

O SISTEMA JUDICIÁRIO BRASILEIRO EM SUA TENDÊNCIA DE DISTORÇÃO DAS PRÁTICAS CONSENSUAIS: REALIDADE NEM SEMPRE EFETIVADA COM O ‘SENTIR O SENTIMENTO’ APREGOADO POR WARAT.

THE JUDICIAL SYSTEM IN BRAZILIAN ITS TENDENCY OF DISTORTION OF PRACTICE CONSENSUS: REALITY NOT ALWAYS HONORED THE 'FEEL THE FEELING' PROCLAIMED BY WARAT.

Maria Coeli Nobre da Silva¹

Maria Oderlânia Torquato Leite²

RESUMO:

A necessidade modernizadora do sistema judiciário é clamor da cidadania por desejar firmar-se mais fortemente sob a égide de uma democracia participativa. Também é cobrado do Poder Judiciário que o tradicional modelo incentivador de litigiosidade ceda espaço a um sistema de justiça de consensualidade, o que se fez permitido com as diretrizes da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça ao adotar a “*Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses*” e institucionalizar as práticas de conciliação e mediação. Todavia, o real consenso nem sempre se efetivada nos moldes da obrigatoriedade conciliatória formal, requer uma outra operacionalidade amenizada pelo *sentir o sentimento waratiano*. O presente texto, sem a pretensão de esgotar o assunto em sua verticalidade, propõe-se a incursionar criticamente sobre o *modus operandi* do mecanismo nominado de ‘conciliação’ no

¹ Mestre em Direito pela UFPB. Professora Adjunta da Universidade Federal da Paraíba – UFPB. Magistrada aposentada do Estado da Paraíba. Doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional – Mestrado e Doutorado - da Universidade de Fortaleza.

² Mestre em Direito pela UFC. Professora Assistente da Universidade Regional do Cariri – URCA. Doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional – Mestrado e Doutorado - da Universidade de Fortaleza. Bolsista da FUNCAP.

Brasil, confrontando-o com a *medição*, diante de detectadas distorções que comprometem o espírito pacificador da proposta conciliatória.

PALAVRAS-CHAVES: Sistema judiciário; Tendências; Conciliação; Mediação; Pensamento Watariano.

ABSTRACT:

The need modernizing the judiciary is cry citizenship for wanting to establish itself more strongly under the aegis of a participatory democracy. Also charged in the judiciary than the traditional model supporter of litigation sag space to a justice system consensuality, which made allowed with the guidelines of Resolution No. 125/2010 of the National Judicial Council to adopt the "National Judicial Policy proper handling of conflicts of interest "and institutionalize the practice of conciliation and mediation. However, the actual consensus is not always carried out in the mold of formal conciliatory obligation requires another operation mitigated by waratiano feel the feeling. This text, with no claim to be exhaustive in its verticality, proposes to critically tread on the modus operandi of the nominated 'reconciliation' in Brazil, comparing it with the measuring system, on the detected distortions that undermine the spirit peacemaker of the conciliatory proposal.

KEYWORDS : Judiciary System; Tendencies; Conciliation; Mediation; Thought Waratiano.

INTRODUÇÃO:

O hodierno traz à constatação o quanto insustentável é o modelo tradicional de *governance*³, abrindo caminho para que sua estrutura hierarquizada e autocrática seja substituída por um modelo mais horizontal que comporte maior participação da sociedade civil na tomada de decisões que lhe digam respeito. Desta necessidade modernizadora, desse clamor da cidadania em firmar-se mais fortemente sob a égide de uma democracia participativa não poderia sair ilesa a instituição judiciária, pois dela

³ O termo *governance*, sinônimo de governança e governação, é utilizado no sentido do exercício da administração de políticas em sistema, de boas práticas de gestão pública.

também se cobra que o tradicional modelo incentivador de litigiosidade ceda espaço a um sistema de justiça de consensualidade, centrado no diálogo.

No que concerne a especificidade brasileira, o fenômeno da descoberta da Justiça gerado pela consciência de cidadania, pós Constituição de 88, a necessidade de mudança se faz mais premente e crucial, considerando que por vícios estruturais e o que acumulou ao longo de sua história, esse Poder inegavelmente, não tem condições de dar uma resposta satisfatória à grande demanda dos cidadão, compelindo a que o Judiciário brasileiro não só alargasse suas portas para permitir maior acesso aos cidadão, mas que, também, oferecesse outras em ‘diversificação’⁴, ensejando flancos sobre os quais pode ser construído espaço conciliatório para a resolução dos conflitos, como é o caso da Mediação e Conciliação. Esta última no contexto judiciário nacional apresenta-se hegemônica, embora deva ser ressaltada, por essencial, que as discussões doutrinárias ainda se ressentem da confusão na definição dos dois conceitos, conduzindo a práticas nem sempre condizentes com o perfil e finalidade de cada um deles o que repercute negativamente.

O presente artigo, de natureza ensaísta, propõe-se a incursionar criticamente sobre o *modus operandi* do mecanismo nominado de ‘conciliação’ no Brasil, confrontando-o com a *mediação* diante de detectadas distorções, tendo em vista que a recomposição ocorre formalmente, mas sem espargir ventos benéficos para a paz social.

Em um primeiro momento elabora-se uma concisa referência sobre o conflito, como fenômeno presente na vida da sociedade, e quando judicializado, suas consequências em maior ou menor dimensão dependem da abordagem de tratamento a que se submete institucionalmente. Daí ser necessário cuidar dos conceitos próprios identitários ao tema para, em um segundo, tomar a posição de crítica em relação ao processo conciliatório operacionalizado pelo sistema brasileiro, tomando por base o pensamento de Luis Alberto Warat e, nesse diapasão, resgatar o real sentido da pacificação do conflito posto a jurisdição.

⁴ diversão” (ou diversificação), consistindo em um programa que possibilita a flexibilização do sistema objetivando solucionar a situação de conflito de forma diversa daquela tradicional já mencionada. Ainda tendo equivalência conceitual com “desjudiciarização”

1. O CONFLITO EM SUA COMPREENSÃO

Antes de abordar as questões pontuais a serem comparadas, impende que se faça uma breve exploração sobre o conflito, em que este consiste, para compreendê-lo em seu amálgama como a matéria sob exame.

Ao senso comum, o conflito emerge como algo que afeta e desestrutura o relacionamento entre pessoas, preponderante transmitindo a idéia de algo negativo, luta, combate, perigo iminente, risco de desequilíbrio das relações. A respeito, traz-se à colação o entendimento de Juan Carlos VEZZULLA(1995 : 24) para quem o conflito consiste *“em querer assumir posições que entram em oposição aos desejos do outro, que envolve uma luta pelo poder e que sua expressão pode ser explícita ou oculta atrás de uma posição ou discurso encobridor”*

Numa concepção geral tem-se o conflito como ruim. Contudo, na historia da humanidade nem sempre foi percebido dessa forma, e grandes mudanças advieram após algum conflito. É esse o pensamento de Dora Fried SCHNITMAN (1999: 170) *“Os conflitos são inerentes á vida humana, pois as pessoas são diferentes, possuem descrições pessoais e particulares de sua realidade e, por conseguinte, expõem pontos de vista distintos, muitas vezes colidentes”*. Diferença reconhecida muito positivamente por Mariana Hernandez CRESPO G (2012: 283/319), ao expressar que *“Las diferencia, en realidad no son um problema, son nuestro mayor tesoro, porque cada ser humano es único e irrepetible”*.

A historiadora ROSA GODOY (2003:13) adverte para que não se pense em uma sociedade ideal sem conflito, pois *“talvez o conflito exista mesmo para que os seres humanos possam ter desafios a resolver”*. Retomando Juan Carlos VEZZULLA(1995:93) *“os conflitos não são em si mesmos, nem positivos, nem negativos: eles são próprios dos seres vivos e pelo tanto naturais. O positivo ou negativo de um conflito é a solução que se lhe procure, a forma de enfrentá-lo e resolve-lo”*.

Na inter-relação de circunstâncias que acompanham a situação conflituosa, o sentido do justo, enquanto valor, pode e deve ser estabelecido pelas partes consensualmente. Compondo-se a relação, vê-se emergir um conceito de justiça em sua acepção mais básica, uma justiça alcançada por meio de procedimento equânime que não só estimulou, mas, também, subsidiou as partes envolvidas para a consecução de um resultado satisfatório. A respeito é Pertinente a advertência de André Gomma de

AZEVEDO (2005:151) “*nesta forma de resolução de disputas, o polissêmico conceito de justiça ganha mais uma definição passando a ser considerada também em função da satisfação das partes quanto ao o resultado e aos procedimentos que as conduziu*”

Com efeito, abandonar conceitos arraigados, despojar-se da cultura do medo para olhar o conflito como condutor de mudanças, a pavimentar o solo da harmonia vindoura é o desafio maior que se coloca para a tessitura da paz. E na medida em que o conflito é recepcionado sob esse *novel* olhar, a sua complexidade leva a estudos direcionados à se conseguir soluções adequadas que permitam a construção da decantada paz.

E nesse diapasão, quando “*os mecanismos legais tradicionais de neutralização dos conflitos e trivialização das tensões já não conseguem mais rechaçar aquelas ameaças*” como adverte Jose Eduardo FARIA(1984: 158), o sistema judiciário abre ensanchas a adoção de métodos e técnicas de composição do conflito, como um novo compromisso político. Essa ‘desjudicialização’, a depender da necessidade de relacionamento do ser humano, toma corpo através de formas diferenciadas, como negociação, conciliação, mediação, arbitragem.

Importa ressaltar que face o recorte que dimensiona estes escritos, ficarão fora das referencias os instrumentos da *negociação* e o da *arbitragem*, eis que abordagem se fará restrita à perquirição quanto à identidade/diferença da *conciliação* frente à *mediação*, cujo estudo, no viés comparativo, é um esforço para se trazer a lume as estratégias equivocadas (e com confusão conceitual) de trabalhar, consensualmente, a resolução do conflito judicializado, assunto do discurso subsequente.

2. CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO: IDENTIFICANDO CONCEITOS

Quando se referencia o mecanismo da *conciliação*, de maior presente no sistema pátrio, tem-se como incontroverso o entendimento de ser a mesma meio alternativo⁵ de solução de conflitos, uma prática na qual as pessoas envolvidas, outorgam a um *tertius* (o conciliador) a função/poder de aproximá-las e orientá-las na construção de um acordo. Em alguns aspectos essa compreensão encontra ressonância identificatória com

⁵ Sobre a palavra *alternativo*, válida a observação de Sharon PRESS(1997:903) de sua gradativa substituição por termos como "complementar", "adicional", "adequado", ou simplesmente "resolução de conflitos", este usual no Brasil.

a *mediação* por seus aspectos comuns em relação ao conflito: a intervenção do terceiro, o propiciar do entendimento, aproximar os envolvidos e pela natureza auto compositiva

Entretanto, na forma como se processa a intervenção desse terceiro e quais resultados são gerados desse trabalho interventivo é que se extrai o traço marcante, diferencial das duas técnicas, principalmente se for levado em conta que em conflitos ajuizados, via de regra, o conciliador é o próprio juiz, aculturado na litigiosidade, além da conciliação ser pensada na perspectiva de desafogar o Judiciário da estagnação processual de que está acometido.

A essência da mediação não se coaduna com essa *meta desafogadora* que lhe quer destinar os desvios da jurisdição brasileira. O expressivo pensamento de SPENGLER (2012:94) aponta a mediação como “*uma maneira de instaurar a comunicação comunitária rompida entre os cidadãos ou grupos em virtude da posição antagonica instituída pelo conflito*”. De sua coerência, esclarece a autora:

Tratando-se de um intercâmbio comunicativo no qual os conflitantes estipulam o que compete a cada um no tratamento do conflito em questão, a mediação facilita a expressão do dissenso definindo um veículo que possa administrar a discordância e chegar a um entendimento comunicativo.

Nesse tocante, Lilia Maia de Moraes SALES (2011:30) esclarece de que “*a orientação majoritária brasileira é que a mediação facilita a comunicação sem avaliação do mediador. Deixa para a conciliação essa possibilidade de avaliar*”. E ao completar seu raciocínio afirma que:

No Brasil a mediação e conciliação são atualmente diferenciadas especialmente pela conduta do mediador e conseqüentemente o tipo de conflito que se adéqua a cada solução, fazendo-se um paralelo entre mediação facilitativa (o que entendemos como mediação) e mediação avaliativa (o que entendemos por conciliação).

Há, como se percebe, um perfil próprio da *mediação* que reveste a sua especial identidade – a de que o trabalho do mediador é o de estimular, encorajar, ser um auxiliar na construção de um diálogo que vai caber as partes construí-lo, sem esse *tertius* repassar suas introspecção, sem influenciar, sem tomar partido, cada vez mais distanciando-se do que se afigura no modelo de *conciliação*.

Ainda nos escólios de Lilia Maia de Moraes SALES (2010:1), a recepção do conflito é de algo natural, inerente aos seres humanos, e sendo bem administrada pela mediação torna-se caminho de entendimento, reflexão e de transformação, pois é através da mediação que são buscadas “*as convergências entre os envolvidos na*

contenda que possa amenizar a discórdia e facilitar a comunicação”. Explicita a autora (2010: 3-4), tal fato decorre da principiologia que orienta a mediação, pois ainda que variante no contexto de cada país, os princípios essenciais são trabalhados uniformemente, como os de respeitar a *liberdade das partes*, de incentivar a *não competitividade*, de reconhecer o *poder de decisão das partes*, de ser a *participação do terceiro imparcial* da exigência de *competência do mediador*, e de primar pela *informalidade e confidencialidade do processo*.

Assim examinado vão se definindo os objetivos da mediação, que não se traduz somente em solucionar conflitos, resultado também obtido nas outras técnicas, porém, em torno da mediação outras decorrências positivas exsurtem, apontadas por Lilia Maia de Moraes Sales (2010: 5) como: a prevenção da má administração de conflitos, a inclusão social, efetiva participação, conscientização de responsabilidades e dos direitos, acesso à justiça e a paz social. Reconhece a autora em suas conclusões, a imbricação multidisciplinar da *mediação* tendo em vista se efetivar amparada por princípios do direito, da psicologia, antropologia, dentre outras ciências.

No que concerne a essa identificação/dissimilitude da *mediação* com as demais técnicas consensuais, de primorosa valia é o que expõe Fabiana Marion SPENGLER (2012:37) sobre a *mediação*:

Difere das práticas tradicionais de jurisdição justamente porque o seu local de trabalho é a sociedade, sendo a sua base de operações o pluralismo de valores, a presença de sistemas de vida diversos e alternativos, sua finalidade consiste em reabrir os canais da comunicação interrompidos, reconstruir laços sociais destruídos.

O entendimento supra compartilha com a riqueza da sensibilidade de Luis Alberto WARAT (2001:p.41) quando defende o programa de mediação com a assertiva de que *“Esse programa não é uma técnica, nem uma filosofia ao modo tradicional, ele é uma forma de ver a vida que encontra o sentido da mesma, unicamente, vivendo-a”*

Feita essa pavimentação de ordem teórica, cuidar-se-á doravante de desenvolver propriamente o tema enfocado, qual seja, analisar criticamente a solução ‘conciliatória’ do judiciário brasileiro a implicar exemplo de má administração do conflito.

3. SOLUÇÃO CONCILIATÓRIA NA ESFERA JUDICIAL: O NÃO SENTIR O SENTIMENTO DE WARAT

Ao contrário do que transparece ao senso comum, os meios alternativos para solucionar os conflitos não se constituem práticas inovadora para a humanidade. Os registros doutrinários inscrevem culturas com tradição em procedimentos dessa natureza, como o faz Rosane Cachapuz ao asseverar a respeito da mediação que “*sua existência remonta aos idos de 3000 a.C, na Grécia, bem como no Egito, Kheta, Assíria e Babilônia, nos casos entre as Cidades-Estados*”(2003:24). A presença dessa forma resolutiva de conflitos nas culturas mundiais é corroborada por Chistopher W Moore (1998: 32) ao lecionar que

As culturas islâmicas também têm longa tradição de mediação. Em muitas sociedades pastoris tradicionais do Oriente Médio, os problemas eram freqüentemente resolvidos através de uma reunião comunitária dos idosos, em que os participantes discutiam, debatiam, deliberavam e mediavam para resolver questões tribais ou intertribais críticas ou conflituosas. Nas áreas urbanas, o costume local (*'urf*) tornou-se codificado em uma lei *sari'a*, que era interpretada e aplicada por intermediários especializados, ou *quadis*. Estes oficiais exerciam não apenas funções judiciais, mas também de mediação. [...] O hinduísmo e o budismo, e as regiões que eles influenciaram, têm uma longa história de mediação. As aldeias hindus da Índia têm empregado tradicionalmente o sistema de justiça *panchayat*, em que um grupo de cinco membros tanto media quanto arbitra as disputas.

Quanto ao período épocal mais próximo, afirma-se que o mundo jurídico ocidental ocupa-se da matéria desde o sec. XIX, mas no sec. XX alcança maior expansividade quando a mediação se estrutura sistematizada em vários países (dentre estes o Japão, Irlanda, França, Bélgica, Noruega, Alemanha). Não obstante a doutrina estrangeira envolver-se há tempo com práticas conciliatórias (nas quais se inclui o modelo de Justiça Restaurativa)⁶, a previsão chega ao contexto brasileiro com bastante atraso. Primeiramente, com o advento da Lei nº 9.099/95⁷, instituidora do Juizados Especiais, toma corpo na seara judiciária o instrumento da *conciliação*, e somente em 2005 experiências de *mediação* são utilizadas nas práticas restaurativas implementadas pelos Projetos (pioneiros) de Justiça Restaurativa em Porto Alegre/RS, São Cateano/SP e Núcleo Bandeirante/DF⁸.

⁶ Restorative Justice é a nomenclatura do sistema dos EEUU, a França utiliza a expressão Justice de Proximité

⁷ Lei 9.099 de 26 de setembro de 1995, Diário Oficial da União de 27 de setembro de 1995.

⁸ Prática Conf. os projetos pilotos de Justiça Restaurativa respectivos: “Justiça para o Sec.XXI” Disponível em www.justica21.org.br/j21.php?id=99&pg=0 “Núcleo Bandeira de Justiça Restaurativa – NUPECON” - Disponível em www.tjdft.jus.br

A mediação vem sendo institucionalizada nos Tribunais há mais de duas décadas com mecanismo para atender o objetivo de acesso eficaz à justiça, como leciona Jacqueline M. NOLAN-HALEY (2004:57):

Mediation was institutionalized in courts over the last twenty-five years, in part to provide access to justice that was otherwise unavailable in the civil justice system. Some scholars question whether this institutionalization offers anything that looks like justice.

Contudo, há de se ater com cautela nessa incorporação da mediação por uma instância como a dos Tribunais para evitar o instituto da mediação se subsuma na adjudicação, por meio do controle estatal dos programas de mediação trazidos para o âmbito jurisdicional, com modelos de práticas que possam desfigurar a teoria da mediação.

Retomando condutores teóricos sob a coordenação de Lilia Maia de Moraes SALES e Adolfo BRAGA NETO (2012) apreende-se a eficiente indicação das teorias que se ocupam da solução de conflitos, com alusão às formas recepcionadas: **i)** *'transformação de conflitos'* de John Paul Lederach, em qualquer das dimensões - pessoal, relacional, estrutural, cultural -, a cuja ação cada uma terá que se adequar; **ii)** a *'construção de consenso'*, defendida por Lawrence Susskind, com pressupostos no reconhecimento das diferenças, na possibilidade de manter-se em desacordo, na proposta do diálogo colaborativo, na metodologia de inclusão e distinção das posições, interesses e valores; **iii)** a *'mediação de conflitos'*, com suas Escolas: **a)** *Tradicional*, de Harvard, que tem como representantes Roger Fischer, William Ury, Bruce Patton); **b)** a *Transformativa*, defendida por R. A. Buch e Joseph P. Folger; e **c)** a *Escola Circular-narrativa*, em que se destacam Sara Cobb e Marinês Suares. Conquanto da nomenclaturas referenciadas se extraia a ideia de uma diversidade de especificidade operacional em cada uma, não há, a rigor, distanciamento na finalística de proporcionarem o diálogo e de serem construtoras da paz.

O contexto judicial brasileiro ainda assiste o engatinhar de *práxis* dessa natureza, todavia, já apresenta a ocorrência de níveis de distorções da consensualidade, o que se deve à forma como certos conflitos tem sido recebidos e solucionados na esfera intra do Judiciário. Em observação comparativa entre as práticas alternativas realizadas dentro do espaço institucional e as que são operadas extra muros da instituição

judiciária tem-se a nítida captação diferencial do encaminhamento, do procedimento, da natureza, dos objetivos e das características da *mediação* e da *conciliação*.

Na verdade, quando dentro das comunidades seus membros têm o poder de solucionar os conflitos esta sociedade torna-se criativa e bem mais humana. Esta é a qualidade maior, o proveito mais positivo da adoção de práticas alternativas como a conciliação e a mediação em palco societal, pois ao assumir a sociedade esse papel, sabe qual a decisão a ser tomada, como executar e tornar efetiva a decisão. Isto ocorre porque os meios alternativos possuem como virtude decidir, com respeito e ética, os conflitos desde a base até a sua totalidade, sem deixar pendências. Consegue por fim não só a lide processual (rasa e de mera reconstituição)mas, Também, a lide sociológica(mais profunda e real). Dessa maneira a soluções se fazem eficazes porque as partes se conformam com a decisão, a cumpre e a pratica.

Porém, tais efeitos benéficos não são presenciados na solução conciliatória dos conflitos processados sob a égide da instituição judiciária, ainda que em senda mais amenizada de formalismos de juízos especializados. Como sustentáculo desta assertiva, ainda que inumeráveis casos possam ser trazidos à colação do cotidiano do Judiciário brasileiros, optou-se por uma narrativa – a do pesquisador Hélio Luiz Fonseca Moreira (2006:200-203) inserta como parte do *Projeto* de pesquisa desenvolvido por esse autor⁹, de cujos escólios se extrai o que é nominado o autor denomina “*retrato da violência que subjuga o corpo e alma de agentes sociais que buscam a prestação do serviço jurisdicional*”.

A escolha prende-se ao fato de se tratar de um caso emblemático, merecedor de crédito, pois constante em coleta de dados de trabalho perquiratório do autor e os registros guardarem referência à fase própria do *espaço conciliatório* peculiar à ocorrência. A transcrição que se faz é apenas dos trechos essenciais:

[...]O conflito não era por pensão alimentícia, divisão patrimonial ou guarda das crianças, pois não possuíam filhos nem bens a dividir. Segundo relato informal, Ruth ingressou em juízo para garantir a liberdade de ir e vir sem ser ameaçada de morte, para simplesmente ‘ter paz’. [...] Naquela vara era a quarta vez que eu acompanhava audiências [...] iniciou-se a sessão com a Juíza[...]informando a Antônio[...]sem grandes formalidades que naquela vara tramita uma queixa crime contra ele, proposta pela ex-companheira [...]Antônio refutou os fatos narreados na representação e categoricamente afirmou: – Dôtor a ela tá é com ciúmes porque eu vim com a outra que taí fora[...]Inesperadamente, a magistrada se manifestou: - Chame ela aqui, mande ela entrar que eu quero ver se o senhor fez uma boa troca[...]Em seguida, a juíza determinou-lhe que saísse da sala e se pronunciou:– Pelo

⁹ O autor refere-se a uma das audiências observadas, gravadas e descritas durante a pesquisa “Violência e antidireito nos caminhos da administração da justiça criminal’ de sua responsabilidade”.

menos o senhor fez uma boa troca. Agora tem carne para meter a mão. Foi um riso geral.[...] Nessa ocasião, o defensor público que, estava sentado entre mim e sua constituinte comentou discretamente em meus ouvidos: ele trocou a praticadora pela “mulher vulcão”. Após risos gerais, a juíza chamou a atenção de Antônio para seu deveres, mostrando a dificuldade de Ruth na subsistência, tendo em vista a moléstia de que era portadora e que se não pagasse a não pensaria duas vezes, iria decretar-lhe a prisão. Consultado o defensor público a proposta de acordo foi aceita. Roberto, ainda informou à sua constituinte que se não houvesse a normalidade do pagamento da pensão estipulada deveria procurá-lo para tomar as providências devidas. Assim, mais um caso foi encerrado, o termo foi lavrado com todas as omissões possíveis e assinado pelas partes, que saíram para que outra audiência iniciasse.

Portanto, embora se reduza a amostra a um único caso dentre tantos de um universo tão numero, justificável até pelo limite de conteúdo imposto, constata-se no procedimento conciliatório judicializado uma condução do conflito totalmente desvirtuada, gerador de negativos efeitos. Qualquer análise que se queira fazer na narrativa de Hélio Luiz Fonseca MOREIRA(2006:32-56) vai deparar-se com um viés de consensualidade sem qualquer critério, comprometendo todos os princípios e os mais elementares direitos.

O exemplo discorrido não oferece suporte para o enquadramento de tal prática como “mediação” tão bem pontuada nos escólios de Lilia Maia de Moraes SALLES (2001:20)¹⁰, porque tal procedimento não atendeu a nenhum dos princípios do mecanismo da mediação de perfil condigno de sua proposição: **i)** não houve *a liberdade das partes* para apresentarem seus termos de composição, diversamente, houve a advertência da iminência da prisão; **ii)** o da *não competitividade* foi invertido, pois ao contrário, houve o incentivo à disputa e a escolha do campo de batalha ali simbolizado; **iii)** o do *poder de decisão das partes* foi negado, pois não tiveram em nenhum momento a oportunidade optarem, de decidirem; **iv)** o da *competência do mediador*, com muita clareza em todo o proceder ficou patente a falta de aptidão da magistrada que presidiu a audiência para pacificar, pois destacou-se a tradicional cultura de litigiosidade e de atuação autoritária de forma preponderante, até mesmo exclusiva.

O mesmo se pode dizer quanto aos objetivos: aparentemente a lide judicial resolveu-se, permanece, contudo, um conflito sociológico não solucionado muito mais resistente. Longe de prevenir, a ação foi desencadeada com contornos de violência moral, de afetação da dignidade, típicos do conflito mal administrado em todos os

¹⁰ Texto trabalhado em sala de aula do doutorado em Direito da Universidade de Fortaleza cuja temática foi “Mediação Facilitativa e Mediação Avaliativa –Estabelecendo diferença e discutindo riscos”.

aspectos, inclusive humanístico; o procedimento foi declaradamente de exclusão, não se podendo falar de construção de paz social.

Não houve uma construção de relação, pois atuando o próprio ‘conciliador’(a magistrada) sem o respeito à autonomia e não se verificando a dosagem de sentimentos comum e exigível em uma conciliação. A respeito, se expressa Luis Alberto WARAT (2001:59) que “*o conflito somente será ‘dissolvido’ se houver uma intervenção sobre os sentimentos. A preocupação com o valor sentido pelas pessoas, o que importa para elas, o que as faz sofrer ou ser feliz é o que permite realmente uma solução adequada*”.

Assim, o receio de que ocorresse divergência entre a teoria da mediação e as práticas conciliatórias forjadas no Judiciário afetando a mediação em termos de qualidade transparece em confirmação. E por todo o esquadrinhado, reforça-se o entendimento de que o perfil delineado da alternatividade/consensualidade institucional enfrenta complicadores na realidade brasileira.

A nossa cultura é incentivada para se ficar com um único caminho – o do Judiciário tradicional, decorrência de uma leitura adepta da tradição do mediterrâneo, ibérica, do direito continental de identificação naquilo que se chama de *civil Law*¹¹, muito estatizante, oficial e muito cartorária. Fruto dessa arraigada cultura, a sociedade é estimulada a resolver suas situações conflituosas utilizando-se da instituição Judiciária - seus juízes e Tribunais, por meio de um sistema adversarial, em que o litígio ocupa um procedimento formal. Vivencia-se no Brasil o drama processual de pensar os meios de solução de conflitos como mais importantes do que a própria ideia do conflito. A consequência é um número exorbitante de processos no Brasil em proporção ao defasado número de magistrados¹².

Por sua vez não se pode olvidar a fragilidade da formação da educação do ensino jurídico no Brasil, corroboradora do modo como nós pensamos a solução dos conflitos no Brasil. Há, com efeito, forte influencia do procedimentalismo italiano sob teses de garantismo em que o direito processual (as questões formais do procedimento) foi absorvendo o direito material (o direito em si, a causa do conflito). Os sentidos comuns teórico dos operadores do direito se mantêm, fundamentalmente, restrito aos aspectos

¹¹ O *civil law*, também conhecido como sistema romano-germânico, deriva do direito romano, é constituído de leis escritas em códigos, e tem por escopo princípios objetivos derivados da lei. O direito civil law é elaborado por legisladores ou membros do poder executivo na forma de leis, decretos, regulamentos etc, com primazia da lei sobre o precedente.

¹² Cf. dados do Conselho Nacional de Justiça indicam cerca de dezesseis mil juízes em todo o território nacional (16.013 magistrados entre os Tribunais Regionais Federais, Estaduais e do Trabalho) para uma demanda de mais de noventa e dois milhões de ação. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros>

práticos do funcionamento do sistema jurídico com a mesma tecla de visar a segurança e estabilidade da sociedade.

O ensino nesses moldes patrocina também a cultura e a formação dos membros da magistratura. Os conduz sob formação positivista e dogmática, de apego excessivo à lei, a enfocar-se mais no passado que no futuro, sem grandes zelo no que diz respeito a preservar relações existentes, mas tão somente em fazer a justiça. Esse processo formalístico de adjudicação, que nem sempre produz resultados coincidentes aos interesses das partes, é transportado pelos operadores do direito quando diante da do espaço *diversificado* para operar outros modos de solução de conflitos. Há uma tensão entre a tentativa do Estado de manter seu monopólio das decisões, e esta tensão carece de ser dissipada para que haja o compartilhamento das iniciativas sociais no Brasil. O atingir deste desiderato atingir não é simples. Porquanto exige um perpassar pela formação dos juízes, promotores, advogados, operadores do direito de um modo geral voltada para a solução de conflitos individuais por meio de instrumental inovador de viés alternativo em que a resposta não está em um perder e o outro ganhar, mas sim todos saírem ganhando.

Há, de certo, um receio de perda do monopólio das decisões por parte do Estado/Juiz, insistência que tem conduzido às distorções denunciadas, qual seja a de praticar o Poder Judiciário uma *pseuda consensualidade*, uma vez que a *conciliação/acordo* é obtida com a submissão das partes a regras de procedimento formais que fogem aos padrões waratiano. Para Luis Alberto Warat (2001:31) “*O valor maior da mediação não está no acordo em si, mas em proporcionar a mudança de sentimento nas pessoas.*”

Contudo, por conta das desigualdades sociais a sociedade brasileira tem se mostrada fraca na tomada de atitude no que diz respeito às soluções alternativas consensuais do conflito. O tipo de mediação/conciliação(confusão) que está sendo praticada no sistema judiciário brasileiro não recebe os reflexos da mais autêntica forma (ou interligação de formas) de mediação – a facilitativa, para conseguir construir consensos com a força de transformar o conflito.

É equívoco eivar a construção de um novo modelo de solução com o vício de finalidade: resolver conflitos unicamente com intuito de diminuir a excessiva carga que é imposta ao Judiciário. Nesse sentido, conquanto a chegada da Resolução

125/2010¹³ do Conselho Nacional de Justiça tenha, em tese, trazido novos e promissores passos ao disciplinar a *Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário*, até o momento não pode dita Resolução ser reconhecida como de significativos avanços em termos de uma conciliação e mediação nos padrões desejáveis.

É suficiente para assim entender a leitura do art. 2º da citada Resolução - “*mediação é um processo decisório conduzido por terceiro imparcial com objetivo de conciliar as partes a identificar ou desenvolver soluções consensuais*”. Ao indicar a mediação com o objetivo de conciliar, já se depreende a forma dúbia e ambígua de tratamento identitário do instituto da mediação, como já advertia a respeito Lilia Maia de Moraes Sales (2011:30):

No Brasil, ao analisar as discussões teóricas e práticas da mediação de conflitos, também se vê uma confusão de conceitos. Aqui, não se dispõe da prática de tantos mecanismos de solução de conflitos (avaliação neutra, med-arb, arb-med, arbitragem não vinculativa e outras), o que facilita as definições..

Outrossim, das diretrizes do Conselho Nacional de Justiça concernentes a Resolução Nº. 125/2010, depreende-se a determinação para a criação em todos os tribunais brasileiros dos denominados Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, com oportunidade de uma composição “por magistrados da ativa ou aposentados”, órgão ao qual foram outorgadas as atribuições de : I – desenvolver a Política Judiciária de tratamento adequado dos conflitos de interesses; II – planejar, implementar, manter e aperfeiçoar as ações voltadas ao cumprimento da política e suas metas; III – atuar na interlocução com outros Tribunais; IV – instalar Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania que concentrarão a realização das sessões de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, dos órgãos por eles abrangidos; V – promover capacitação, treinamento e atualização permanente de magistrados, servidores, conciliadores e mediadores nos métodos consensuais de solução de conflitos; VI – na hipótese de conciliadores e mediadores que atuem em seus serviços, criar e manter cadastro, de forma a regulamentar o processo de inscrição e de desligamento; VII – regulamentar, se for o caso, a remuneração de conciliadores e mediadores nos termos da legislação específica; e VIII – incentivar a

¹³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº. 125 de 29 de novembro de 2010 DJE/CNJ nº 219/2010, de 01/12/2010, p.2-14 e republicada no DJE/CNJ nº 39/2011, de 01/03/2011, p. 2-15 – CNJ.

realização de cursos e seminários sobre mediação e conciliação e outros métodos consensuais de solução de conflitos.

Na compreensão da Lilia Maria de Moraes Sales (2011:29) por força desse disciplinamento do Conselho Nacional de Justiça: “cresce a responsabilidade dos tribunais em implementar adequadamente a mediação, oferecendo capacitação qualificada por meio da preparação teórica e prática da temática”, o que, em tese, é de todo procedente se efetivada sem eiva de simulacros. No entanto, na prática do cotidiano a realidade deita efeitos apenas numéricos. Basta atentar para os números divulgados em cumprimento de metas dos Tribunais brasileiros para o Conselho Nacional de Justiça após a realização dos “mutirões” (carcerário, de conciliação, sócio educativo, dentre outras)¹⁴.

Seria ingenuidade negar a existência do resultado acordativo nesses programas de metas, porque os números de processos arquivados indicaria o contrário. Entretanto, o nova enxurrada de ações distribuídas à jurisdição desequilibram novamente a proporção numérica e dá o seu recado: as lides sociológicas fazem-se mais latentes e os mecanismos de sua solutividade, erroneamente subutilizados, tornam-se ineficientes.

Vale lembrar que a instrumentalidade da mediação mantida com sua natureza pacificadora e transformativa cumpre duas funções, conforme Fabiana Marion Spengler(2012:228):

Primeiro oferece um espaço de reflexão e busca de alternativas na resolução de conflitos nas mais diversas esferas: família, escola, no local de trabalho, entre outros. Em segundo lugar o indivíduo possui um ganho que, não obstante parecer secundário, assume proporções políticas importantes quando ao resolver autonomamente seus conflitos passa a participar mais ativamente da vida política da comunidade

Invocar o lustre de Luis Alberto Warat (2001: 30-31) é sempre pertinente:

O grande segredo da mediação, como todo segredo, é muito simples, tão simples que passa despercebido. Não digo tentemos entendê-lo, pois não podemos entendê-lo. Muitas coisas em um conflito estão ocultas, mas podemos senti-las. Se tentarmos entendê-las, não encontraremos nada, corremos o risco de agravar o problema. Para mediar, como para viver, é preciso sentir o sentimento. (sem grifos no original)

Com efeito, no contexto de um autentico processo de mediação, o mediador/facilitador conduz as partes envolvidas com maestria e sob metodologia apropriada, onde todos os participantes interagiram sem confrontar argumentos, e,

¹⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Portal. Disponível em:
<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/sistema-carcerario-e-execucao-penal/pj-mutirao>

ipso facto, alcançam a inclusão, o empoderando. Atento às diferenças, consegue distinguir posições - *o que quer*, os seus interesses, e alicerçam-se para responder à identificação do *'para que'* e do *'por que'*, pinçando valores que oportunizaram optar, sem avaliações e/ou correções, pela decisão de solucionar o conflito.

Dessa compreensão se retira o esteio para apregoar no sistema judiciário a inserção de uma instância de consensualidade, com o magistrado ocupado com a face pedagógica da decisão ali colhida, olhando a mediação como importante instrumento, seu mecanismo mais eficaz, a criar espaços de comunicação mais flexíveis e espontâneos, e, como afirma Roberto Portugal BACELLAR (2003) tem na *"pacificação o seu valor mais expressivo porque finalidade do próprio direito."*

Nesta análise, vale rememorar a *pérola* de aferição feita em relação ao do trabalho do magistrado feita por Dom Helder Câmara¹⁵. Após ressaltar que a tarefa de juiz não é apenas o julgamento e a aplicação de penas pela inadimplência das leis, frisa que *"a tarefa de magistrado é também, e, talvez, mais ainda, a ação preventiva e pedagógica de despertar na sociedade o amor e a fome de justiça"*. Essa lúcida relação/identificação da ação judicante, da justiça com a ação pedagógica do memorável Bispo, orienta a direção que deve ser seguida no delineamento do mecanismo para a solução de conflitos – que seja o da *mediação* resguardada do que lhe é peculiar por seus princípios.

Ocorre, como observado por Jacqueline M NOLAN-HALEY(2010: 3-54), que a mediação realizada na seara intra judicial já não mais guarda a sua natureza opcional para as partes. A onipresença dos Tribunais sobre a mediação está acarretando a perda de identidade dessa técnica, transvestindo-a com roupa semelhante à da adjudicação, ao adotar normas de aplicação e procedimentos. Todo um cenário é montado, e neste os juízes passam a evitar o julgamento de casos e se tornam cada vez mais mediadores. O conceito tradicional da mediação como um processo primordialmente relacional fica seriamente comprometido, a ponto de John LANDE(1997:839,841) descrever o ambiente legal contemporâneo como : *"liti-mediation"* espaço onde ocorre, reiteradamente, *"mediation is the normal way to end*

litigation." Para o enfrentamento dessas questões é mister que se resgate a racionalidade do fundamento da mediação ínsito em Lon FULLER (1971: 41)¹⁶ :

The mediation has the capacity to reorient the parties towards each other, not by imposing rules on them, but by helping them to achieve a new and shared perception of their relationship, a perception that will redirect their attitudes and dispositions toward one another.

Ainda, que se atente que o reconhecimento da qualidade da mediação passa por uma rejeição a qualquer ancoradouro de submissão das partes à regras regras de procedimentos, pois segundo Lon FULLER((1971: 41)¹⁷: “*to free themselves from the encumbrance of rules*” para atingir “*a relationship of mutual respect, trust, and understanding that will able them to meet shared contingencies without the aid of formal prescriptions laid down in advance.*”

Ao institucionalizar o consenso abrigado nos moldes obrigacionais, como se tenciona ver trabalhado no sistema brasileiro, descaracterizada está a voluntariedade, o desenvolvimento espontâneo e a extrajudicialidade próprias à natureza e essência da mediação, e esta perde a instrumentalidade ideal de sua origem.

CONCLUSÃO

Não se espera ser a mediação uma panaceia, que tenha capacidade de eliminar os conflitos sociais, de transformar a sociedade num todo harmônico. Este não é o seu principal objetivo diante do desafio maior que tem a mediação de buscar os caminhos de pacificação, de possibilidades para uma boa convivência.

A *mediação* oferece aos que se vêem, direta ou indiretamente, envolvidos no conflito, possibilidade de reequilibrar e pacificar, ocorrendo o encontro, a troca de experiência, o compartilhamento de responsabilidades, a participação. Tudo isso permitindo ao ser humano, ali inserido, se colocar enquanto sujeito, como membro de um grupo, ao mesmo tempo em que trazendo esse encontro com o outro, uma transformação social.

¹⁶ Tradução livre: A mediação tem a capacidade de reorientar as partes em direção ao outro, e não através da imposição de regras sobre eles, mas ajudando-os a alcançar uma percepção nova e compartilhado de seu relacionamento, a percepção de que irá redirecionar suas atitudes e disposições em direção ao outro.

¹⁷ Em tradução livre: Para libertar-se do ônus de regras. uma relação de respeito mútuo, confiança e compreensão que lhes permita atender contingências compartilhados, sem o auxílio de prescrições formais estabelecidos com antecedência

A solução de conflitos nos moldes processados pelo judiciário brasileiro, sequer pode ser identificada como conciliadora, como foi demonstrado, mantendo distância abissal da forma como é trabalhada a mediação e a própria teoria da conciliação. Enfrentar esses percalços advindos do Judiciário fruto de um pensar reativo que precisa ser expurgado, é medida que se impõe mesmo com a Lei n.9.099/95(Juizados Especiais), bastando o novo olhar, uma mudança de mentalidade ao se trabalhar a Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça para que um processo privado ao ser instalado num ambiente público, não seja consumido por regras e por uma concepção instrumentalista que vem a servir apenas de forma superficial à administração da justiça, como denuncia Jacqueline M NOLAN-HALEY(2012:15).

A concretização advirá, com certeza, por meio de reeducação e mudança da cultura. Em concluindo, a violência do antidireito, desnuda o espírito conciliatório do Judiciário brasileiro, deixando evidenciado uma postura de caminhar na contramão de qualquer proposta que se diga conciliatória, lembrando-se da advertência de Luis Alberto Warat quanto à necessidade na mediação de “sentir o sentimento”

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, André Gomma de. **O Componente de Medição Víctima-Ofensor na Justiça Restaurativa:Uma Breve Apresentação de uma Inovação Epistemológica na Autocomposição Penal.** In: SLAKMON, C; DE VITTO, R. GOMES PINTO, R. org. 2005. Justiça Restaurativa(Brasília-DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas Para o Desenvolvimento- PNUD. p. 151 (135-162). Disponível em <http://www.undp.org/governance/docs/Justice_Pub_Restorativa%20Justice.pdfh>Acesso em 29.06.2014

BARCELLAR, Roberto Portugal. **Juizados especiais. A nova mediação paraprocessual.** São Paulo: RT, 2003.

BRAITHWAITE, John. **Setting Standards for Restorative Justice. *The British Journal of Criminology.*** v. 42, n. 3, p. 563-577, 2002. Disponível em: <<http://bjc.oxfordjournals.org/cgi/reprint/42/3/563>>. Acesso em 14/03/2011.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos conflitos & Direito de Família.** Curitiba: Juruá, 2003.

CÂMARA, Helder Dom. **Jornal do Magistrado, órgão oficial da Associação dos magistrados Brasileiros, ano IX, n.49, nov-dez.1998.**Concursos, p.05.

CORREIA, João Carlos. **Elementos para uma crítica da mediação moderna.** Texto didático fornecido pela Prof. Rosa Godoy na disciplina Educação e Cultura em Direitos Humanos, semestre 2005.2 do PPGCJ/CCJ.

CRESPO, Mariana Hernandez. **Capitalizando em la Diveridade: Innovación Sustentable Basada em Valores em la Negociación, Mediación y Construcción de Consenso.** In Aspectos atuais sobre a mediação e outros métodos extra e judiciais de resolução de conflitos / Adolfo Braga Neto, Lilia Maia de Moraes Sales. – Rio de Janeiro: GZ Ed., 2012.

DORNELLES, José Ricardo Wanderley. **O desafio da educação em direitos humanos.** Cadernos Nuevamérica, 1998. No.78 .

FARIA, José Eduardo. **Eficácia Jurídica e Violência Simbólica, o Direito como Instrumento de Transformação Social.** Tese apresentada ao concurso para Professor-titular do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da FDUSP .São Paulo, 1984.

FOLEY, Gláucia Falsarelli. **O Poder Judiciário e a Coesão Social.** Texto apresentado no Concurso de Monografia da AMB. 2009.

FULLER, Lon. **Mediation. Its Forms and Functions,** *Cal. L. Rev.* vol. 305, 1971.

GONÇALVES, Maria Augusta Salin. **Interdisciplinaridade e educação básica: Algumas reflexões introdutórias.** In: Educação Básica e o básico em educação. Porto Alegre: Sulina, 1996.

HABERMAS, Jurgen. **Técnica e ciência como ideologia.** Lisboa: Edições 70, 1987.

LANDE, John. **How Will Lawyering and Mediation Practices Transform Each Other?** Fla. St. U. L. Rev., 1997.

MOREIRA, Hélio Luiz Fonseca. **Violência e antidireito nos caminhos da administração da justiça criminal.** In Revista Jurídica Ágora, vol.2, Natal: 2006.

MOORE, Christopher W. **O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos.** Porto Alegre: Artmed, 1998.

MORIN, Edgar. Leitura em texto didático de GODOY, Rosa da obra **Os sete Saberes Necessários à Educação do Futuro** 3ª ed. - São Paulo - Cortez; Brasília, DF: UNESCO, 2001.

MUSZKAT, Malvina Ester. **Guia prático de mediação de conflitos – em família e organizações.** São Paulo: Sumus editorial, 2005.

NOLAN-HALEY, Jacqueline M. **Evolving Paths to Justice: Assessing the EU Directive on Mediation. Proceedings of the sixth annual conference on international arbitration and mediation.** New York: *Martinus Nijhof Publishers*, 2011.

_____. **The Merger of Law and Mediation: Lessons from Equity Jurisprudence and Roscoe Pound.** *Cardozo Journal of Dispute Resolution.* vol. 6, 2004.

_____. **Mediation**: The ‘New Arbitration’. *Harvard Negotiation Law Review*, 2010.

PEREIRA, Gláucia Falsarelli. **Justiça Comunitária – Por uma justiça da emancipação**. Dissertação de Mestrado em Direito – Universidade de Brasília. Brasília: 2003.

PRESS, Sharon. **Court-Connected Mediation and Minorities: A Report Card**. *Capital University Review*, v.39, 2011.

SALES, Lilia Maia de Moraes. “**Mediação facilitativa e Mediação Avaliativa – estabelecendo diferença e discutindo riscos**”. *Novos Estudos jurídicos*, vol.16,n.1, 2011(ISSN Eletrônico 2175-0491 – A2 Direito).

_____. **Mediare – um guia prático para mediadores**. 3ª. ed. Rio de Janeiro:GZ, 2010

_____. In BRAGA NETO, Adolfo e SALES, Lilia Maia de Moraes (Org). **Aspectos atuais sobre a mediação e outros métodos extra judiciais de resolução de conflitos**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Crítica da razão indolente. Contra o desperdício da experiência**. São Paulo: Cortez, 2005.

SCHNITMAN, Dora Fried (Org.). **Novos paradigmas em mediação**. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1999.

SILVA, João Roberto da. **A Mediação e o Processo de Mediação**. São Paulo: Paulistanajur Ltda, 2004.

SPENGLER, F. M.; SPENGLER NETO, Theobaldo . **A crise das jurisdições brasileiras e italianas e a mediação como alternativa democrática de resolução de conflitos**. In: SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. (Org.). *A mediação enquanto política pública: o conflito, a crise da jurisdição e as práticas mediativas*. A mediação enquanto política pública: o conflito, a crise da jurisdição e as práticas mediativas. 1ed .Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2012.

VEZZULLA, Juan Carlos. **Teoria e prática da Mediação**. Curitiba, Paraná,Editado pelo Instituto de Mediação, 1995.

WARAT, Luis Alberto. **O Ofício do Mediador**. *Florianópolis: Habitus, 2001*.

_____. **Surfando na pororoca**. O ofício do mediador. v.3. Florianópolis/SC: Fundação Boiteux, 2004.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl & Batista, Nilo. **Direito penal brasileiro**, v. I, 2. ed.Rio de Janeiro: Revan, 2003.