está pois a trazer uma conjuntar inversa, provocando a insatisfação dos cidadãos contra a lei.

O sistema jurídico baseado no normativismo exacerbado é criado para aniquilar a divergência e não para criar uma harmonia. Os divergentes têm o dever de seguir a maioria, pressupondo que a maioria é detentora da verdade, portanto esta maioria é que deve ser respeitada e

seguida. Este também é o princípio da democracia, pois deve haver o respeito à maioria, que governa e faz as leis.

Este sistema normativista se sustenta enquanto o Estado está atuando na sua normalidade, porém basta uma crise econômica, social, estado de defesa, estado de sítio, necessidade de intervenção, atentados terroristas e eventos semelhantes para que apareça a fragilidade do sistema jurídico e necessidade de recorrer a meios violentos de solução de conflitos. Tomamos como exemplo as manifestações ocorridas em várias cidades brasileiras, tendo como pauta a remoção de favelas, desvio de verbas públicas, falta de transparência e de diálogo onde há motivos suficientes para uma mobilização que busque apurar condutas inaceitáveis por parte dos órgãos competentes – notadamente os de caráter estatal – e reivindicar melhorias, segundo pautas sociais, mas que teve excesso de poder, com utilização da violência por parte de quem deveria efetivamente manter a segurança da sociedade.

De fato é necessária uma reformulação no sistema jurídico, para que possa ser visualizado de forma interdisciplinar e com todas as suas complexidade, para fazê-lo encarar a realidade social como um todo, englobando os aspectos psicológicos, sociológicos, políticos, econômicos. E uma das formas é tirar o caráter intervencionista da norma e da decisão e restabelecer o poder da sociedade e das pessoas, havendo assim menos soluções impostas e mais soluções consensuais. Uma das alternativas desenvolvidas, atualmente, em vários países é a mediação. E para demonstrar que um novo modelo interdisciplinar que encara a realidade social já é objeto da realidade brasileira perante a administração pública, que se apresenta o presente artigo.

1 MEDIAÇÃO APLICÁVEL AO DIREITO PÚBLICO

O conceito da mediação retrata a relação quase que exclusivamente privada, ou seja no entendimento dos doutrinadores a possibilidade de utilização do instituto da mediação só é possível de ser aplicada quando há ódios e amores que diferenciam as partes, sendo que a mediação possibilita a interpretação destes ódios e amores, e conseqüentemente esta relação só poderia ser encontrada nas relações privadas (VEZZULLA, 1998, p.15 e 16).

Resta-nos divergir desta posição, analisando o próprio ordenamento positivo brasileiro, com a criação de modelos que resgatem o diálogo na esfera pública.

A mediação está inserida na forma de autocomposição de conflitos, com o auxílio de um terceiro que nada decide, mas apenas auxilia as partes na busca de uma solução. O mediador fica no meio, não está sem de um lado e nem de outro, que busca soluções, que podem mesmo não estar delimitadas pelo conflito, que podem ser criadas pelas partes, sendo um processo do coração (VEZZULLA, Juan Carlos. 1998, p.50) razão pela qual é necessária a busca de acordos interiores.

A mediação trabalha com o poder emancipatório, que existe em todo sistema jurídico, como fator mais importante do que o poder normativo. Uma sociedade para ser justa precisa, sem dúvida de um mínimo de leis, porém precisa da indispensável internacionalização subjetiva dos valores éticos e morais. Os romanos já afirmavam que “nem tudo que é lícito é honesto. O positivismo acabou com reestabelecimento que se busca na atualidade como demonstra um recente estudo produzido por Edgar Morin (2000. p. 114), pensador francês, afirmando sobre a necessidade da ética:

A Humanidade deixou de constituir uma noção abstrata: é realidade vital, pois está, doravante, pela primeira vez ameaçada de morte, a Humanidade deixou de constituir uma noção somente ideal, tornou-se uma comunidade de vida; a Humanidade é, daqui em diante, sobretudo uma noção ética: é o que deve ser realizado por todos m cada um.

Se o ser humano adotasse, espontaneamente, princípios e valores éticos as leis positivas, seriam menos necessárias. É inconcebível que após tanto tempo de normativismo os Estados continuem incentivando a pretensão de resolver os problemas sociais, ambientais, econômicos, e afins só pela regulamentação jurídica.

A mediação é um novo paradigma para resolver conflitos considerando que o conflito é também uma oportunidade de crescimento e desenvolvimento (SCHNITMAN; JOHN,1999. p. 20). Como o bambu que se dobra, mas não quebra tão facilmente, a mediação é eficaz exatamente por que não utiliza a força, a coação e sim o amor, do interior da mente humana.

Passamos a analisar alguns exemplos tanto em nível federal, quanto estadual onde há a prática real da mediação nas relações entre estado e sociedade e estado e servidores.

2 CONSELHO DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL - FEDERAL E ESTADUAL (RGS)

2.1 CONSELHO DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL - CDES- FEDERAL

Em 2003 foi criado pela Lei nº 10.683 o Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social (CDES) que estabelece que "ao Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social compete assessorar o Presidente da República na formulação de políticas e diretrizes específicas, e apreciar propostas de políticas públicas, de reformas estruturais e de desenvolvimento econômico e social que lhe sejam submetidas pelo Presidente da República, com vistas na articulação das relações de governo com representantes da sociedade"².

Assim surgiu o órgão que institui um diálogo, ou seja a conversação plural e permanente entre o Governo e a sociedade, de forma compartilhada, que viabiliza projetos de desenvolvimento de longo prazo, com expressão da síntese possível dos valores e interesses predominantes, orientadoras das ações do Governado e assumido pela sociedade.

O CDES é presidido pelo Presidente da República e seus membros são designados por ato formal do Presidente da República por dois anos, com possibilidade de recondução.

A composição do Conselho é formado por 18(dezoito) representantes do governo 90(noventa) representantes da sociedade civil para um mandato de 2(dois) anos, possível um recondução, estando presentes trabalhadores, empresários, movimentos sociais, governo e lideranças expressivas de diversos setores³.

A composição ampla e plural possibilita uma visão sistêmica sobre as questões e está na base do entendimento, hoje compartilhado no CDES, de que o desenvolvimento envolve múltiplos e necessários aspectos (econômicos, sociais, políticos, culturais, ambientais) e depende do envolvimento e responsabilização da sociedade como um todo.

Superando visões compartimentadas de segmentos e setores sociais, os Conselheiros e Conselheiras dialogam nas reuniões plenárias, em grupos de trabalho, colóquios, seminários, mesas-redondas e outros eventos.

O CDES é formado por um comitê gestor que efetiva o diálogo entre os conselheiros, governo e outros atores sociais e institucionais, sendo formado por 6(seis) Conselheiros escolhidos por seus pares e renovado periodicamente, sendo responsável pela permanente avaliação e busca

² <http://www.cdes.gov.br/conteudo/41/o-que-e-o-cdes.html>

³ <http://www.cdes.gov.br/conteudo/43/composicao-do-conselho.html>

de aperfeiçoamento para fomentar e ampliar a escuta e construção compartilhada e potencializar sua assessoria ao Presidente, exemplo bem claro da utilização do instituto da mediação.

Este comitê é responsável pela realização das reuniões anuais do Pleno, com a Presença do Presidente da República. Também existem os Grupos de Trabalho ou Grupos Temáticos que são responsáveis por aprofundar temas propostos pelo Governo ou deliberado pelo Pleno do CDES. E por fim e não menos importante é o Observatório da Equidade que é formado por um Comitê Técnico constituído pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE), e Secretaria do Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social (SEDES). Para contribuir nas suas reflexões o Observatório mobiliza também uma Rede de Observação, formada por adesão e constituída por especialistas e organizações governamentais e não-governamentais. O objetivo de interagir com uma rede de organizações é ampliar o debate e obter aportes para elaboração das análises e recomendações sobre as políticas públicas e sua execução, do ponto de vista da equidade⁴.

Atualmente, duas políticas que estão fortemente articuladas em seus efeitos sociais são objeto de observação do Observatório da Equidade: a política educacional e a tributária.

Educação: neste tema o desafio é identificar e acompanhar os fatores relacionados às desigualdades na educação brasileira e construir proposições para que o Estado e a sociedade civil promovam iniciativas para ampliar o nível de escolaridade da população brasileira, melhorando o desempenho do sistema educacional. Sobre o tema já foram produzidos três relatórios, que são utilizados pela rede do Observatório, pelos conselheiros, pelo MEC e são objetos de debate das conferências estaduais e nacional de educação.

Sistema Tributário Nacional: surgiu da necessidade de subsidiar o debate no CDES sobre a reforma do sistema tributário nacional. Pela primeira vez, é realizado um estudo nacional, amplo e qualificado sobre o impacto dos tributos brasileiros do ponto de vista da equidade. A importância do tema pode ser medida pela ampla rede mobilizada para o debate.

Além do esforço de leitura e acompanhamento destes recortes, o Observatório da Equidade busca o entendimento mais amplo sobre a situação de desigualdades e as políticas públicas. Entre outros, sistematizou um documento sobre o sistema de proteção social brasileiro, seus efeitos sobre as desigualdades e o papel que exerce no momento da crise econômica.

⁴ <http://www.cdes.gov.br/conteudo/8508/funcionamento-do-conselho.html>

O principal desafio colocado para o CDES, no seu debate sobre desenvolvimento é consolidar uma perspectiva sistêmica e de longo prazo. Orientado pela busca do interesse mais amplo, para além das partes nele representadas, o Conselho tem proporcionado a articulação de pontos de vista diversos, sem negar o que há de contraditório nessa articulação. Esse exercício de explicitação de conflitos e de busca de entendimento constitui-se em uma arena importante para a mobilização da vontade nacional e para ampliar o espaço de interlocução, de processamento de informações e de decisões do Estado brasileiro para construção do desenvolvimento, em seus múltiplos e necessários aspectos. Neste sentido destacam-se esforços como a Agenda Nacional de Desenvolvimento, os Enunciados Estratégicos sobre o Desenvolvimento e os Seminários sobre Desenvolvimento.

Desde a sua criação as contribuições do CDES vêm impactando a qualidade das ações de governo e produzindo resultados concretos, tomando como exemplo o projeto de lei que instituiu a Lei Geral das Micro e Pequenas Empresas, a Lei que institui as Parcerias Público-Privadas e o Fundo de Desenvolvimento da Educação Básica – FUNDEB⁵.

O Conselho representa a consolidação da democracia pois utiliza o diálogo favorecendo o trânsito de informações, permite a troca de pontos de vista, ajuda a iluminar as diferenças e a encontrar trajetórias para enfrentamento de problemas e entraves. Por meio do diálogo o CDES busca compreender as variáveis e construir consensos em torno do Brasil que se desenvolve, sendo necessário que a sociedade participe que conduza este processo de desenvolvimento e se reconheça nele.

E nos dizeres do Governador Tarso Genro, ainda como Ministro da Justiça, dando seu testemunho:

Houve um momento símbolo do Conselho, onde estava o presidente da Febraban (Federação Brasileira de Bancos) em um computador redigindo um texto em conjunto com um dos líderes do MST. Era um texto sobre a reforma agrária e o desenvolvimento agrário do Brasil. Na democracia as pessoas têm que conversar mesmo que não gostem uma da outra. A conversação é um elemento importante da política e ajuda as pessoas a firmarem suas convicções de maneira mais profunda ou superarem suas convicções quando se sentem flagradas em erro conceitual ou coisa parecida⁶.

Neste sentido, conclui Tarso Genro, o Conselhão foi e é um exercício muito grande do projeto democrático brasileiro.

⁵<http://www.cdes.gov.br/conteudo/6808/publicacoes-do-cdes.html>

⁶ <http://www.cdes.gov.br/conteudo/6808/publicacoes-do-cdes.html>

Acho que os Estados devem adotá-los com o mesmo sentido que tem o Conselho nacional, com mais potência e mais força política para que possam propor políticas públicas que retirem os Estados da crise. O trabalho conjunto dos conselhos estaduais com o Conselho federal representa um espaço de disputa pela hegemonia, pela produção de conceitos e pela possibilidade de aplicação majoritária das políticas de desenvolvimento e das políticas sociais de qualquer governo.⁷

2.2 CONSELHO DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL- CDES/RS

Adotando o modelo federal o Estado do Rio Grande do Sul através da Lei nº 13.656/2011 cria o Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social do Rio Grande do Sul, é um espaço público não-estatal que tem o papel de analisar, debater e propor diretrizes para promover o desenvolvimento econômico e social do Estado do Rio Grande do Sul.⁸ É órgão consultivo do governador e integra o Sistema Estadual de Participação Cidadã. Busca intensificar o diálogo e a concertação, fortalecendo a democracia no Estado. Tem em sua constituição a pluralidade da sociedade gaúcha, num ambiente de reflexão, trânsito de ideias, reconhecimento das diferenças na busca de consensos.

É formado por 90 (noventa) conselheiros e conselheiras de diferentes segmentos da sociedade e 12 (doze) representantes do Governo. O CDES/RS é formado por um comitê gestor que efetiva o diálogo entre os conselheiros, governo e outros atores sociais e institucionais, renovado periodicamente, sendo responsável pela permanente avaliação e busca de aperfeiçoamento para fomentar e ampliar a escuta e construção compartilhada e potencializar sua assessoria ao Presidente, exemplo bem claro da função da mediação⁹.

Este comitê é responsável pela realização das reuniões anuais do Pleno, com a Presença do Governador do Estado. Também existem as Câmaras Temáticas que são compostas por conselheiros e representantes da Administração Pública Estadual direta e indireta, além de especialistas convidados. Têm como objetivos a realização de estudos, discussões e a adoção de posições sobre os temas definidos; sugerir e propor ações e minutas de Cartas de Concertação a serem aprovadas no Pleno do Conselho. Podem ser extintas quando preenchidos os fins a que se destinam. Podem funcionar simultaneamente até 12(doze) Câmaras Temáticas.

⁷ <http://www.cdes.gov.br/conteudo/6808/publicacoes-do-cdes.html>

⁸ <http://www.cdes.rs.gov.br/conselho>

⁹ <http://www.cdes.rs.gov.br/conselho/comite-gestor>

Desde a sua criação as contribuições do CDES/RS vêm impactando a qualidade das ações de governo e produzindo resultados concretos, tomando como exemplo o Pacto Gaúcho de Educação que culminou na criação de uma rede entre governos, universidades e instituições de ensino par a promoção do conhecimento, incentivo à pesquisa e inovação, além de capacitação de trabalhadores e os pedágios, com o encerramento dos atuais contratos com a abertura de processo licitatório e elaboração de estudo para definição de modelo a ser adotado pelo Estado.

O Conselho gaúcho, como é conhecido é inspirado no Conselho da Presidência da República, se destaca por promover mudanças substanciais para o estado. Foi protagonista na articulação que resultou na renegociação da dívida com a União, prestes a ser consolidada, e sugeriu alternativas para a previdência estadual, duas questões estratégicas para o Estado. Uma potente ferramenta para articular visões políticas plurais e remover obstáculos históricos para o nosso desenvolvimento.

Integrante do Sistema Estadual de Participação Popular e Cidadã, o CDES-RS é um órgão que se afirma como espaço público institucional de democratização da gestão e concertação social.

A constituição de fóruns como os Conselhos de Desenvolvimento ganha destaque frente à crise de representação política evidenciada pelas manifestações recentes em todo o mundo.

Fica demonstrada a necessidade de espaços de expressão, escuta e troca permanente entre comunidade e gestores públicos para avançar num processo civilizatório de aprofundamento da democracia.

O diálogo mostra que é possível estabelecer consensos entre visões diferentes e construir um lugar melhor para viver e sonhar.

3 COMITÊ DE DIÁLOGO PERMANENTE - CODIPE

A negociação coletiva atua decisivamente sobre as formas de determinação das condições de trabalho no serviço público, tradicionalmente caracterizadas pela decisão unilateral do empregador, assim para tentar mudar esta cultura mesmo que haja inúmeras polêmicas sobre o assunto foi instituído no RGS o Comitê de Diálogo Permanente – CODIPE.

O Comitê de Diálogo Permanente foi criado pelo Decreto nº 47.897/2011, sendo um instrumento de interlocução do governo com os servidores públicos¹⁰, através de suas entidades representativas, visando o estabelecimento de diretrizes gerais que norteiem a construção de políticas para o funcionalismo.

O Codipe é um fórum para a discussão das especificidades na relação entre o estado e seus servidores. Entre o gestor e o trabalhador. No que diz respeito aos aspectos funcionais e de relação. Discutindo, prioritariamente, questões próprias às relações de trabalho. As discussões mais amplas, que envolvem o conjunto da sociedade, poderão ser pautadas para discussão no Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social (CDES).

O Codipe encaminha orientação do governo, mas por concertação. Os encaminhamentos serão tomados por consenso e registrados – em atas e protocolos - e acompanhados pela Secretaria Executiva e encaminhadas ao Gabinete do Governador. É um órgão que faz parte do Sistema de Participação popular do RGS.

Destaca-se que a participação é voluntária, através da adesão das entidades representativas, porém o que se verifica na prática é que todas as entidades representativas manifestarem o interesse de participar, visualizando no Comitê de Diálogo Permanente a efetivação da confiança de que a negociação é a melhor forma de solução pacífica de conflitos sociais.

O Comitê deverá propor as diretrizes gerais relativas aos planos de cargos e carreiras abrangendo, inclusive, o sistema de gestão do desempenho e o desenvolvimento do plano de capacitação profissional. Discutir a política salarial, o sistema previdenciário, a concessão de benefícios e outros temas relativos aos servidores públicos estaduais. Integrar as diversas entidades representativas dos servidores públicos com o Poder Executivo. Pactuar a implantação de procedimentos e normas que possibilitem melhorias de resolutividade e qualidade dos serviços prestados à população. Examinar a possibilidade de aumento da receita e de redução e contenção de custos. Promover a participação dos servidores públicos, por intermédio de seus representantes, no planejamento e execução de programas voltados para o aperfeiçoamento e a valorização profissional.

A título de exemplo cabe destacar a reformulação de inúmeros planos de carreira defasados na administração do estado e que foram criados da participação direta dos órgãos de classe de cada categoria e aprovados sem objeção perante a Assembleia Legislativa, tais como Quadro

10

http://www.sarh.rs.gov.br/conteudo/373/?Comit%C3%AA_de_Di%C3%A1logo_Permanente_%28Codipe%29

Geral, Quadro de Técnicos Científicos, Universidade Estadual do Rio Grande do Sul – UERGS e Fundação de Recursos Humanos – FDRH, sendo que no quadro geral houve a concessão de 47% (quarenta e sete) por cento de aumento, bem como instituição de gratificação qualificação.

E para finalizar é importante destacar que já foram criados Conselhos de Desenvolvimento Social em 9 (nove) estados brasileiros, e também em 9 (nove) municípios, sendo que 3 (três) no Estado do Rio Grande do Sul – Canoas, Erechim e Passo Fundo

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com estes breves apontamentos de exemplos de criação de órgãos tanto em nível federal, quando em nível estadual e quiçá também em nível municipal, visualiza-se a preocupação da Administração Pública em criar esferas em nível administrativo para implantação de políticas que objetivam a participação efetiva do cidadão-administrado-servidor. Estas pequenas mudanças demonstram que é perfeitamente possível à institucionalização da mediação perante a administração pública como política de estado, onde o cidadão é o próprio protagonista destas mudanças.

A mediação entra no âmago do conflito, dissecando-o, examina todos os seus aspectos. É um modo não-estatal (como os Conselhos de Desenvolvimento Social e Comitê de Diálogo Permanente) de solução de conflitos. Pode ser feita livremente pelas partes que, se desejarem, podem optar, ao fim dos entendimentos, em celebrar um termo de transação ou outro instrumento jurídico que reflita seus acordos e este termo é confeccionado pelos agentes no Comitê de Diálogo Permanente, bem como é o documento confeccionado nos Conselhos de Desenvolvimento e que geram políticas públicas.

A mediação é um novo paradigma de solução dos conflitos, amplo, flexível, abrangente, informal. A mediação deixa fluir a espontaneidade das pessoas, estimula a criatividade das partes e da sociedade. A mediação não tem uma resposta única para os conflitos, não tem a decisão correta, porque não decide. A mediação transfere a decisão para as partes e que é perfeitamente possível de ser utilizado nas relações que até então estavam resguardadas a supremacia da administração, trazendo uma ampla reformulação cultural, bem como uma

nova instância até então não explorada para solução de conflitos sociais, o que refletirá numa diminuição de demandas de acesso ao poder judiciário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- GUATTARI, Félix. **As três ecologias**. 12ª ed. Campinas, São Paulo: Papyrus, 2001.
- MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação do futuro**. 2ª Ed. São Paulo, Cortez, Brasília, DF: Unesco, 2000.
- RIBEIRO, Paulo de Tarso Ramos. **Direito e Processo-Razão burocrática e acesso à justiça**. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- SANTOS, Boaventura Sousa. **A crítica da razão indolente**. São Paulo: Cortez, 2000.
- SCHNITMAN, Dora e JOHN, Stephen Little. **Novos Paradigmas em Mediação**. Porto Alegre: Artmed, 1999.
- WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001

ENSAIO: DESAFIOS DA MEDIAÇÃO DIANTE DO CASO CONCRETO

ESSAY: MEDIATION CHALLENGES AGAINST THE CASE

Tadeu dos Santos¹

SUMÁRIO: Introdução; 1 Breve esclarecimento sobre a função do Juiz Leigo; 2 Caso concreto; 3 O que é mediação; 3.1. Mediação como alternativa para solução de conflitos e a Resolução N° 125 do Conselho Nacional de Justiça; Considerações finais; Referências bibliográficas.

RESUMO: O presente texto é resultado da junção de uma reflexão a partir de um acontecimento verídico e de pesquisas voltadas as praticas de mediação, a necessidade de entendermos a mediação como um potencial meio alternativo na resolução de conflitos, com o fito de transpormos algumas barreiras que podem se levantar na efetivação e disseminação do uso da mediação no Brasil, além das minhas próprias opiniões e manifestações em relação ao tema. Este ensaio tem como objetivo trazer a todos uma reflexão, partindo de um caso concreto, e visa também, ainda que de forma simples, trazer informações que considero importantes sobre a figura do Juiz Leigo, bem como trazer ao conhecimento de quem interessar alguns conceitos de mediação, o incentivo a promoção da mediação, alguns comentários sobre a resolução n° 125 do concelho nacional de justiça, e principalmente a divulgação da mediação como alternativa de solução e conflitos.

PALAVRAS-CHAVE: Mediação, Juiz Leigo, Caso Concreto.

ABSTRACT: This text is the result of a joint reflection based on a true event and on further research related to mediation, specifically the need to understand mediation as a potential alternative disputes resolution tool , with the aim of advancing some problems that can rise in the widespread usage of mediation in Brazil, as well as my own opinions and experiences on the topic. This essay aims to discuss an specific caselaw, and also to debate on some information that I consider important about the figure of LayJudges . It is also intended to call attention of those interested on some concepts of mediation, encouraging the promotion of mediation, s on the Resolution No. 125 of the national Council of Justice, and finally, to plea for the use of mediation as an alternative solution and conflicts.

KEYWORDS: Mediation, Judge Lay, Case Concrete.

¹ Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemim – ES (2006). Atuou como Advogado do Sindicato dos Servidores Públicos Municipais de Itapemirim – ES (2010-2012). Atualmente, Juiz Leigo do Tribunal de Justiça do Espírito Santo desde 2013. Integrante do Núcleo de Extensão e Atendimento Popular da Universidade Federal do Espírito Santo – UFES (2014).

INTRODUÇÃO

Existe a ideia de que o conflito é inerente às relações humanas, acontecendo sempre que pessoas divergem de uma determinada questão, ou sobre um determinado ponto, o que não quer dizer que provavelmente será necessário à intervenção de alguém para dizer quem está certo ou errado. Na verdade se o conflito é inerente a relações humanas, por que a solução desses conflitos, partindo de um bom senso dos próprios envolvidos também não é?

É notório o fato de que em muitos dos casos de conflitos, estes podem ser resolvidos pelas próprias partes, sem a intervenção de alguém, o que muitas vezes não se torna viável quando as partes envolvidas não estão preparadas para lidar com esse tipo de situação, transformando um simples conflito em um verdadeiro confronto.

O conflito transforma o indivíduo, seja em sua relação um com o outro, ou na relação consigo mesmo, demonstrando que traz consequências desfiguradas e purificadoras, enfraquecedoras ou fortalecedoras. Ainda, existem as condições do conflito para que aconteça, e as mudanças e adaptações interiores geram consequências para os envolvidos indiretamente, e muitas vezes, para o próprio grupo (MORAIS; SPENGLER, 2008)

Tomando como ponto de partida um caso concreto, com o qual me deparei ao conduzir uma audiência de conciliação, instrução e julgamento no exercício da função de Juiz leigo, que exerço junto ao Estado do Espírito Santo, somado ao interesse pelas técnicas de mediação de conflito, me posicionei na defesa de que essas técnicas não só podem como devem ser empregadas no âmbito do judiciário, ainda que perceba, durante a realização do meu trabalho, que existe uma série de fatores que não contribuem para que a mediação seja praticada, tais como o real interesse das partes no litígio, o tempo disponibilizado para a realização das audiências, o próprio objeto da demanda, dentre outros.

Acontece que um caso em especial me chamou a atenção, além de me fazer refletir sobre o fato de que talvez a maior barreira a ser ultrapassada, seja a conscientização dos próprios operadores do direito, Juízes, promotores, advogados, em aceitar a mediação como um grande avanço no que diz respeito à solução de conflitos.

A necessidade de se buscar meios alternativos para a solução de conflitos se tornou um imperativo mundial, e logicamente no Brasil não pode ser diferente, principalmente diante da morosidade da justiça, na medida em que cresce o número de pessoas que

vão buscar no Judiciário a solução de seus conflitos, acarretando o aumento do número de processos, e a demora em ter um provimento judicial, e por isso surgiu a preocupação em se buscar alternativas que sejam eficazes, e que possam resolver os conflitos de maneira um pouco mais rápida e com um nível de satisfação maior das partes envolvidas (MENDES, 2011).

A mediação nada mais é do que uma maneira consensual de resolução de conflitos, com a intervenção de um terceiro, o mediador, uma pessoa que deve atuar de forma imparcial, neutra, facilitando o diálogo e a negociação entre as partes envolvidas, inclusive com a participação não só de profissionais da área do direito, mas de outras áreas como sociologia ou assistência social, que irão buscar alternativas para facilitar e resolver o conflito de forma mais rápida e menos prejudicial para as partes envolvidas.

Trata-se de um novo desafio não só das áreas afetas ao Direito, e é importante para o desenvolvimento da própria sociedade na busca da pacificação social, devendo contar com a participação de todos, incluindo Advogados, Juízes, Promotores e demais profissionais, seja do ramo do Direito ou de outras áreas de atuação.

Assim, acredito que a importância do presente texto é além de ilustrar uma situação a partir de um caso concreto, divulgar, incentivar e esclarecer a necessidade de se ter a mediação como um dos meios para a solução de conflitos, bem como a aplicação das técnicas de mediação no âmbito judicial, e, além disso, ajudando as pessoas a desenvolverem dentro de si mesmas, as condições pessoais necessárias para solucionarem os conflitos que possam surgir, deixando a cargo do judiciário, somente aqueles casos em que realmente será necessária a atuação do Estado Juiz. (MORAIS; SPENGLER, 2008)

1 BREVE ESCLARECIMENTO: A FUNÇÃO DO JUIZ LEIGO NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

Diz o artigo Art. 98 da constituição federal que: A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante

os procedimentos, oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

Já o Artigo 7º da Lei 9.099/95 (Lei que regula os Juizados Especiais) estabelece que os “juízes leigos, são auxiliares da justiça, recrutados, preferentemente entre os advogados com mais de cinco anos de experiência”. Ainda no parágrafo único desse mesmo dispositivo, afirma que “os Juízes Leigos ficarão impedidos de exercer a advocacia perante os Juizados Especiais, enquanto no desempenho de suas funções”.

Recentemente o Conselho Nacional de Justiça regulamentou a função do Juiz Leigo através da Resolução nº 174 de 12.04.2013, que dentre outras determinações definiu que: Art. 1º Os juízes leigos são auxiliares da Justiça recrutados entre advogados com mais de 02 (dois) anos de experiência. Art. 3º O exercício das funções de juiz leigo, considerado de relevante caráter público, sem vínculo empregatício ou estatutário, é temporário e pressupõe capacitação anterior ao início das atividades. Art. 6º O juiz leigo não poderá exercer a advocacia no Sistema dos Juizados Especiais da respectiva Comarca, enquanto no desempenho das respectivas funções.

Cabe destacar que o Juiz leigo, quando atuando perante os juizados especiais é um auxiliar da justiça e exerce um múnus público, atuando como um agente público, gênero de que são espécies os agentes políticos, os servidores públicos e os particulares em colaboração com o poder público, sendo que o Juiz leigo estaria inserido nesta última categoria, o que vem sendo aceito pela doutrina, já que nesse contexto, entram as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado, sem vínculo empregatício, com ou sem remuneração, podendo fazê-lo sob diversas formas como, por exemplo, através da delegação, requisição, nomeação ou designação para o exercício de funções públicas relevantes, como são as atribuições conferidas ao juiz leigo (DI PIETRO, 2004).

São atribuições do Juiz Leigo, presidir as audiências de conciliação; presidir audiências de instrução e julgamento, inclusive procedendo com a colheita de provas e elaborar um projeto de sentença, em matéria de competência dos Juizados Especiais, a ser submetido ao Juiz togado o qual estiver subordinado, para que o projeto de sentença receba a homologação do juiz por uma sentença judicial, ou seja, o julgamento praticado pelo juiz leigo, e descrito no projeto de sentença e submetido ao magistrado, e sendo homologado por esse, passa a ter força de sentença fazendo lei entre as partes envolvidas no processo.

No Espírito Santo, a atividade do juiz leigo e regulada pela Resolução n° 17/2011 e pelo Ato Normativo n° 105/2011, ambos do Tribunal de Justiça do Espírito Santo.

2 CASO CONCRETO²

Em uma audiência de conciliação, instrução e julgamento realizada durante um mutirão promovido pelo Tribunal de Justiça do Espírito Santo - TJES, após as partes entrarem na sala de audiência me deparei com o seguinte quadro: adentrou a sala de audiência uma senhora, na qualidade de autora da ação, com idade em torno de 45 anos, desacompanhada de Advogado, o que é permitido pela Lei 9099/95 nas causas até 20 salários mínimos, logo em seguida, entrou um senhor que aparentava uns 80 anos de idade, na qualidade de réu na ação, e que estava assistido por um jovem Advogado, na qualidade de seu defensor.

Ainda que pudesse constatar a semelhança nos sobrenomes das partes envolvidas na ação, através de breve leitura dos autos, não me atentei para tal fato, e de que se tratava de um caso envolvendo pai e filha em litígio de indenização por danos morais, na verdade a filha entrou com uma ação indenizatória por danos morais contra o pai.

Ao dar início a audiência, me apresentando as partes, e perguntando se haveria uma possibilidade de acordo entre elas, a primeira frase que ouvi foi: essa senhora esta louca, dita pelo senhor, de forma inclusive agressiva, e continuou: como pode uma filha entrar com 09 (nove) ações contra o próprio pai? Imediatamente retrucou a filha, esbravejando a seguinte frase: é porque você merece!

Foi então que percebi que não seria uma audiência comum, ainda que com a advertência para que as partes pudessem se tratar com urbanidade e educação uns para com os outros.

Sem entrar no mérito da demanda, já que não é esse o foco deste trabalho, passei a utilizar uma das técnicas de mediação, e passei a ouvir as partes sem que fosse consignado na ata de audiência, agindo como se fosse um terceiro disposto a compreender o que estava acontecendo.

² No caso apresentado não consta número ou alguma identificação do processo devido à necessidade de preservação dos litigantes.

Foi então que constatei que a ação discutida naquele momento era só um pedaço do Iceberg, no que diz respeito aos conflitos envolvendo pai e filha, bem como, e da mesma forma as outras 08 (oito) ações espalhadas em outros juízos, como vara de família, vara criminal e etc..., já que na verdade todas as ações propostas pela filha em face do pai tinham como motivo principal, o fato de que a filha não aceitava a separação entre seu pai e sua mãe após uma união de vários anos (isso e o que em mediação se chama pano de fundo, ou seja, a verdadeira origem do conflito), e que segundo a filha estaria “matando” sua mãe, e em decorrência deste fato, houve um desencadeamento de uma série de conflitos entre pai e filha que inclusive já não se falavam há anos, a não ser nos momentos de conflito ou em juízo.

Sem mais pormenores sobre o caso, já que não é essa intensão, convém aqui relatar, o fato de que a audiência se tornou inviável por conta dos ânimos das partes, foi feita a suspensão da audiência, e passei então a convidar as partes para que pai e filha pudessem participar de um programa que está sendo desenvolvido pelo TJES, chamado Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, entendo que aquele caso poderia ser atendido o por esse núcleo, que inclusive é multidisciplinar, contando com a participação de outros profissionais como psicólogos e assistentes sociais, devidamente treinados para efetuarem o trabalho de mediação em casos como o descrito aqui.

Passei então a conversar com as partes no sentido de que pudessem comparecer ao núcleo de mediação, e a convida-los a participar de uma “audiência”, se é que podemos chamar assim, informando inclusive que não seria conduzida por um Juiz Leigo ou um Juiz Togado, e nem por um Conciliador, mas por um Mediador.

Foi ai em que ouvi por parte do advogado do Réu (o pai), quatro frases que me trouxeram preocupação, e me fizeram refletir sobre o assunto, e que foi um dos motivos que me levaram a escrever sobre este tema. Disse o advogado: “Isso não vai dar certo; isso não adianta; isso é perda de tempo, e acredito que o meu cliente não ira participar disso”.

Não sei como está a questão envolvendo pai e filha, e nem como estão os demais processos judiciais em que estão envolvidos, e nem se compareceram ao núcleo de mediação, mesmo após terem aceitado, em um primeiro momento, o convite para comparecerem a título de visita ao núcleo de mediação.

Porém, diante da postura assumida pelo Advogado em audiência, algumas perguntas surgiram de forma natural em minha mente, é que podem nos fazer refletir sobre as barreiras que a mediação poderá enfrentar para que seja efetivamente implantada em nosso país, são elas: Será que agiu dessa forma por não conhecer o que é mediação? Será que conhece, mas não acredita em sua eficácia? Ou pior, Será que entende a mediação como uma ameaça, ao exercício de sua profissão, já que em caso de uma pacificação entre pai e filha, poderia influenciar nas outras ações, ou até mesmo culminar com a extinção destas demandas judiciais, presumindo que reduziria a prestação do seu serviço, lhe trazendo algum tipo de prejuízo econômico quanto ao recebimento de seus honorários?

É lógico que não se pode tomar o caso descrito como regra, mas volto a afirmar, que serve como parâmetro para uma reflexão sobre os desafios a serem enfrentados para que a mediação seja efetivamente aplicada em nosso país.

3 O QUE É MEDIAÇÃO

A mediação pode ser definida em síntese, como um processo de resolução de um conflito mediante a composição dos interesses das partes, alcançado pelas próprias partes, porém, com o auxílio de um terceiro que deve ser neutro e imparcial (AZEVEDO; BARBOSA, 2003).

O mediador é uma terceira pessoa imparcial e neutra, aceita pelas partes, atua buscando a comunicação entre elas, mas não dá soluções para o acordo, ele não decide, apenas ouve cada uma das partes com a sua sugestão para o conflito. O mediador procura mostrar as vantagens e desvantagens das sugestões de cada uma das partes, tentando que no final resulte um acordo que apresente o encontro das duas vontades de forma consciente (SALES, 2003).

Pode ser conceituada como o auxílio de um terceiro, para que as partes possam chegar a solução de um conflito, e a atuação deste terceiro se difere a de um conciliador, já que o mediador faz com que as partes possam enxergar a verdadeira origem do conflito, estabelecendo uma negociação em conjunto sendo que o mediador atua na facilitação do diálogo entre as partes (BARBOSA, 2007).

Destacando que a mediação não visa só à obtenção de um acordo, ou dar uma alternativa de solução ao caso, e resolvendo o problema apresentados pelos envolvidos no conflito naquele momento. A mediação vai mais além, ela visa a possibilidade de preparar as partes envolvidas para que possam em casos semelhantes e futuros, solucionarem o conflito com soluções estabelecidas pela própria partes (AZEVEDO; BARBOSA, 2003).

Destaque também para o fato de que a mediação pode ser utilizada em solução de conflitos não só jurídicos, mas também os de cunho social, envolvendo grupos específicos como comunidades indígenas, negros, pessoas carentes etc..., substituindo em vários casos a necessidade da aplicação de uma norma legal imperativa.

Sendo assim, podemos compreender a Mediação como um meio de resolução de conflitos muito mais no aspecto social, com a ajuda de um terceiro neutro, independente, sem a imposição de qualquer poder, a não ser o livre arbítrio dos próprios mediados em solucionarem o caso, sendo o mediador um terceiro que atua como uma espécie de conselheiro, aconselhando e orientando as partes que deverão ao final escolherem a melhor solução para o caso (GRISARD FILHO, 1999).

E necessário evidenciar que a mediação não é meio substitutivo da via judicial, mas um mecanismo de atuação que visa sua complementação, já que, os acordos construídos na mediação, podem ser encaminhado à homologação judicial.

Ainda segundo Grisard Filho (1999) existem três tipos básico de mediação, são elas: A de intervenção mínima, em que o mediador será uma presença neutra e imparcial, estimulando o fluxo de comunicação entre as partes; à intervenção dirigida, que identifica e ao mesmo tempo avalia, juntamente com as partes, as opiniões e opções que estão disponíveis e as orienta adotando a mais conveniente e por fim a de intervenção terapêutica, que intervém à correção das disfuncionalidades, procurando uma solução conjunta.

Pode-se também evidenciar que a mediação é um processo voluntário e confidencial, na qual o terceiro neutro irá ajudar na discussão e negociação de todas as questões que envolvem as partes, ultrapassando inclusive o limite estabelecido como aquilo que seria o primeiro objeto discutido, resolvendo outras questões (pano de fundo), inclusive de ordem emocional, já que o mediador facilita a comunicação entre os mediados.

Um dos objetivos é chegar ao final do conflito com uma solução que irá manter uma continuidade nas relações das partes envolvidas, já que o mediador devidamente capacitado vai identificar problemas além daqueles iniciais apresentados pelas partes, utilizando inclusive técnicas como do serviço social e da psicologia, para observar as necessidades e os interesses envolvidos e para estabelecer decisões consensuais (MORAIS; SPENGLER, 2008).

A mediação é uma forma de resolver os conflitos, em que os próprios interessados buscam e concordam com a atuação do mediador, que se apresenta de forma neutra e segura, permitindo as partes a tomada de decisões por si mesmos, chegando a uma solução aceita por ambos.

Muito mais do que um acordo, a mediação preconiza o potencial de transformação das pessoas, pois representa a expressão de uma visão relacional, amparada na consideração e no respeito às diferenças (BREITMANN, STREY, 2006).

3.1. Mediação como alternativa para solução de conflitos e a Resolução Nº 125 do Conselho Nacional de Justiça

Não é de hoje a discussão em torno da estrutura do sistema judicial no Brasil, inclusive com a inevitável conclusão de que se tornou ineficiente a satisfazer a pretensão daquele que busca a resolução de conflitos, devido ao excesso de demanda, o que faz com que em muitos casos o procedimento judicial se torne moroso, e também em muitos casos, ao final do processo se mostre ineficaz, o que acarreta a insatisfação dos usuários desse sistema (MENDES, 2011).

Também não é de hoje que existe uma busca incansável por soluções ou alternativas que possam resolver, ou, ao menos amenizar o problema do judiciário brasileiro e do resgate a credibilidade do poder judiciário.

Muitas são as tentativas de se dar maior celeridade ao processo judicial através de alterações legislativas, na tentativa de criação de mecanismos para a solução dos conflitos. Estas alterações ocorreram na Constituição Federal, no Código de Processo Civil, na criação do Código de Defesa do Consumidor e principalmente na criação dos Juizados Especiais, dentre outras.

Porém, mesmo com todas essas tentativas, as medidas não vêm surtindo o efeito desejado, talvez porque a principal finalidade seja evitar, ou diminuir o grande volume

de ações judiciais, quando deveriam na verdade analisar as causas que levam as pessoas a cada dia mais a procurarem o poder judiciário para resolverem os seus conflitos.

Talvez tudo se de por causa da cultura da judicialização e a falta de estímulo à utilização de outras formas extrajudiciais de resolução de conflitos, como a conciliação, a mediação e a arbitragem. Mecanismos de solução de conflitos que poderiam ampliar o acesso à Justiça, melhorando sua efetividade, auxiliar na redução do número de processos que tramitam pelo Poder Judiciário e até diminuir o tempo de resolução das ações.

Não se pode olvidar que a mediação se apresenta como uma alternativa interessante na solução de conflitos, podendo não só ajudar a reduzir o numero de demandas no judiciário, como no aspecto científico, tentar compreender a origem dos conflitos e das perspectivas dos conflitantes.

Contudo, não significa que a mediação será a solução de todos os problemas na resolução de conflitos, mas poderá contribuir e muito, já que uma de suas facetas é a possibilidade de preparar os cidadãos para que procure voluntariamente um acordo através da mediação, o que evitaria a busca pelo poder judiciário.

Para isso é preciso que a mediação seja mais difundida, conhecida, aceita e conseqüentemente utilizada. Nesse sentido o Conselho Nacional de Justiça instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário que visa estimular, apoiar e difundir a sistematização e o aprimoramento das práticas que já vem sendo adotadas por muitos tribunais em todo país.

Cabe ainda consignar que a mediação vem se desenvolvendo ao longo dos anos como um amplo projeto de tentativa de humanização da justiça e da cidadania, e que já há algum tempo vem sendo utilizado em vários países, e que também vem ganhando força em âmbito nacional sendo implantado em vários Estados do Brasil.

Com base nessa tendência mundial, é importante destacar os avanços na Política Pública do Poder Judiciário Nacional e principalmente o destaque para a Resolução 125, de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça, que deu relevância para a mediação.

A Resolução traz como um de seus pontos mais relevantes a necessidade de atualização do acesso à justiça, não como mero acesso aos órgãos judiciários e aos processos

tradicionais, e sim como acesso à ordem jurídica justa, como também direito de todos os cidadãos à solução dos conflitos de interesses pelos meios mais adequados a sua natureza e peculiaridade, com o emprego inclusive dos mecanismos alternativos de resolução de conflitos, como a mediação.

A Resolução busca a proliferação da cultura de pacificação social, com apoio do Conselho Nacional de Justiça aos Tribunais na organização e prestação dos serviços de forma adequada aos conflitos através de uma cooperação dos órgãos públicos e das instituições públicas e privadas, com ênfase nas áreas de ensino, para a criação de disciplinas que propiciem o surgimento da cultura da solução pacífica dos conflitos de interesses.

Com a utilização da prática da mediação, o Judiciário não fica tão sobrecarregado, podendo assim atender melhor as demandas que exigem maior atenção (BARCELLAR, 1999).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A necessidade de utilizarmos a mediação como forma alternativa de resolução de conflitos é reflexo não só de uma tendência mundial, mas de uma realidade a ser encarada de forma responsável em nosso país, já que realmente esse mecanismo alternativo se apresenta como uma maneira atraente, e sem dúvida mais econômica, rápida e menos desgastante para todos os envolvidos (OLIVEIRA, 2000).

Não como substituto da ação do Estado juiz, mas como algo que possa contribuir de forma efetiva para a redução do número de demandas judiciais.

Ciente de que o aspecto cultural e o interesse de alguns não serão facilmente superados, o que exigira esforço por parte de todos aqueles que já compreenderam adequadamente o instituto da mediação, só então, poderemos ver o crescimento gradual dos benefícios da utilização da mediação, o que poderá convencer a todos de que esse meio de solução de conflitos é uma excelente alternativa e que merece ser considerada, trabalhada, aperfeiçoada e utilizada.

Não se pode esquecer que mesmo não tomando o caso concreto descrito neste trabalho como a regra, é válida a sua utilização como parâmetro para uma reflexão, já que muitos serão os momentos em que alguns poderão se levantar contra a mediação, e ainda que

seja pela desinformação, não se pode aceitar que tais atitudes possam partir justamente daqueles que operam o direito, ou daqueles de quem menos se espera a rejeição.

Cabendo ainda ressaltar que antes de se posicionar de forma contrária ao instituto da mediação, poderão refletir sobre o fato de que existe a possibilidade inclusive de usufruir do próprio mecanismo da mediação para o crescimento profissional, com a valorização inclusive do próprio cliente, evitando o desgaste muitas vezes desnecessário ao se enfrentar um demanda judicial, e inclusive auxiliando o cliente, ainda que seja em procurar a mediação para a solução do conflito, e da mesma forma prestar o serviço fazendo jus aos honorários por seu serviço prestado.

Entendo que a mediação deve ser estimulada, e não reprimida, diante do potencial de contribuição na redução de demandas judiciais e na contribuição para o auxílio no que diz respeito a pacificação social (BARCELAR, 1999).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, A. G. Perspectivas metodológicas do processo de mediação: apontamentos sobre a autocomposição no direito processual. In AZEVEDO, A. G.; BARBOSA, I. M. **Estudos de arbitragem, mediação e negociação**. Brasília: Grupos de Pesquisa, v. 2, 151-172, 156 p. 2003.

BACELLAR, R. P. A Mediação no Contexto dos Modelos Consensuais de Resolução de Conflitos. In: **Revista de Processo**, São Paulo, n. 95, p. 122-134, jul.-set. 1999. p. 133.

BARBOSA, A. A. Mediação Familiar: Estado da Arte da Mediação Familiar Interdisciplinar no Brasil. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 8, n. 40, p.140-144, fev.-mar. 2007.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 32 p.

_____. Lei 9099/95. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/9099.htm>.> Acesso em: 20 out. 2014.

_____. Resolução n.º 19/2012, do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do ES, que instituiu o Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos do Poder Judiciário do Estado do Espírito Santo Disponível em: <<http://www.TJES.gov.br/>> Acesso em: 22 out. 2014.

_____. Resolução nº 125 CNJ. **Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em:
<<http://www.cnj.jus.br>> Acesso em: 21 out. 2014.

_____. Resolução nº 174 de 12.04.2013. **Conselho Nacional de Justiça**. Disponível
em: <<http://www.cnj.jus.br>> Acesso em: 21 out. 2014.

BREITMANN, S. G.; STREY, M. N. Gênero e mediação familiar: Uma interface
teórica. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, n. 36, p. 55, jun./jul.
2006.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. 17ª ed., São Paulo: Atlas, 2004, 431p.

GRISARD FILHO, W. A Mediação como Instrumento eficaz na Solução dos Conflitos
de Família. **Revista IOB de Direito de Família**. Porto Alegre, v. 1, n. 1, jul. p. 48,
1999.

MENDES, Gilmar. **Especialistas internacionais elogiam resolução do CNJ sobre
conciliação**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/14887>>. Acesso em: 24
DE out. 2014.

MORAIS, J. L. B.; SPENGLER, F. M. **Mediação e Arbitragem: Alternativas à
jurisdição**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. 54 e 138 p.

OLIVEIRA, M. A mediação de conflitos: A mediação é uma técnica de solução de
conflitos rápida, ágil, flexível e particularizada a cada caso. **Gestão Plus** n. 12, jan. fev.,
2000.

SALES, L. M. M. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

Programação Global Mediation Rio 2014

24/11

Local: Plenário da Lâmina Central - Tribunal Pleno
Avenida Erasmo Braga, 115, Centro (sujeito à mudança)

18h00

FORMAÇÃO DE MESA DE HONRA

- Ministro Ricardo Lewandowski – Presidente do Supremo Tribunal Federal
- Ministro Marco Aurélio Gastaldi Buzzi – Superior Tribunal de Justiça
- Dr. Eduardo Paes – Prefeito da Cidade do Rio de Janeiro
- Desembargadora Leila Mariano – Presidente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro - TJRJ
- Embaixador Jorge Chediek - Representante Residente do PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento
- Desembargador Sérgio Schwaitzer – Presidente do TRF2
- Desembargador Carlos Araujo Drummond – Presidente do TRT2
- Dr. Sérgio Zveiter - Deputado Federal, Relator do Projeto de Lei da Mediação
- Desembargador Roberto Guimarães – Presidente do Instituto dos Magistrados do Brasil - IMB
- Dr. Marcus Vinicius Furtado Coelho - Pres. do Conselho Federal da OAB
- Jornalista Luiz Mauricio – Secretário Geral do Global Mediation Rio

Execução do Hino Nacional

Homenagem especial à Ministra Nancy Andrighi, pelo Desembargador Agostinho Teixeira e pela Desembargadora Leila Maria Carillo Cavalcante Ribeiro Mariano

19h30

Conferência Magna

Ministra Nancy Andrighi – Corregedora Nacional de Justiça

25/11

Local: AUDITÓRIO ANTONIO CARLOS AMORIM - EMERJ
Avenida Erasmo Braga, 115, 4º andar, Centro (sujeito à mudança)

09h00 – 10h00

PAINEL I - Conferência Nacional



Conferencista: Dr. José Mariano Beltrame - Secretário de Estado de Segurança do Rio de Janeiro

Tema: Programa de Polícia Pacificadora e os desafios da mediação de conflitos

10h00 – 10h30 - Intervalo

10h30 – 11h30

PAINEL II - Conferência Nacional



Conferencistas:

Profa. Pós doutora Bárbara Mourão – Pesquisadora do Centro de Estudos de Segurança e
Cidadania (Cesec/UCAM) e

Cel. Frederico Caldas – Coordenador de Polícia Pacificadora/PMERJ

Tema: A mediação como mecanismo de proximidade

Debatedor: Prof. Mestre André Luiz Rodrigues – Coordenador do ISER – Instituto de Estudos
da Religião - Rio de Janeiro

11h30 – 12h30

PAINEL III - Conferência Nacional 

Conferencistas: : Prof. Dr. Pedro Strozenberg – Presidente do Conselho Estadual de Direitos
Humanos do Rio de Janeiro

Anna Maria Di Masi – Coordenadora do Núcleo de Mediação de Conflito – Ministério
Público/RJ

Tema: Mediação de Conflitos: teoria e prática

Debatedor: Maj. Leonardo Mazzurana – Assessor da Subsecretaria de Educação, Valorização
e Prevenção/SESEG-RJ

12h30 – 14h00 - Intervalo para almoço


14h00 – 17h00 - Visita Técnica ao Núcleo de Mediação de UPP (exclusivamente para
delegações internacionais)

17h00 - Encerramento de Atividades

26/11

Local: AUDITÓRIO ANTONIO CARLOS AMORIM - EMERJ
Avenida Erasmo Braga, 115, 4º andar, Centro (sujeito à mudança)

08h30

PAINEL IV – Conferência Nacional 

Conferencista: Desembargadora Leila Mariano – Presidente do TJRJ - Brasil


Tema: Soluções Alternativas de Conflitos e os Desafios da Jurisdição Brasileira

Debatedor 1: Dra. Ana Tereza Basílio - Juíza TRE

Cássius Guimarães Chai, Alexandre de Castro Coura (Orgs.)

Debatedor 2: Desembargador Fábio Dutra - TJRJ

09h15

PAINEL V - Conferência Internacional 

Conferencista: Dr. César Landa, ex-Ministro da Corte Constitucional da República do Perú, Vice-presidente da Associação Internacional de Direito Constitucional - Perú

Tema: Controle constitucional dos mecanismos alternativos de resolução de conflitos: a mediação

Debatedor 1: Prof. Doutorando Ricardo Alexandre Oliveira Ciriaco – Advogado e representante do Grupo de Ensino Devry Brasil

Debatedor 2: Desembargadora Jacqueline Montenegro - TJRJ

10h00

PAINEL VI - Conferência Nacional 


Conferencista: Prof. Dr. Cássius Guimarães Chai - MPMA - Brasil

Tema: Negociação de Conflitos Coletivos e Penais – Desafios e Possibilidades no manejo de Termos de Ajustamento de Condutas

Debatedor 1: Prof. Dr. Alexandre de Castro Coura – MPES

Debatedor 2: Prof. Dra. Juliana Magalhães – Coordenadora do Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ

10h45

PAINEL VII - Conferência Internacional 

Conferencista: Dr. Fernand de Varennes, Observatoire International des Droits Linguistique - Canadá


Tema: Mediação e Direito Idiomático: Uma perspectiva a partir dos Direitos Humanos

Debatedor 1: Dr. Michel Betenjane Romano - Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo

Debatedor 2: Mahmoud S. Elsaman – Universidade do Cairo - Egito

11h30 – 13h15 - Intervalo para almoço


13h30 - 14h00

PAINEL VIII - Conferência Internacional 

Conferencista: Dra. Liv Larsson - Presidente do Centro de Mediação da Suécia

Tema: Mediação e comunicação Não-Violenta

14h00 - 14h30

PAINEL IX - Conferência Internacional 

Conferencista: Prof. Pos.Doc. Mark Vlasic – Georgetown University- EUA

GlobalMediation.com

Tema: Mediação e direitos humanos na perspectiva de heranças culturais

14h45 – 18h15

GRUPO DE TRABALHO I: Mediação, Sistema de Justiça e Administração Pública – O Poder Judiciário, O Ministério Público e a Advocacia Pública.

Local: AUDITÓRIO ANTONIO CARLOS AMORIM - EMERJ

Avenida Erasmo Braga, 115, 4º andar, Centro (sujeito à mudança)

Coordenadores: Prof. Dr. Alexandre de Castro Coura (MPES) e Dr. Daury Cesar Fabriz (Prof. do Programa de Doutorado da Faculdade de Direito de Vitória)

Conferencistas: **Dra.** Cynthia Jones – American University – Washington College of Law – EUA

Dr. Mahmoud Elsaman – Universidade do Cairo – Egito

Dr. Américo Freire Jr. - Juiz Federal, Doutor e mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV. Professor da FDV

Dr. Nelson Camata Moreira Professor do Programa de Doutorado e Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais da FDV. Advogado

GRUPO DE TRABALHO II – Mediação e Direitos Humanos

Local: AUDITÓRIO Desembargador Nelson Ribeiro Alves

Avenida Erasmo Braga, 115, 4º andar, Centro (sujeito à mudança)

Coordenadores: Prof. Dra. Elda Bussinguer e Prof. Dr. Ricardo Goretti - Faculdade de Direito de Vitória (FDV)

Conferencistas: **Dra.** Rosa Maria Freire – Sócia fundadora do GMME – Grupo de Magistrados Europeus de Mediação – Espanha

Dr. Emiliano Carretero Morales – Subdiretor Máster em Mediação, Negociação e Resolução de Conflitos – Universidad Carlos III – Madrid

Dra. Juliana Loss - Mediadora. Professora de negociação e mediação. Membro da CEMCA - Comissão Especial de Mediação, Conciliação e Arbitragem e da Comissão para Relações com a França.

Dr. José Luiz Bolzan

GRUPO DE TRABALHO III - Mediação e Relações de Consumo

Local: AUDITÓRIO DESEMBARGADOR JOSE NAVEGA CRETTON

Avenida Erasmo Braga, 115, 7º andar, lâmina 1 – Centro (sujeito à mudança)

Coordenador: Prof. Dr. Anibal Zárate Pérez, Doutor por Universidade Paris II de Parthéon-Assas, Universidad Externado Colombia

Conferencistas: **Prof.** Manuel Izquierdo Carrasco – Dr. em Direito pela Universidade de Córdoba – Espanha

Prof. Lorenzo Villegas Carrasquilla - Catedrático da Universidade dos Andes – Colombia

Dr. Cristiano Heineck Schmitt – Membro da Comissão Especial de Defesa do Consumidor da OAB Seccional do Rio Grande do Sul

Cássius Guimarães Chai, Alexandre de Castro Coura (Orgs.)

Dr. Guilherme Magalhães Martins – Titular da 3ª. Promotoria Cível da Capital do Rio de Janeiro

Dra. Fabiana Rodrigues Barletta - Diretora Adjunta de Comunicação do Instituto BRASILCON – Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor.

Dr. Lindojon G. Bezerra dos Santos – Presidente e Conselheiro do Conselho de Usuários de Telecomunicações da Região Nordeste do Grupo AMX - ANATEL

27/11

Local: AUDITÓRIO ANTONIO CARLOS AMORIM - EMERJ
Avenida Erasmo Braga, 115, 4º andar, Centro (sujeito à mudança)

08h30

PAINEL X - Conferência Internacional



Conferencista: Profa. Dra. Soraya Amrani Mekki - Conselho de Direitos Humanos da República Francesa - França

Tema: Mediação e processo: desafios e possibilidades pela reforma civil e de direitos sociais na França

Debatedor 1: Prof. Doutorando Francisco Lima Soares, Cientista Político-Social da Universidade de Sorbonne - França

Debatedor 2: Prof. Doutor Alberto Manuel Adorno Poletti – Universidad Columbia Del Paraguay

09h15

PAINEL XI – Conferência Nacional



Conferencista: Dr. José Antônio Fichtner - advogado e Professor

Debatedor 1: Dra. Patricia Félix Tassara - Subprocuradora Geral do Município do Rio de Janeiro

Debatedor 2: Dr. Luiz Eduardo Cavalcanti Corrêa - Procurador do Município do Rio de Janeiro

Tema: Administração de processos de mediação

10h00

PAINEL XII – Conferência Internacional



Conferencista: Prof. Dr. Alberto Elisavetsky – Observatório de Conflito da Universidade Nacional da Argentina e Fundador da Resolução de Conflitos on Line da América Latina - Argentina

Tema: Estado de arte da resolução de conflitos e de novas tecnologias – os desafios da América Latina

Debatedor 1: Profa. Dra. Alicia Millan - Diretora do Centro de Negociação e Mediação e do Conselho Profissional de Ciências Econômicas da cidade de Buenos Aires.

Debatedor 2: Prof. Dr. Manuel Izquierdo Carrasco – Decano de Direito da Universidade de Córdoba – Espanha

10h45

PAINEL XIII - Conferência Internacional



Conferencista: Juiz András Sájo - Corte Europeia de Direitos Humanos União Europeia / Hungria

Tema: O processo de resolução alternativa de litígios e proteção dos direitos humanos no âmbito do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos - requisitos de equidade.

Debatedor 1: Dra. Juliana Pereira da Silva – Secretária Nacional do Consumidor - SENACON

Debatedor 2: Dr. Flavio Croce Caetano – Secretário Nacional de Reforma do Judiciário

11h30 – 13h15: Intervalo para almoço

13h30 - 14h00

PAINEL XIV - Conferência Internacional



Conferencista: Dr. Casimiro Manuel Marques Balsa – Prof. Catedrático no Depto. de Sociologia da Universidade Nova de Lisboa - Portugal

Tema: A mediação de conflito no ambiente escolar do continente europeu

14h00 - 14h30

PAINEL XV - Conferência Internacional



Conferencista: Prof. Dr. Sergio Ramiro Peña Neira – Universidad de Chile

Tema: Jurisdição penal e mediação. Perspectivas e realidade na República do Chile

14h45 – 18h15

GRUPO DE TRABALHO IV: Mediação, Processo Penal e suas Metodologias

Local: AUDITÓRIO ANTONIO CARLOS AMORIM - EMERJ

Av. Erasmo Braga, 115, 4º and. Centro (sujeito à mudança)

Coordenadores: Prof. Dr. Alberto Manuel Poletti Adorno – Universidad Columbia del Paraguay e Prof. Dr. Weliton Sousa Carvalho

Conferencistas: Dra. Claudia Criscioni Ferreira – Membro da comissão nacional de estudo da reforma do sistema de justiça criminal – Paraguai

Prof. Máster Dr. Nicolás Rucci – Procurador Cybercrime. Ministério Segurança e Justiça da Provincia de Buenos Aires – Argentina

Prof. Mario Camilo Torres – Justiça Criminal – Paraguai

Sra. Claudia Velazquez - Treinadora de Negociação de Conflitos do Centro de Arbitragem e Mediação - Paraguai

GRUPO DE TRABALHO V: Mediação Comunitária

Local: AUDITÓRIO Des. Nelson Ribeiro Alves-Av. Erasmo Braga, 115, 4ºand. Centro (sujeito à mudança)

Cássius Guimarães Chai, Alexandre de Castro Coura (Orgs.)

Coordenadores: Dr. Michel Betenjane Romano (MPSP) e Professor Doutor Adolfo Braga Neto – Presidente do IMAB – Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil

Conferencistas: Dra. Tatiana Rached – Secretária de Justiça e Defesa da Cidadania de São Paulo.

Dr. Guilherme de Almeida – Prof. pós doutorado no Freiburg Institute of Advanced Studies (FRIAS)

Dra. Célia Nobrega Reis – Ministério da Justiça e dos Direitos Humanos de Angola

Dr. Alejandro Nató – Provedor de Justiça de Buenos Aires - Argentina

GRUPO DE TRABALHO VI: Mediação Familiar, Infância, Idoso e Gênero

Local: AUDITÓRIO DESEMBARGADOR JOSE NAVEGA CRETTON

Avenida Erasmo Braga, 115, 7º andar, lâmina 1 – Centro (sujeito à mudança)

Coordenadores: Prof. Pos.Doc. José Manuel Peixoto Caldas - Diretor do Observatório Iberoamericano de Saúde e Cidadania, Universidade do Porto, Pesquisador Visitante FIESP e Prof. Pos.Doc. Artenira Silva e Silva, Prof. Doutor Alexandre Gustavo de Melo Franco Bahia, UFOP.

Conferencistas: Dr. José Manuel Mendez Tappia – Mestre em Medicina Social da Universidade - México

Dra. Leila Tardivo – Pres. da Comissão de Cultura e Extensão do Instituto de Psicologia da USP

Dr. Dierle José Coelho Nunes – Mestre pela PUC-Minas e pela Università degli Studi di Roma “La Sapienza”

Dra. Almudena Manso -Doutora em sociologia do departamento de comunicação II e ciências sociais na Universidade Rey Juan Carlos.

28/11

Local: AUDITÓRIO ANTONIO CARLOS AMORIM - EMERJ
Avenida Erasmo Braga, 115, 4º andar, Centro (sujeito à mudança)

8h30

PAINEL XVI - Conferência Internacional



Conferencista: Prof. Mo Jing Hong - China

Tema: Os desafios de resolução de conflitos entre as diferentes culturas - novas fronteiras de jurisdição internacional sob o conceito de direitos universais.

Debatedor 1: Des. Federal Fausto Martin De Sanctis – TRF3

Debatedor 2: Luciano Badini–Promotor de Justiça de Minas Gerais–Brasil

09h15

PAINEL XVII - Conferência Internacional



Conferencista: Dr. Gerry Rooney - Presidente do Instituto Irlandês de Mediação (Irlanda)

Tema: A experiência Irlandesa na reforma legislativa na adoção da mediação e os desafios ao legislador e à jurisdição

Debatedor 1: Dr. Paulo Assed Estefan – Juiz Diretor do Fórum de Campos dos Goytacazes–RJ - Mestre em Direito Constitucional

Debatedor 2: Des. Federal Luiz Stefanini TRF3

10h00

PAINEL XVIII - Delegações Internacionais

10h45

PAINEL XIX - Conferência Nacional



Conferencista: Min. Marco Aurélio Buzzi - STJ

Tema: Ressurgimento dos Meios Adequados de Resolução de Conflitos

Debatedor 1: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva - STJ

Debatedor 2: Min. Paulo de Tarso Sanseverino - STJ

11h30 – 13h15: Intervalo para almoço

13h30 – 17h15

GRUPO DE TRABALHO VII: Mediação e Conflitos Internacionais

Local: AUDITÓRIO ANTONIO CARLOS AMORIM - EMERJ

Avenida Erasmo Braga, 115, 4º andar, Centro (sujeito à mudança)

Coordenadores: Prof. Dr. Christian Djefal – Universidade de Berlim/Alemanha e Prof. Dr. Raphael Vasconcelos

Conferencistas: Prof. Dr. Alberto Manuel Poletti Adorno – Universidad Columbia del Paraguay
Dr. Cassius Guimarães Chai – MPMA

GRUPO DE TRABALHO VIII: Mediação, Linguagem, Comportamento e Multiculturalismo

Local: AUDITÓRIO Desembargador Nelson Ribeiro Alves

Avenida Erasmo Braga, 115, 4º andar, Centro (sujeito à mudança)

Coordenadores: Prof. Mestre Décio Nascimento Guimarães – Universidade Estadual do Norte Fluminense e Profa. Dra.

Bianka Pires André - Universidade Estadual do Norte Fluminense (UENF)

Conferencistas: Dr. Casimiro Manuel Marques Balsa – Prof. Catedrático no Depto. de Sociologia da Universidade Nova de Lisboa - Portugal

Dra. Martha Vergara Fregoso – Coordenadora de Pesquisa do Centro Universitário de Ciências Sociais e Humanas da Universidade de Guadalajara

Cássius Guimarães Chai, Alexandre de Castro Coura (Orgs.)

GRUPO DE TRABALHO IX: Mediação e Direitos Sociais Indisponíveis: Trabalho, Saúde, Educação e Meio-Ambiente

Local: AUDITÓRIO DESEMBARGADOR JOSE NAVEGA CRETTON

Avenida Erasmo Braga, 115, 7º andar, lâmina 1 – Centro (sujeito à mudança)

Coordenadores: Prof. Doutoranda Maria do Socorro Almeida de Sousa – TRT 16ª.

Região/Maranhão, Prof. Dra. Herli de Sousa Carvalho - Universidade Federal do Maranhão –

UFMA e Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN e Prof. Esp. Mariana Lucena

Sousa Santos

Conferencistas: Prof. Dr. Filinto Elisio de Aguiar Cardoso (Cabo Verde) – Vice-Presidente da Multilingual Schools Foundation (Portugal)

Profa. Edith Maria Barbosa Ramos – Universidade Federal do Maranhão

Profa. Nicia Regina Sampaio – Ministério Público do Espírito Santo

CLAUSURA

PLENÁRIA - Plenário da Lâmina Central - Tribunal Pleno

Avenida Erasmo Braga, 115 - Centro

CARTA RIO GLOBAL MEDIATION DE ACESSO À JUSTIÇA E FORTALECIMENTO DA CIDADANIA

O *Global Mediation Rio*, por seus Conselhos Acadêmico e Científico, bem como pela Coordenação Científico-Internacional e pelas Coordenações dos seus Grupos de Trabalho reunidos na cidade do Rio de Janeiro, no mês de novembro de 2014, nos dias 24 a 28;

Considerando que o conflito social manifesta-se multifacetariamente e, portanto, inscreve-se na riqueza do mundo da vida e se conforma na gramática de práticas sócio-institucionais naturalizadas;

Considerando que a Mediação é coetaneamente método e procedimento e pode ambientalizar um contexto para fortalecer o *sentimento de pertencimento* e de identidade constitucionais nas experiências democráticas objetivando a pacificação social;

Considerando a abertura semântica intercultural e transdisciplinar plasmável na Mediação, impondo um permanente exercício crítico-constutivo da efetividade da realização de Justiça Social e densificação da cidadania;

Admitindo que os processos decisórios oficiais devem acolher a condição ínsita aos princípios do devido procedimento legal e do contraditório enquanto oportunidade de ser ouvido em paridade de reconhecimento e de consideração;

Admitindo a inalienabilidade de permanente proteção aos Direitos Humanos;

Admitindo que está reservado ao Poder Judiciário o papel institucional de protetor dos Direitos Humanos e que tal condição à um Estado Democrático não elimina a possibilidade de convivência com um sistema *multidoor* para conhecimento, apreensão e solução de conflitos; e,

Admitindo que é curial romper-se com a mentalidade conformada em pré-compreensões teóricas de que a legitimidade de decidir bastar-se-ia na literalidade da lei,

Adota os seguintes enunciados:

Cássius Guimarães Chai, Alexandre de Castro Coura (Orgs.)

- I. O acesso à justiça social deve ter na figura do Poder Judiciário o garantidor último e residual como possibilidade institucional factível de pacificação social;
- II. Os Poderes Republicanos articuladamente devem convergir para uma política de Estado no estabelecimento de outros meios de solução de controvérsias, firmando parcerias e fomentando a atuação das Instituições essenciais à administração da Justiça;
- III. A Mediação como serviço público nas políticas de Estado deve reger-se pela informalidade, flexibilidade, gratuidade, confidencialidade e independência do mediador, preconizando um processo difuso para conhecer conflitos privados e públicos;
- IV. Os instrumentos institucionalizados de Mediação, públicos e ou privados, em especial os empresariais, devem dispor de meios tecnológicos que sejam capazes de democratizar o acesso eficiente, ágil e facilitado a todos os interessados;
- V. A Mediação Penal, quando adequado, deve ser pensada e realizada como meio de prestigiar a composição e a reparação civil dos danos causados às vítimas com preponderância sobre as alternativas de encarceramento;
- VI. O princípio da oportunidade regrada para o manejo da Ação Penal deve ser considerado como vetor do agir ministerial público sempre e quando o bem lesionado for disponível e os resultados forem mais representativos para a pacificação social;
- VII. A Mediação deve ser possibilitada em toda e qualquer fase processual, na execução penal inclusive, como meio de concretizar a pacificação social e promover com mais efetividade processos de ressocialização;
- VIII. A Mediação comunitária, enquanto mecanismo de emancipação, de autocomposição, de autodeterminação e de empoderamento social, deve ser prioritariamente conduzida por seus atores sociais, habilitados e conduzidos a desenvolverem competências para identificar, elaborar e ambientar espaços para a solução de seus conflitos;
- IX. Compreender o contexto do conflito e as características subjetivas, de vulnerabilidade física, psíquica e socioeconômica, são condições necessárias para condução do processo de autocomposição ou de auxílio ao processo de

- autocomposição visando alcançar a sua diluição e a superação de disputas;
- X. A autodeterminação dos povos e a soberania são princípios que devem fortalecer a afirmação do preceito do não uso da força, e prestigiar a solução pacífica de controvérsias com o compromisso de não renúncia de proteção da pessoa humana e de sua dignidade, sua história e sua memória;
- XI. O processo de Mediação dos conflitos deve ser abordado como um meio integrativo no qual a identificação das diferenças, compreendida dentre elas a linguagem e seus maneirismos, convirja para um diálogo a ser estabelecido com clareza de conceitos, e igual respeito e consideração;
- XII. A Mediação de conflitos laborais, individuais ou coletivos, deve ultimar-se preservando o princípio da irrenunciabilidade dos direitos não patrimoniais e o direito de acesso à justiça, com as garantias que lhe são conferidas, respeitado o direito fundamental de escolha consciente;
- XIII. A Mediação em matéria de meio ambiente deve transcender a resolução de conflitos consolidados, para alcançar a construção de um mundo sustentável para as gerações futuras;
- XIV. Os processos de aprendizagem, em todos os seus níveis, áreas e setores, devem ser urdidos a partir da consciência de sua capacidade de formar uma mentalidade com competências capaz de empoderar o cidadão, e de lho conduzir ao fortalecimento de uma cultura de pacificação de conflitos;
- XV. A Mediação em matéria de saúde deve preservar ao máximo os direitos fundamentais devendo o Estado adotar controle dos recursos materiais e humanos, promovendo de modo facilitado e inclusivo a correta informação sobre seus serviços e procedimentos, atentando para as inovações tecnológicas e de insumos, observando a transparência e a eficiência administrativas.

Rio de Janeiro, Novembro 24 a 28 de 2014.

Conselho Acadêmico

Ministro Marco Aurélio Buzzi - STJ

Ministro Paulo de Tarso Sanseverino - STJ

Cássius Guimarães Chai, Alexandre de Castro Coura (Orgs.)

Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva - STJ
Desembargador Fabio Dutra - TJRJ
Desembargador Guaraci de Campos Vianna - TJRJ
Desembargador Roberto Guimarães - TJRJ
Doutor Sylvio Capanema – Desembargador Aposentado - TJRJ -
Advogado
Desembargador Federal Fausto De Sanctis - TRF3
Desembargador Federal Luiz Stefanini - TRF3
Prof. Dr. Cássius Guimarães Chai - MPMA

Coordenadores Científicos

Desembargador Fábio Dutra
Desembargador Guaraci Vianna
Prof. Dr. Cássius Guimarães Chai

Conselho Científico Editorial e Coordenadores de Grupos de Trabalho

Doutor Adolfo Braga Neto
Professor Doutor Alberto Manuel Poletti Adorno
Professor Doutor Alexandre de Castro Coura
Professor Doutor Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia
Professor Doutor Anibal Zárate Pérez
Professora Doutora Artenira da Silva e Silva Savaia
Professora Doutora Bianka Pires André
Professor Doutor Cássius Guimarães Chai
Professor Doutor Christian Djefal
Professor Doutor Daury Cesar Fabriz
Professor Mestre Décio Nascimento Guimarães
Professora Doutora Elda Bussinguer
Professora Doutora Herli de Sousa Carvalho
Professor Doutor José Manuel Peixoto Caldas
Professora Doutoranda Maria do Socorro Almeida de Sousa
Professora Especialista Mariana Lucena Sousa Santos
Doutor Michel Betenjane Romano
Professor Doutor Raphael Vasconcelos
Professora Heloisa Resende Soares - Assistente Editorial

Coordenação Executiva

Dr. Décio Nascimento Guimarães

