

Aula 3 - PARTE 2

PARTE 2 - FORMAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Nesta etapa do Curso trataremos das diversas formas de resolução de conflitos, dando destaque a atual perspectiva interdisciplinar. Para tanto, iniciamos com a seguinte indagação: Você já vivenciou e percebeu ao seu redor alguma situação conflituosa? Certamente, a resposta será positiva. Isso porque os conflitos são inerentes a natureza humana e ao convívio social.

Reconhecer a existência do conflito é um primeiro passo para superar situações de crise, posto que possibilita a sua análise e adoção de mecanismos para sua resolução, implicando na melhoria das pessoas em seu aspecto interno (conflitos consigo mesmo) e nas relações sociais.

Vale dizer, o conflito identificado e controlado, geralmente, configura uma fonte de ideias novas e progressos através de discussões positivas, permitindo a exploração dos diferentes pontos de vista, interesses e valores.

Assim, como diz Warat (2004, p. 26), os conflitos nunca desaparecem, se transformam, sendo recomendável na presença de um conflito pessoal, intervir sobre si mesmo, transformar-se internamente, então, o conflito se dissolverá (se todas as partes comprometidas fizeram a mesma coisa)”.

Cabe lembrar que o conflito é multidimensional, envolvendo aspectos sociológicos, psicológicos ou mesmo filosóficos das pessoas que o vivenciam. Logo, de forma subliminar ao ato infracional ou a uma pretensão resistida, pode haver sentimentos “maquiados”, como amor, paixão, ciúme, inveja, revolta, raiva, preconceito ou discriminação.

Diante da existência de aspectos ocultos ao conflito, imagina-se o conflito como a figura de um *iceberg*, sendo visível nas relações sociais e processuais apenas a ponta e, por conseguinte, havendo uma dimensão mais ampla subjacente ao mesmo.

Para compreender o conflito em sua profundidade, é relevante que os instrumentos de resolução de conflitos se coadunem com a epistemologia¹ contemporânea de *perspectiva interdisciplinar*, aplicável a todo e qualquer campo da vida humana, de sorte a envolver diversas áreas, como a Psicologia, Sociologia, Antropologia, Direito, Filosofia e Teoria da Comunicação, a fim de que permita lidar com a complexidade e variedade de realidades.

A *interdisciplinaridade* significa o intercâmbio de saberes entre diversas áreas. Difere da *multidisciplinaridade*, que adiciona a uma ciência o conhecimento de outra sem ensejar comunicação entre as ciências, bem como da *transdisciplinaridade*, que vislumbra “o diálogo entre ciências exatas e humanas, mas também com a arte, a experiência interior, os mitos e as religiões nas diferentes culturas” (MUSKAT, 2008, p. 13).

Conhecimento interdisciplinar, segundo Hilton Japiassu (1976, p. 5), constitui instrumento de reorganização do meio científico, pois esse saber toma de empréstimo das diferentes disciplinas os respectivos esquemas conceituais de análise, submete-os à comparação e a julgamento e, por fim, promove uma mútua integração.

Registra-se que para o surgimento da tendência interdisciplinar, ocorrida na Europa, grande foi a influência da obra de Thomas Kuhn e as novas teorias surgidas nas ciências físico-matemáticas e nas ciências humanas no século XX, que trouxeram novas indagações para a Filosofia da Ciência, em especial sobre a verdade e o saber compartimentado.² (PRADO, 2010, p. 171).

¹ Epistemologia, segundo o “Novo Dicionário da Língua Portuguesa”, é o “estudo crítico dos princípios, hipóteses e resultados das ciências já constituídas, e que visa a determinar os fundamentos lógicos, o valor e o alcance objetivo delas” (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, 2 ed. 1986, p. 673)

² Registra-se que outro notável teórico da interdisciplinaridade na Europa, na década de 1969, foi Gusdorf, autor da obra *La Parole* e do Projeto Interdisciplinar para as ciências humanas, patrocinado pela UNESCO. (PRADO, 2010, p. 173)

Thomas Kuhn foi professor de Filosofia e História da Ciência do “Massachusetts Institute of Technology”, MIT, em Boston, e ficou mundialmente conhecido pelo livro “A estrutura das revoluções científicas”, publicado em 1963, no qual criticou a tradição positivista, acentuando que a ciência se desenvolve por saltos, provocados por fatores externos, como os históricos, psicológicos e sociológicos, estranhos à estrita racionalidade científica. (PRADO, 2010, P. 171)

Nessa perspectiva, a razão, longe de objetivar a busca da verdade, poderia consistir num recurso para escamoteá-la. É por isso que se diz que a noção de inconsciente, formulada por Freud, revelou que a razão é menos poderosa do que se supunha, pois a consciência é, em grande parte, dirigida e controlada por forças profundas e desconhecidas. (PRADO, 2010, P. 172)

Assim, a análise do conflito e suas consequências transcende o discurso jurídico tradicional positivista, essencialmente racional, devendo adotar a perspectiva interdisciplinar para adentrar nos múltiplos e complexos fenômenos afetivos e sociais envolvidos irreduzíveis ao conhecimento de uma única ciência.

À guisa de informação, registra-se que no Brasil há vários trabalhos interdisciplinares, como o desenvolvido por Luís A. Warat, ao escrever sobre Semiologia Jurídica. Esse autor, através da obra “Surfando na pororoca: ofício do mediador”, trouxe um novo paradigma para análise do conflito, tendo em vista que eles nunca desaparecem, se transformam, cabendo intervir nos sentimentos (ao invés do conflito).

Por oportuno, importa salientar que não é tarefa fácil para operadores do Sistema de Garantia de Direitos (SGD), acostumados com uma perspectiva tradicional, implementar uma visão interdisciplinar de resolução de conflitos.

Cabe enfrentar, todavia, os entraves e adotar os métodos de resolução de conflitos em uma abordagem interdisciplinar, dando ensejo a promoção de uma cultura de paz.

Nesse caminho, cabe adotar mecanismos de resolução de conflitos que operam preventivamente (através de ações educativas para diminuir ou eliminar as causas de um conflito) ou intervêm durante o seu processo de desenvolvimento, seja por meio de procedimentos tradicionais estatais (jurisdição) ou métodos alternativos de resolução de disputas, também chamados de meios de resolução apropriada de disputas, que serão posteriormente explanados.

Tendo em vista o dever do Estado em proporcionar a paz e segurança na sociedade, zelando pela solução pacífica dos conflitos, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu o direito fundamental do *acesso à justiça*, afirmando que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, inciso XXXV).

Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p.08) salientam que a expressão *acesso à justiça* é de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico: ser igualmente acessível a todos e produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.

Cabe atentar que *acesso à justiça* não tem o sentido de possibilidade de ingresso em juízo (processo judicial). É preciso não confundir *acesso à justiça* com *acesso ao Judiciário*. O *acesso à justiça* está umbilicalmente ligado ao resultado da solução do conflito, no sentido de viabilizar o *acesso à ordem jurídica justa*, vale dizer, efetivando a promoção da justiça. E não se pode dizer que todo *acesso à justiça* passe necessariamente pelo *acesso à jurisdição*, uma vez que existem formas extrajudiciais de resolução de conflitos.

Para complementar esta reflexão, recomendamos a leitura do trabalho científico “ Inovações na Política Judiciária: a face restaurativa da Justiça Contemporânea: <http://livrozilla.com/doc/1452327/ler-a-%C3%ADntegra-deste-artigo>

Na direção do *movimento de acesso à justiça*, Mauro Cappelletti e Bryant Garth indicam caminhos para superar as dificuldades ou obstáculos que fazem inacessíveis para tanta gente o alcance da justiça substancial.

Como salientam os supracitados autores (1988, p.08), há *três obstáculos* ou ondas de *acesso à justiça*: o primeiro é o obstáculo *econômico*, isto é, a pobreza de muitas pessoas que pouco acesso têm à informação e a representação adequada; o segundo obstáculo é o *organizacional*, que se expressam nos chamados direitos e interesses (de grupo) difusos ou coletivos, nos quais o litigante individual seria o titular de insignificante fragmento do dano em questão; e o terceiro obstáculo é *processual*, no sentido de que o processo litigioso no Judiciário pode não ser o melhor caminho para ensejar a vindicação efetiva de direitos, de maneira que mister se faz reais alternativas aos juízos ordinários e aos procedimentos usuais.

Na terceira onda de Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 67-68), acima explanada, envolve-se a *mediação de conflitos e justiça restaurativa* que “centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas”.

É nesse passo de distribuição de justiça que se revela fundamental a existência de um “sistema pluriprocessual” ou “sistema multiportas” de enfrentamento de disputas, configurado pela presença no ordenamento jurídico brasileiro de diversos mecanismos diferenciados para o tratamento adequado dos conflitos, de acordo com as circunstâncias de cada situação.

Com o *pluriprocessualismo*, como diz André Gomma de Azevedo (2013, p. 7), busca-se um ordenamento jurídico processual no qual as características intrínsecas de cada processo são utilizadas para se reduzirem as ineficiências inerentes aos mecanismos de solução de disputas, na medida em que se escolhe um processo que permita endereçar da melhor maneira possível a solução da disputa no caso concreto.

Quanto às formas de resolução de conflitos, segundo a doutrina dominante, é possível classificá-las em três grupos: *autotutela* (também chamada de autodefesa), *autocomposição* e *heterocomposição*. A grande diferença entre os três grupos encontra-se nos “sujeitos envolvidos” e na “sistemática operacional” do processo.

Na *autotutela* e na *autocomposição*, apenas os sujeitos originais se relacionam buscando a extinção do conflito, ou seja, a sistemática é autogerida pelas próprias partes, seja unilateralmente, como na autodefesa, ou por ambas, como na autocomposição.

Na *heterocomposição*, há a interferência de um agente exterior (terceiro imparcial) aos sujeitos originais na dinâmica que impõe a solução do conflito por meio de uma decisão que tem natureza jurídica de título executivo judicial.

Não é uniforme a doutrina na especificação dos instrumentos de resolução de conflitos. Adotando a perspectiva dominante no direito processual moderno, classificamos como meios heterocompositivos, a *jurisdição* e a *arbitragem*, e autocompositivos, a negociação, conciliação, mediação de conflitos e a justiça restaurativa, sobre os quais nos debruçaremos nas linhas que seguem e a respeito deste último, em maior detalhe, nas próximas aulas.

Antes de nos debruçarmos de forma mais detalhada sobre os mecanismos de resolução de conflitos, é importante salientar que *negociação*, *arbitragem*, *mediação de conflitos* e *justiça restaurativa* são

comumente denominados de *Meios Alternativos de Resolução de Disputas* (ADRs- *Alternative Dispute Resolutions*), *Meios Alternativos de Resolução de Controvérsias – MASCs*, *Meios Extrajudiciais de Resolução de Controvérsias - MESCs*, *Resolução Apropriada de Disputa – RAD*, sendo esta última terminologia mais apropriada por revelar a sua aplicação no ambiente judicial ou não (extrajudicial).

Sugerimos a leitura do livro : “Novas Direções na governança da Justiça e da Segurança” disponível em :

<http://www.esteio.rs.gov.br/documents/SMSMU/governanca%20na%20seguranca%20-%20material%20do%20MJ.pdf>

1. Autotutela

Também conhecida como autodefesa, a autotutela é a forma de solução de conflitos mais primitiva, usada desde os primórdios da vida em grupo, quando não havia a figura do Estado.

Ocorre quando um sujeito impõe seu interesse à outra parte, sobre a qual exerce coerção, em uma espécie de justiça privada. Em outras palavras, é a forma de resolução de conflitos em que uma das partes, com utilização da força, impõe sua vontade sobre a parte mais fraca.

Nota-se que na autotutela a solução do conflito provém unilateralmente e de forma imposta à outra parte, o que sugere o uso de violência e a vitória do mais forte, que pode não ser, necessariamente, o real titular do direito.

Nas palavras de Fredie Didier Jr. (2009, p. 77) a autotutela “é conduta tipificada como crime: exercício arbitrário das próprias razões (se for um particular) e exercício arbitrário ou abuso de poder (se for o Estado)”.

Por isso, tal forma de solução costuma ser proibida pelos ordenamentos jurídicos, permitida apenas em casos excepcionais.

O Estado Brasileiro autoriza a autotutela, nos tempos atuais, no instituto jurídico da *legítima defesa*, consistindo em reações particulares de caráter moderado, com o objetivo de salvaguardar interesse jurídico da parte.

Prevendo a possibilidade de o indivíduo utilizar sua própria força para preservar a si ou a outrem em situações de agressão, o Código Civil de 2002 estabelece no art. 188: “Não constituem atos ilícitos: I – os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido.”

No entanto, essa permissão tem regras específicas que devem ser observadas, como a obrigação de a reação ser instantânea à agressão e com moderação. Em não sendo observadas tais disposições, será tipificado crime, conforme o artigo 345 do Código Penal. “Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite[...].”

No âmbito trabalhista, também, há alguns resquícios da autotutela, como, no âmbito dos conflitos coletivos, o direito de greve que, nos termos do art. 2º da Lei n. 7.783/1989, é a suspensão coletiva, temporária e pacífica, total ou parcial, de prestação pessoal de serviços a empregador – com objetivo de pressionar o empregador a atender as reivindicações da classe patronal. Todavia, também, para ser exercido este direito é necessário atender diversas condições legais.

2. Jurisdição

A jurisdição - manifestação da soberania estatal - é a forma de solução heterocompositiva por excelência, tendo em vista a nossa “cultura demandista”, em que o Estado-Juiz tem o poder-dever de “dizer o Direito” incidente sobre determinada “lide” - pretensão de uma parte resistida pela

outra e posta em apreciação na ação - através de uma decisão coercitiva que considera justa.

Deste modo, o procedimento judicial tradicional é estruturado em um *sistema adversarial e dialético*, que adota a lógica do “ganhador-perdedor” (há um vencedor e um vencido); também, é *autocrático*, uma vez que pautado na imperatividade da lei; tem *pretensão universal*, pois a lei é aplicada indistintamente para todos, e é *coercitivo, burocrático e não participativo*, na medida em que impõe uma solução sem dar oportunidade de as partes intervirem livres dos mecanismos judiciais pré-estabelecidos. (FOLEY, 2010, p. 74).

Com o passar do tempo, passou-se a perceber que essa estrutura judicial de resolução de conflitos ensejava um descrédito do Judiciário ante a ausência de pacificação social (inclusive, pelo alto índice de reincidência dos conflitos).

Registre-se que, por vivenciarmos a “era da informação”, na qual grande parte das pessoas conhecem seus direitos e questionam quando desrespeitados, os conflitos judiciais ampliaram-se, gerando o sobrecarregamento de processos e a morosidade na resolução dos conflitos judiciais.

Propondo uma revolução democrática da justiça, Boaventura de Sousa Santos (2011, p. 39), ao destacar ser uma tarefa extremamente requintada, identifica vetores de transformação, quais sejam: profundas reformas processuais; novos mecanismos e novos protagonismos no acesso ao direito e à justiça; nova organização e gestão judiciárias; revolução na formação profissional, desde as faculdades de direito até a formação permanente; e uma cultura jurídica democrática e não corporativa.

Diante disso, as sociedades contemporâneas ocidentais vivenciam uma fase denominada de “desjudicialização”, que significa facultar às partes comporem seus litígios fora da esfera estatal da jurisdição. O uso deste

termo, ainda não incorporado ao dicionário, deve-se a necessidade da reestruturação e reforma do sistema de administração da justiça como forma de promover a efetividade dos direitos e tornar o sistema de justiça um fator de desenvolvimento econômico e social, que pode ser alcançado dentre outros fatores pelo progresso na resolução alternativa de litígios, de forma a evitar acesso generalizado e, por vezes, injustificado à justiça estatal.

Vivencia-se, assim, um momento de transformação em relação ao “Sistema de Justiça”.

Nesse condão, para garantir o acesso à justiça, o ideal é que se busquem nos indivíduos suas necessidades e conceitos para, assim, compreender o conflito. Por isso, vê-se uma tentativa incessante de que as partes participem mais da elaboração das soluções dos seus próprios problemas, pois são elas que têm a sua melhor dimensão.

Daí porque Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 60) propõe que as decisões dos magistrados:

[...] venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.

Na visão de Fernanda Tartuce (2008, p. 101), é um avanço buscar outras soluções:

Em uma visão holística do problema, a busca de soluções há de ser multifacetada. Com efeito, múltiplas mudanças haviam – e hão – de ser concebidas no tratamento do tema, especialmente considerando, além de modificações procedimentais para administração de conflitos já jurisdicionalizados, a participação de leigos e mecanismos diversos para o tratamento destas e de outras controvérsias.

Assim, na direção de implementar o *acesso à justiça*, deve o conflito ser trabalhado em uma perspectiva interdisciplinar, como já salientado em linhas

acima, principalmente entre o Direito, a Psicologia, o Serviço Social e a Antropologia.

Sabemos que a lei, por sua natureza, tem limites para dialogar com a diversidade e que não se altera com a mesma rapidez das mudanças sociais, pois dificilmente levam em conta o conhecimento produzido pelas ciências.

A diversidade, segundo Zygmunt Bauman (2004, p. 137) demanda o desenvolvimento de atitude negociadora, pois a diversidade dos convívios, em ambientes de grande complexidade, supõe novas competências, habilidades e esforços para compreender e comprometer-se com a diferença, e em meio a ela.

A propósito, Carlos Eduardo Vasconcelos (2012, p. 30) destaca que a convivência na diversidade é inevitável resultante da era dos conhecimentos, sendo necessário que aprendamos a lidar com isso, tanto nas relações de vizinhança quanto nas relações planetárias, a partir de uma educação que nos ajude a avançar, consoante uma ética de tolerância; logo, precisamos desenvolver políticas públicas para lidar com o dissenso, na ambiência de uma moral pós-convencional, em que o elemento hierárquico é menos consistente.

Nessa mira, é importante implementar uma nova diretriz para resolução do conflitos, de democracia participativa, na qual as partes sejam protagonistas por meio de condutas cooperativas.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) acertadamente publicou a Resolução n. 125/2010, instituindo uma Política Pública de Tratamento Adequado dos Conflitos, cuja finalidade é que o Poder Judiciário assuma função de gerenciamento de disputas e, ao invés de se preocuparem com a quantidade de sentenças publicadas, tenham como norte a qualidade das soluções de conflito, ou seja, em cada caso observar qual o meio mais eficiente para pacificar o conflito e que dispense menor prazo, com vistas a

consagrar a efetivação do princípio do acesso à justiça. (Vide teor completo da resolução 125/2010 do CNJ encontra-se disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=156>)

Como adverte Tarso Genro (2011, p. 13), o verdadeiro acesso à Justiça abrange não apenas a prevenção e reparação de direitos, mas a realização de soluções negociadas e o fomento da mobilização da sociedade para que possa participar ativamente dos procedimentos de resolução de disputas como de seus resultados.

A inovação da citada resolução foi no sentido de proporcionar às pessoas meios consensuais de resolução dos conflitos, a par da solução adjudicada mediante decisão judicial. Nesse mesmo caminho, é o novo Código de Processo Civil quando estabeleceu, no capítulo V (art. 334), a audiência de conciliação e mediação como forma prévia a fase de contestação da petição inicial, a fim de promover uma solução consensual ao conflito.

Dessa feita, a mediação e conciliação foram postas como instrumentos relevantes de administração do conflito, inclusive no ambiente judicial, devendo ser nuclear, num processo colaborativo em que o juiz contribui para que “as partes e os advogados dialoguem, no campo das suas contradições, contando com o apoio de mediadores, com vistas ao atendimento das reais necessidades a serem contempladas pela decisão, que deve ser, sempre que possível, consensuada”. (VASCONCELOS, 2012, p. 27)

3. Arbitragem

Apesar de ser um método heterocompositivo e facultativo de resolução extrajudicial de conflitos, a arbitragem vem ganhando espaço no cotidiano das relações sociais, sendo regulamentada pela Lei 9.307/1996 que foi recentemente reformada pela Lei n. 13.129/2015; é um mecanismo cada vez mais valorizado, o que se revela pela permissão de sua aplicação pela

Administração Pública Direta e Indireta em interesses patrimoniais disponíveis.

Dá-se quando um terceiro imparcial - que não é o Estado-Juiz, e sim um árbitro privado escolhido pelas partes - pessoa de confiança - promove julgamento de direito ou de equidade (a critério das partes), impondo uma decisão para resolver o conflito de direitos patrimoniais disponíveis que, nos termos do Código de Processo Civil, tem natureza jurídica de “título executivo judicial”. Daí se falar que a arbitragem é um “equivalente jurisdicional”.

Trata-se de instituto que a essência contratual e jurisdicional se completam, pois pelo contrato as pessoas optam por se vincular a uma jurisdição privada, sujeita, no entanto, a princípios de ordem pública, inerentes a processo judicial, a exemplo da imparcialidade, independência e livre convencimento do árbitro.

Esse método pressupõe uma livre opção das partes manifestada na “convenção de arbitragem” – cláusula contratual firmada antes do surgimento do conflito (“cláusula compromissória”) ou quando já existe o conflito e as partes decidem solucioná-lo via arbitragem (“compromisso arbitral”).

Nas lições de Gláucia Foley (2008, p. 80), por arbitragem se entende:

(...) um processo formal pela qual as partes, de comum acordo, aceitam submeter o litígio envolvendo direito patrimonial disponível a um terceiro, cuja decisão terá observância obrigatória. A sentença arbitral produzirá os mesmos efeitos que a sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário (...).

Convém registrar que, na busca de alcançar uma decisão arbitral mais justa e equânime, a Lei de Participação nos Lucros ou Resultados da empresa prevê, no inciso II do art. 4º, a *arbitragem de ofertas finais*, consistindo aquela em que o árbitro deve restringir-se a optar por uma das propostas de resolução de conflitos apresentadas pelas partes. Sem dúvida,

este caminho leva a uma maior satisfação das partes, na medida em que se aproxima de uma solução consensual.

É na visão de prestigiar o consenso que muitos contratos têm estabelecido cláusulas denominadas “med-arb” que integram convenções de mediação e de arbitragem, significando que diante de um conflito e como requisito para instituição da arbitragem as partes devem se submeter previamente ao procedimento de mediação. Como a característica deste é a voluntariedade, na prática, muitas vezes, as partes manifestam de início o desinteresse de celebrar um acordo, tornando sem efeito a convenção de mediação; cabe lembrar que, diferentemente do que se dá na mediação, a lei prevê execução específica para assegurar a instituição do procedimento de arbitragem. (VASCONCELOS, 2012, p. 48)

De igual modo, tem sido crescente, principalmente no meio empresarial, a adoção da “avaliação neutra” (“neutral evaluation”) que consiste em uma perícia arbitral não vinculativa, contratada pelos interessados, em que o avaliador (pessoa de confiança dos contratantes) examina a matéria e elabora o laudo que, muitas vezes, é acatado pelos dissidentes, prevenindo litígios judiciais e arbitrais, bem como proporcionando a continuidade das relações entre os interessados. (VASCONCELOS, 2012, p. 48)

4. Autocomposição

Os mecanismos autocompositivos se revelam quando o conflito é solucionado diretamente pelas próprias partes, através do despojamento unilateral do direito em favor de outrem (renúncia) ou por meio de concessões recíprocas (transação). Oportuno destacar, há autores que diferenciam *desistência* como abdicação temporária de um direito de *renúncia* visto como abandono do direito de forma definitiva.

No dizer de Didier Jr. (2009, p. 78), a autocomposição é “considerada, atualmente, como legítimo meio alternativo de pacificação social”, fator que

incrementa a ideia de superação do dogma da exclusividade estatal na tentativa de resolução dos conflitos.

De grande importância é a introdução desse método que procura substituir a imposição, o uso da força e a tentativa de tirar vantagens dentro do conceito ganha-perde de exclusão, substituindo-o pelo respeito, a responsabilidade e a cooperação, baseado no ganha-ganha. (VEZZULLA, 2006, p. 72)

Nessa perspectiva, o novo Código de Processo Civil (2015) estabelece, no art. 165 *in verbis*:

Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

Em uma situação ideal, portanto, os conflitos de interesses devem ser resolvidos diretamente pelos interessados (autocomposição), sem necessidade de intervenção de uma terceira parte para decidir a questão (heterocomposição).

A utilização dos métodos autocompositivos, nos quais os envolvidos pacificam espontaneamente a disputa, representa um sinal de amadurecimento e de equilíbrio altamente desejado no meio social. No entanto, é possível a participação de alguém estranho ao conflito, um terceiro imparcial, desde que para exercer um papel de mero facilitador da comunicação ou estimulador da solução consensual, não desnaturando o caráter de decisão pelas próprias partes.

Entre os instrumentos autocompositivos de resolução de conflitos, merecem destaque a *negociação, conciliação, mediação e as práticas restaurativas*.

4.1.Negociação

A negociação é o mecanismo de diálogo - informado pelos princípios da boa-fé, transparência e cooperação – que tem por objetivo a composição de interesses e, por conseguinte, a formação de um acordo.

Atente-se que se deve entender por negociação a simples tentativa de entendimento das partes, sendo o alcance de um acordo contingencial, ou seja, é totalmente irrelevante que a ele se chegue ou não para sua configuração.

Dependendo da natureza da relação interpessoal, a negociação, que tem por objetivo ganhos mútuos, pode adotar o *modelo integrativo* (para relações continuadas e com vistas a ampliar os campos de atuação comum) ou o *distributivo* (para relações episódicas, quando se busca compartilhar os bens materiais e imateriais em negociação). (VASCONCELOS, 2012, p. 42).

Entretanto, nem sempre será possível promover o diálogo diretamente entre as partes, através da negociação; nestes casos, cabe contar com a colaboração de uma terceira pessoa, através da mediação e conciliação, a seguir analisados.

4.2 Mediação e Conciliação

Diferentemente da forma tradicional de dirimir conflitos, que se baseiam na *lógica adversarial* na qual um ganha e o outro perde, a mediação e a conciliação de conflitos se fundam na *lógica da parceria*, buscando uma solução em que todos saiam ganhando.

Embora a mediação e a conciliação sejam abordadas, em regra, conjuntamente, inclusive em textos normativos, como veremos adiante, apresentam traços distintivos que merecem ser destacados.

A conciliação é o meio em que o terceiro imparcial intervém no conflito por meio de uma posição ativa para que as partes façam concessões recíprocas e cheguem a um consenso na resolução do conflito.

Já a mediação consiste no mecanismo de facilitação da comunicação para construção autônoma e cooperativa de uma possível solução do conflito. Em outras palavras, constitui um instrumento de pacificação social dos conflitos que induz as pessoas envolvidas a se comunicarem, reverem suas posições e buscarem soluções criativas para suas dissidências, com ganhos mútuos, proporcionando a preservação do relacionamento entre elas.

A lógica da mediação, portanto, obedece a um padrão dialógico (o seu foco está direcionado na compreensão das circunstâncias do conflito e na restauração da comunicação entre os conflitantes), horizontal (há o empoderamento dos envolvidos, evitando-se situações de dominação) e participativo (construção do consenso em comunhão).

De logo, observamos que o propósito da mediação é transformar o conflito, de sorte a possibilitar que as partes cheguem a um consenso satisfatório, o que difere de uma decisão imposta - seja pelo Poder Judiciário ou árbitro - ou de uma solução influenciada diretamente por terceiro (conciliador), que muitas vezes se afastam dos reais interesses dos dissidentes.

É por isso que - como já dissemos no livro intitulado *Mediação de Conflitos* - a mediação resolve o conflito de forma macro e não pontual, sendo diferente do que ocorre na solução adjudicada estatal por sentença ou ajustada por meio da conciliação entre as partes, que se limita, em regra, aos fatos expressamente narrados no processo. (SILVA, 2013, p. 163)

Assim sendo, a conciliação tem o escopo de buscar a melhor solução para o conflito entre as partes enquanto que a mediação busca proporcionar o restabelecimento da comunicação e transformação do relacionamento, possibilitando o ensejo de acordo. Logo, grande ponto de distinção é que a

conciliação busca diretamente o acordo enquanto que a mediação o almeja indiretamente, já que tem por foco primordial a facilitação da comunicação e o diálogo. Assim, ainda que não haja acordo, a mediação tem êxito, porque o objetivo é o aperfeiçoamento da comunicação e a transformação dos envolvidos.

Para aprofundar a diferença entre mediação e conciliação, bem como sua aplicação em diversas searas de direito (cível, penal e trabalhista) sugerimos a leitura da obra completa *Mediação de Conflitos*, organizada por Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva e publicada pela Editora Atlas (2013).

A conciliação, portanto, deve ser utilizada em conflitos mais simples – relações casuais que envolvem interesses meramente patrimoniais - enquanto que a mediação é apropriada para conflitos multidimensionais ou complexos, no qual o relacionamento se protraí no tempo.

É que relações de continuidade não são prerrogativa das famílias, mas de qualquer agrupamento de pessoas cujo convívio é definido por necessidades cotidianas ou pelo exercício de funções – sejam estas de trabalho, trabalho, agremiações, vizinhança etc.

Diante da semelhança, a mediação e a conciliação são institutos tratados conjuntamente no artigo 334 do novo Código de Processo Civil – CPC (2015) que dispõe a respeito da audiência de conciliação ou mediação. Todavia, este diploma normativo, no art. 165, §§ 2º e 3º destaca as diferenças entre estes mecanismos ao expressar *in verbis*:

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

§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos

interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Repisa-se, dessa forma, que o conciliador tem uma participação direta no processo de negociação do acordo, pois o objetiva precipuamente. Já o mediador, auxiliando na promoção do diálogo, possibilita que as partes possam compreender as questões e os interesses em conflito, através do restabelecimento da comunicação, identificando, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos; atua preferencialmente nos casos em que há vínculo anterior entre as partes; e não propõe soluções para os litigantes.

As duas técnicas são norteadas por princípios como independência e imparcialidade do mediador; autonomia da vontade e isonomia dos envolvidos no conflito; confidencialidade de todos que presenciam ou participam do procedimento; oralidade, informalidade, boa fé e decisão informada, nos termos do *caput* do art. 166 do Novo Código de Processo Civil (2015) e do art. 20 da recente Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015, que disciplina a mediação.

Oportuno rememorar que a atividade de conciliação e mediação podem ser desenvolvidas no âmbito extrajudicial ou judicial, sendo esta parte do sistema de administração e distribuição de justiça estatal.

No âmbito judicial, a mediação poderá ser prévia ou incidental. A prévia ocorre quando realizada em momento anterior ao processo judicial enquanto que a mediação incidental se dá no curso do trâmite processual.

Diante de a mediação de conflitos vir sendo hodiernamente festejada, utiliza-se a expressão “mediação paraprocessual” (para = ao lado de), pretendendo introduzir no âmbito do Poder Judiciário a realização deste mecanismo, conduzindo a um processo justo e democrático em que as partes

possam alcançar uma melhor solução, sem a necessidade de intervenção de um terceiro por meio de uma decisão impositiva que dificilmente deixará os envolvidos satisfeitos.

Assim, busca-se conceber um novo viés para administração da justiça, de modo que dedicaremos as linhas que seguem a esta temática.

O método de mediação de conflitos surgiu no curso de Direito da Universidade de Harvard, sendo originariamente pensado para fins de negócios, objetivando a formação de acordos.

A par do método de Harvard, voltados para o mundo corporativista, surgiram diversos outros modelos de mediação, como o *tradicional*, *circular narrativo*, *transformativo*, *interdisciplinar* e *waratiano*.

O *modelo tradicional* (Fisher, Uri e Patton, 1991), originário da Escola de Direito de Harvard, o mediador é o facilitador de uma comunicação pensada de forma linear, em um método pragmático de resolução de conflitos sobre uma relação de causa e efeito.

Sob uma nova perspectiva, influenciado pela psicologia, surge o *modelo circular narrativo*, de abordagem sistêmica, tendo como referencial representativo a norte-americana Sara Cobb e a argentina Marinés Suares, voltado fundamentalmente para o campo da família, no qual resgatam também a teoria da comunicação e algumas técnicas utilizadas pelas terapias familiares. Assim, busca desconstruir velhas narrativas dos envolvidos no conflito, dando oportunidade para que novas possam ser construídas e, então, surja (ou não) um acordo.

A linha circular-narrativa foge da noção reducionista de causa e efeito e considera que inúmeros fatores que se retroalimentam (causalidade circular) estão presentes nas inter-relações e, portanto, nos conflitos. Está mais focada na transformação das pessoas do que na busca do acordo final.

Apoia-se na teoria dos sistemas e no construcionismo social, mas não tem caráter terapêutico. (MUSZKAT, 2008, p. 67-68)

Já o *modelo transformativo* de Bush e Folger (1994) adota a *filosofia da promoção de transformações* de “caráter”, que eles denominam “crescimento moral”, através da revalorização e do reconhecimento das pessoas, provocando mudanças nas formas de relacionamento. Portanto, relega para segundo plano a formação de um acordo.

Salienta-se que o *modelo interdisciplinar* do advogado Daniel Bustelo Eliçabe-Uriol (1993) prega um procedimento de mediação realizada por uma equipe interdisciplinar através do encaminhamento dos casos. A crítica que pode ser feita, a este modelo, a nosso ver, é no sentido de que não aprova a mediação para situações de violência, nem se ocupa, na mediação familiar, de sorte a proporcionar uma melhoraria na convivência entre as partes, posto que julga que essas situações sejam mais próprias ao campo da terapêutica.

Ainda, importa ressaltar o *modelo waratiano* da “terapia do reencontro do amor” que propõe a mediação como a “terapia do amor mediado” (TAM), possibilitando que as pessoas compreendam o conflito com maior serenidade de maneira a retirar a carga de energia negativa que impede a administração criativa.

A propósito, Eduardo Vasconcelos (2012, p. 43) classifica em *modelos direcionados ao acordo (mediação avaliativa ou conciliação)* – apropriada para relações casuais que não prevalece o interesse comum de manter um relacionamento – ou *modelos voltados ao relacionamento (circular-narrativo e transformativo)* que priorizam a transformação do padrão relacional, por meio da comunicação, da apropriação, do reconhecimento e/ou da recontextualização.

Valendo-se da supramencionada distinção entre conciliação e mediação, que encontrou amparo legal na normatização jurídica-brasileira,

acreditamos somente podermos pensar em *mediação voltada ao relacionamento*, por meio de um viés *interdisciplinar* – o qual vem sendo cada vez mais valorizado por ser instrumento potente para efetiva resolução do conflito e pacificação social - posto que as dissidências sempre envolvem questões psicossociais.

Em outros termos, embasado no paradigma contemporâneo da interdisciplinaridade, a mediação de conflitos, em vez de trabalhar com verdades absolutas, tem em vista a complexidade dos fenômenos interpessoais, permitindo ampliar sua aplicação em diversos campos das relações humanas.

É por isso que se diz ser cabível a adoção da mediação para qualquer tipo de conflito: comunitário, ecológico, empresarial, escolar, familiar, penal, direito do consumidor, trabalhistas, políticos, de criança e adolescente em situação de risco etc. (EGGER, 2008, p. 72-73)

Nesse sentido, imprimindo abrangência ampla, a Lei n. 13.140/15 conceitua mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e no âmbito da administração pública (art. 1), estabelecendo ser seu possível objeto o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação, desde que, neste último caso, seja homologado em juízo, após oitiva do Ministério Público (art. 3).

Diante do amplo espectro da mediação de conflitos, é fundamental a adoção de paradigmas básicos como: respeitar a autodeterminação das partes; transmitir a ideia de que conflitos fazem parte da vida e podem trazer respostas promissoras, se bem administrado pois aumenta os níveis de consciência sobre si e sobre o outro (construção da *alteridade*); ressocializar os poderes em jogo; estimular a autonomia e a autodeterminação; desenvolver novas formas de comunicação; promover reparações, cooperação e solidariedade; flexibilizar padrões rígidos de conduta;

proporcionar condições para chegar a um acordo e propiciar a criação do maior número possível de alternativas.

Na prática, observa-se a introdução de grupos de pré-mediação de conflitos em atuações judiciais e extrajudiciais, com a finalidade de “empoderar” as partes e estimular noções de *alteridade* (qualidade de ser-com-o-outro - *alter* = outro).

Salienta-se que a *alteridade* pressupõe uma consciência capaz de perceber e tolerar o outro como a si mesmo (é dizer, diríamos “colocar-nos na pele do outro”. É de grande relevo, posto que, para além ou aquém do discurso manifesto (*posição*) expresso inicialmente em um conflito, existe um discurso não expresso, que está no consciente ou inconsciente do próprio indivíduo (*interesse*).

Juan Carlos Vezzulla (2013, p. 76 a 80) apresenta como princípios da mediação: direcionamento para pessoas e comunidades (e não exclusivamente à materialidade do conflito); autocomposição; ter informação antes de decidir; um novo profissional que não exerça o poder do conhecimento, mas trabalhe para que os participantes se apoderem de seus problemas e trabalhem na sua solução; decisões justas e favoráveis (as bases da autocomposição são a boa fé, o respeito, a cooperação e a responsabilidade); permitir a expressão (escutá-los); imparcialidade ativa; isenção; dar a conhecer o procedimento para que possam participar ativamente; atuar para que os mediandos construam o seu espaço; tratamento com igualdade e sem conceito de culpa; trabalhar para o presente e o futuro, sem castigo, com responsabilidade e reparação; e importância da qualidade do atendimento.

De grande relevo na implementação desses princípios é a atuação do mediador, terceiro neutro e imparcial, na reconstrução da comunicação e relacionamento com a outra parte envolvida no conflito, o que exige sempre

funções específicas, com vistas a percepção da diferença entre intervir no conflito e nos sentimentos das partes.

É nesse sentido que Warat (2004, p. 34) afirma que “a mediação não é uma ciência que pode ser explicada, ela é uma arte que tem que ser experimentada”; podemos perceber que caminhamos numa estrada sem volta, ou seja, quanto mais evoluídas as sociedades, mais inteligentes hão de ser seus sujeitos para que encontrem sempre o melhor meio de conviver em harmonia, transformando os relacionamentos e respeitando as tão ricas diferenças.

Em outras palavras, esse mecanismo de solução de conflitos visa, então, fornecer ao mediado a possibilidade de rever os seus padrões de conduta, possibilitando administrar as diferenças que existem entre os seres humanos, de sorte a instalar o diálogo onde ele não existe. (MUSZKAT, 2008, p. 62).

Cabe, portanto, ao mediador um papel singular de “ajudar as partes, fazer com que olhem a si mesmas e não ao conflito, como se ele fosse alguma coisa absolutamente exterior a elas mesmas”. (WARAT, 2004, p. 58)

Para tanto, o mediador deverá funcionar como: *catalisador* – alguém que, por meio de seu entusiasmo e da crença nas possibilidades de mudança, alenta e guia as partes; *educador* – alguém que fornece novos conhecimentos na área da comunicação, traz as partes para níveis de realidade mais objetivos e concretos e aumenta o repertório das pessoas, facilitando-lhes a abertura para inúmeras possibilidades; *facilitador* – alguém capaz de identificar os *interesses* em jogo, igualar os níveis de poder e promover o encontro entre as partes; e *tradutor* – alguém que “interpreta” e “traduz” a comunicação, simplificando e explicando o sentido dos discursos, e recuperando suas conotações positivas. (MUSZKAT, 2008, p. 90)

Assim, a mediação de conflitos - conduzida por profissionais treinados a partir de um conjunto de técnicas, estratégias e, principalmente, de saberes

– busca facilitar o diálogo, através da descoberta, pelas partes, de afinidades, que lhes permitam afastar diferenças e transformar o conflito em uma relação satisfatória, cuja solução será por elas próprias encontrada. (WARAT, 2004, p. 212)

Do ora dito, torna-se latente que a mediação ajuda as partes a desconstruir as posições rígidas sobre as quais suas condutas vinham se apoiando, na direção de promover uma cultura do diálogo.

Como bem acentua Dalai Lama, o diálogo é a única forma inteligente e racional para resolver problemas entre as pessoas e as nações na busca de solução das diferenças de opiniões ou confronto de interesses. É obrigação da sociedade internacional, desenvolver a cultura do diálogo e da não-violência. Nesse sentido, a Constituição Federal prevê, no art. 4º, a solução pacífica dos conflitos e o cooperação para o progresso da humanidade.

Na mira de trabalhar com o conceito de responsabilidade, a mediação passou a ser aplicada em situações de violência, o que levou a tratar os envolvidos no conflito como protagonistas responsáveis por esta situação, ao invés de rotular como vítimas e agressores, concebendo oportunidades de autodeterminação (liberdade de decisão) e de transformação de conflitos por meio da dinâmica cooperativa.

Assim, a mediação de conflitos vítima-ofensor, como um dos instrumentos de justiça restaurativa, tem alcançado expansão, adentrando no campo penal que, a despeito da resistência inicialmente encontrada, ganhou relevo, visto que o método possibilita eficiência preventiva.

Nessa prática, o suposto ofensor e a vítima, voluntariamente, na companhia da comunidade vinculadas ao conflito, participam do procedimento da mediação, visando o restabelecimento do diálogo e objetivando reparação dos danos, como antecedente da transação penal

conduzida pelo Ministério Público, e a restauração das respectivas relações. (VASCONCELOS, 2012, p. 44)

Esse mecanismo tem sido especialmente eficaz nos casos em que cabe transação penal, antes do julgamento de infrações de menor potencial ofensivo na justiça criminal comum, e nas situações de infrações cometidas por crianças e adolescentes, ou seja, tanto diante da necessidade de medidas de proteção como de medidas socioeducativas, ambas disciplinadas pelo Estatuto da Criança e Adolescente, e como veremos a seguir no âmbito de uma Justiça Restaurativa Especializada da Infância e Juventude.

A par da mediação vítima-ofensor, existem outros métodos e dinâmicas de práticas que visam a justiça restaurativa, a serem estudados no próximo eixo do Curso.

Na direção de esclarecer, embora seja objeto de uma próxima aula, destaca-se que a justiça restaurativa é um procedimento alternativo de tratar o delito, diferente do sistema tradicional de Justiça Criminal centrada na ideia de culpabilidade e punição (o delito gera culpa; o Estado determina o culpado e impõe a punição).

A justiça restaurativa envolve ofensor, vítima e comunidade na reparação do dano oriundo da infração legal, buscando uma análise conjunta das causas, impactos e conseqüências e a promoção da segurança; há, portanto, um duplo papel: reparação e segurança, revelando-se como um percurso de paz e instrumento de emancipação social.

Assim, na justiça restaurativa não há culpa e castigo, mas, sim, responsabilidade social, reconhecimento do dano produzido e a partir daí haverá ações para restaurar vínculo e reparar danos.

Registra-se que a Recomendação do Conselho da Europa n. R (99) 19 disciplinou o uso da mediação em problemas penais como opção flexível,

compreensiva, participativa, complementar ou alternativa ao sistema tradicional criminal, deixando aberto a forma de aplicação da Justiça Restaurativa pelos países-membros, bem como o momento em que deva ocorrer e a prática restaurativa a ser seguida.

Portanto, como salienta Carlos Eduardo de Vasconcelos (2012, p. 40), na modernidade vivenciamos o enaltecimento da *mediação de conflitos* e *justiça restaurativa* que vêm sendo desenvolvidas a partir de experiências pioneiras, iniciadas nos anos setenta e oitenta do século XX, em países como Canadá, Austrália, Estados Unidos, Nova Zelândia e França, ampliando espaços para soluções emancipatórias e dialógicas das disputas, dentro e fora dos sistemas estatais de administração de conflitos.

É nessa visão que se fala em “neighbourhood justice (EUA) ou “giustizia del vicinato” (Italia) – cujo sentido literal é “justiça da vizinhança” – no sentido de destacar que a justiça restaurativa busca gerir o aspecto relacional do conflito, sobretudo com a mediação (SICA, 2006, p. 6-7)

Importante destacar, ainda, com Leonardo Sica (2006, p. 26):

para que a Justiça Restaurativa e a mediação não sejam meros paliativos para a crise do sistema de justiça, nem entendidas apenas como instrumentos de alívio dos tribunais, de extensão da burocracia judiciária ou de indulgência, devem ser implementados sobre dois fundamentos bastantes claros: *ampliação dos espaços democráticos e construção de novas modalidades de regulação social*. Sem isso, acredito, em poucos anos o ‘novo modelo’ padecerá dos mesmos defeitos apresentados pelo ‘velho’.

Do ora dito, extrai-se a importância da implementação dessas formas apropriadas de resolução de conflitos para a pacificação social – posto que

se preocupa com a sensibilização da pessoas, possibilitando desenvolver e adquirir as condições imprescindíveis para o aprimoramento das relações sociais e interpessoais. Logo, são mecanismos de conscientização social e promoção da cidadania de todos.

Diante da peculiar metodologia e dinâmica, portanto, os mencionados meios de resolução de conflitos devem ser fomentados e aplicados, em vista da promoção da cidadania, intimamente relacionada a eficácia dos direitos humanos; assim, ao invés de imputar sentenças (onde há figura do perdedor e ganhador/ condenado ou absolvido), concede-se às partes em conflito oportunidade de dialogar para que – ao expor suas necessidades, crenças e expectativas – encontrem soluções e responsabilidades para os conflitos e transformem seus relacionamentos sociais.

LEITURAS DIGITAIS OBRIGATÓRIAS

Artigos:

- 1) Transgressões e Adolescência: Individualismo, Autonomia e Representações Identitárias:
<http://www.scielo.br/pdf/pcp/v30n4/v30n4a12.pdf>
- 2) Criança, adolescente e jovem:
<http://pgsskroton.com.br/seer/index.php/adolescencia/article/view/236>
- 3) Inovações na Política Judiciária: a face restaurativa da Justiça contemporânea.
<http://livrozilla.com/doc/1452327/ler-a-%C3%ADntegra-deste-artigo>

OBRA COMPLETA

“Novas Direções na governança da Justiça e da Segurança”
<http://www.esteio.rs.gov.br/documents/SMSMU/governanca%20na%20seguranca%20-%20material%20do%20MJ.pdf>

LEGISLAÇÃO:

ECA : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm

Estatuto da Juventude : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2011-2014/2013/Lei/L12852.htm

Regras de Beijing:
http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex47.htm

Resolução 125/2010 CNJ: <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=156>

Publicações

Direitos Negados (violência nas comunidades e nas ruas) / UNICEF -
http://www.unicef.org/brazil/pt/Cap_05.pdf

Violência nas Escolas: Um Guia para pais e professores / ANDHEP -
<http://www.nevusp.org/downloads/down235.pdf>

Índice de Homicídios na Adolescência (IHA)/UNICEF:

http://www.unicef.org/brazil/pt/br_IHA2012.pdf

Mapa da Violência de 2015 -

http://www.mapadaviolencia.org.br/mapa2015_adolescentes.php