

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

**PÓS-GRADUAÇÃO –
DIREITO POLÍTICO E ECONÔMICO**

JAIRO HABER

ESTRATÉGIAS AUTOCOMPOSITIVAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS
INTERPESSOAIS – ESBOÇO PARA UMA ABORDAGEM INTERDISCIPLINAR.
A EXPERIÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO PAULISTA E A ADVOCACIA.

São Paulo

2008

JAIRO HABER

ESTRATÉGIAS AUTOCOMPOSITIVAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS
INTERPESSOAIS – ESBOÇO PARA UMA ABORDAGEM INTERDISCIPLINAR.
A EXPERIÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO PAULISTA E A ADVOCACIA.

Dissertação de Mestrado apresentado à
Universidade Presbiteriana Mackenzie – São
Paulo, como requisito à obtenção do título de
Mestre em Direito Político e Econômico.

ORIENTADOR: Prof. Dr. Ari Marcelo Sólón

São Paulo

2008

JAIRO HABER

ESTRATÉGIAS AUTOCOMPOSITIVAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS
INTERPESSOAIS – ESBOÇO PARA UMA ABORDAGEM INTERDISCIPLINAR.
A EXPERIÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO PAULISTA E A ADVOCACIA.

Dissertação de Mestrado apresentado à
Universidade Presbiteriana Mackenzie – São
Paulo, como requisito à obtenção do título de
Mestre em Direito Político e Econômico.

Aprovada em

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Ari Marcelo Sólon – Orientador

Universidade Presbiteriana Mackenzie

Prof. Dr. Hélcio Ribeiro

Universidade Presbiteriana Mackenzie

Profa. Dra. Maria Cristina Zucchi

A meu pai,

ALBERTO HABER Z'L

AGRADECIMENTOS

Este trabalho contou com determinante apoio do Instituto Presbiteriano Mackenzie, entidade à qual agradeço o acolhimento como aluno, no curso de Pós-graduação e a seu corpo docente, que no decorrer do período de elaboração sempre se mostrou disponível, de modo generoso, a contribuir com a minha formação.

Em especial, agradeço ao Professor Doutor Ari Marcelo Solon, pela orientação segura, apoio e estímulo persistentes, que em todo momento acompanhou-me, dedicando-me amizade compreensiva e sua inteligência.

À minha família – pelo apoio, compreensão, sem a qual nenhuma realização seria possível ou faria sentido.

RESUMO

O presente trabalho procura, a partir da análise do atual quadro institucional e diagnóstico do Poder Judiciário e o seu sistema de atuação, contenciosa e adversarial, que resulta na verificação das dificuldades enfrentadas para a prestação de serviço eficiente à sociedade, explorar a possibilidade de mudança paradigmática na apreciação das interações humanas conflituosas de forma a agregar instrumental interdisciplinar, sugerindo, mecanismos de gestão e solução de conflitos estruturados que propiciem a realização do acesso à Justiça, não apenas pela estrutura convencional do Poder Judiciário, mas também por meio de estratégias e técnicas adequadas de prevenção, gestão e solução de conflitos interpessoais, que estimulem soluções autocompositivas não adversariais, como instrumento de democratização e efetivação de um Estado de Direito. O trabalho propõe, ainda, o uso e prática de habilidades e compreensão interdisciplinar, como ferramenta de desenvolvimento do senso ético profissional e de apreensão do fenômeno jurídico.

Palavras – chave: Poder Judiciário. Conflito. Interdisciplinaridade. Estratégias autocompositivas.

ABSTRACT

This work looks for solutions for the Judiciary Court working performance. The analyze of its contentious and adversative system will verify the difficulties in the service rendered to society that must be more efficient, explores the possibility of a paradigmatic change in conflictive human interactions, trying to aggregate interdisciplinary instrumental, suggesting management and solutions to structured conflicts that will become access to justice, not only using the conventional Judiciary Court structure but also using preventive adequate strategies and techniques to solve interpersonal conflicts, stimulating solutions and interpersonal agreements as an instrument of democracy and civil rights. We propose the use and practice of abilities and interdisciplinary comprehension as a tool for the ethic sense of professionalism and the understanding of the juridical phenomenon.

Key words. Judiciary Court, Conflict, Interdisciplinary, Self assertive strategies.

SUMÁRIO

I.	INTRODUÇÃO.....	7
II.	CONFLITO.....	14
III.	O PODER JUDICIÁRIO E O SISTEMA JUDICIAL / O MODELO ADVERSARIAL COMO ESTRATÉGIA DE OBTENÇÃO DA DECISÃO DE CONFLITOS.....	24
	a. A REPERCUSSÃO SOBRE A ECONOMIA – A VISÃO DO BANCO MUNDIAL – CRÍTICA.....	32
IV.	SISTEMAS DE GESTÃO E SOLUÇÃO DE CONFLITOS – O MODELO NÃO ADVERSARIAL AUTOCOMPOSITIVO.....	39
V.	ESTRATÉGIAS ADEQUADAS DE APRECIÇÃO DE CONFLITOS – MEDIÇÃO, CONCILIAÇÃO, GERENCIAMENTO DE CASOS... 	48
VI.	A EXPERIÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO PAULISTA – SETOR DE MEDIÇÃO E CONCILIAÇÃO EM 2. GRAU.....	66
VII.	A ADVOCACIA E O MODELO NÃO ADVERSARIAL.....	71
VIII.	CONCLUSÃO.....	83
	BIBLIOGRAFIA	

Introdução – O acesso à justiça

O exercício da democracia e seu fortalecimento têm no acesso ao direito e à justiça, efetiva e de qualidade, variável determinante de verificação e contribuição valiosa à promoção da cidadania, garantia e tutela de seus direitos.

O acesso à justiça merece compreensão além do acesso formal aos tribunais e procedimentos judiciais de decisão de litígios, mas que expresse ordem jurídica justa, que possibilite a concreção e realização de direitos, de modo eficaz, efetivo e oportuno. Situação diferente atenta contra a democracia e fragiliza o exercício de cidadania.

O ponto de partida é a análise do atual estado do sistema de justiça, oferecido pelo Poder Judiciário nacional, que questiona e visualiza a ruptura da idéia de exclusividade na resolução dos conflitos.

Ensina Boaventura de Sousa Santos¹ que a análise de desempenho dos tribunais concentra-se entre a procura efetiva e oferta efetiva da tutela judicial, o que restringe as funções dos tribunais exclusivamente à mais importante e ostensiva, a mecanismos de resolução de litígios. Todavia, permanecem outras funções, próprias da inserção dos tribunais em sociedades complexas como a contemporânea – funções instrumentais, funções políticas, funções simbólicas.

¹ SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel L.; PEDROSO, João; FERREIRA, Pedro L. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*. Porto, Afrontamento, 1996. pg. 51 e segs.

Funções instrumentais “as que são especificamente atribuídas a um dado campo de actuação social e que se dizem cumpridas quando o referido campo opera eficazmente dentro dos seus limites funcionais.”² Expressam-se pelos mecanismos disponíveis de solução de litígios, estabelecimento de posições jurisprudenciais que atenua a fronteira entre criação e aplicação do direito, face ao uso cada vez mais crescente de cláusulas gerais, conceitos indeterminados, princípios como o da boa fé e da equidade, e de controle social, por meio da institucionalização do conflito e de medidas coercitivas para a manutenção e restabelecimento da ordem social, conforme o padrão dominante. A partir dessa atuação, os tribunais desempenham também a função política, como órgão de soberania e de controle social, que se estende à dimensão simbólica, que compromete todo o sistema social, na fixação de valores e orientações aos mais diversos níveis de interações sociais.

Prossegue Boaventura de Sousa Santos, ao falar na função simbólica desempenhada pelos tribunais, que a atuação eficaz, a garantia de tutela pelos tribunais, produz um *efeito de confirmação* dos valores violados. Todavia, afirma, “a maior eficácia simbólica dos tribunais deriva do próprio garantismo processual, da igualdade formal, dos direitos processuais, da imparcialidade, da possibilidade de recurso.” Barreiras de acesso e experiências de morosidade afetam a credibilidade simbólica da tutela judicial.

Neste sentido o Prof. José Eduardo Faria³ traça a seguinte percepção:

² Santos, Boaventura de Sousa, obra citada.

³ FARIA, José Eduardo – O sistema brasileiro de Justiça : experiência recente e futuros desafios. **Estudos Av.**, São Paulo, v. 18, n. 51, 2004. Disponível em : <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid+S010340142004000200006&lng+pt&nrm+iso> . Acesso em : 17 Nov 2007

“Numa primeira aproximação, a crise do “sistema de Justiça” se traduz pela ineficiência com que vem desempenhando suas três funções básicas: a instrumental, a política e a simbólica⁴ (Santos *et al.*,1996). Pela primeira, o Judiciário e o MP são o principal *loci* de resolução dos conflitos. Pela segunda, exercem um papel decisivo como mecanismo de controle social, fazendo cumprir direitos e obrigações contratuais, reforçando as estruturas vigentes de poder e assegurando a integração da sociedade. Pela terceira, disseminam um sentido de equidade e justiça na vida social, socializam as expectativas dos atores na interpretação da ordem jurídica e calibram os padrões vigentes de legitimidade na vida política.

...

Mas, apesar dessa explosão de litigiosidade, ou por causa dela, eles jamais conseguiram conduzir os processos a uma solução definitiva e coerente com outras ações idênticas, dentro de prazos de tempo razoáveis.”

Extraí-se a seguinte assertiva emitida pelo Secretário de Reforma do Judiciário, Sr. Sérgio Renault, expresso *in* Diagnóstico do Poder Judiciário:

“O Poder Judiciário precisa se modernizar para prestar mais e melhores serviços à população brasileira. A ineficiência da máquina pública colocada a serviço da Justiça traz enormes prejuízos ao país: torna a prestação jurisdicional inacessível para grande parte da população; transforma a vida daqueles que tem acesso ao Judiciário numa luta sem fim pelo reconhecimento de direitos; dificulta o exercício profissional dos advogados, membros do Ministério Público, defensores públicos, advogados públicos e serventuários da Justiça; penaliza injustamente os magistrados na sua missão de fazer justiça e, ainda, inflaciona o chamado custo Brasil. O mau funcionamento do Poder

⁴ Obra citada

Judiciário interessa aos que se valem de sua ineficiência para não pagar, para não cumprir obrigação, para protelar, para ganhar tempo - mas não interessa ao país.”⁵

Compreende-se dessa manifestação que o acesso à justiça não deve ser entendido apenas como acesso formal aos tribunais, garantido constitucionalmente, como direito fundamental, nos termos do artigo 5º, inciso XXXV da CF, “*A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”, mas apreendido como acesso a uma ordem jurídica justa, que garanta a eficácia dos instrumentos de realização de justiça disponíveis, expressa pela efetiva e real execução de suas decisões, em benefício de seus jurisdicionados.

Depara-se o acesso à justiça, contudo, com barreiras e obstáculos de diversas ordens: econômicos (custos judiciais, honorários, salários de peritos, como também, custos decorrentes da morosidade), sociais (desconhecimento e precária informação sobre direitos – ignorância quanto ao direito, quanto à possibilidade de reparação e a mecanismos disponíveis de apoio) e culturais (necessidade de divulgação pedagógica de direitos), que evidenciam que não prevalece meramente a dimensão técnica do trâmite processual, mas que desempenha a teoria processual função social e as suas opções repercutem sobre o significado de atender ou não de interesses sociais, cuja verificação passa pelo exame da acessibilidade – estrutura do sistema e seu funcionamento, a deficiente informação quanto a direitos e a possibilidade de sua exigência -, da eficiência – morosidade processual e gestão administrativa, com a correspondente influência na efetiva prestação jurisdicional -, e da transparência – por meio de

⁵ Ministério da Justiça – Secretária de Reforma do Judiciário - Diagnóstico do Poder Judiciário, agosto de 2004, pg. 6 / 7

mecanismos de controle e de acompanhamento público de gestão administrativa e institucional do Poder Judiciário.

Uma das estratégias de superação de barreiras e obstáculos ao acesso universal ao direito e à justiça é a formulação de políticas públicas de desenvolvimento de mecanismos autocompositivos não adversariais de resolução de litígios e a verificação de condutas colaborativas de atores diversos envolvidos, como o próprio Poder Judiciário e a advocacia.

O debate acerca da implantação de práticas alternativas de resolução de conflitos é determinante significativa na promoção de direitos do cidadão e de ampliação do espaço de exercício de cidadania e que, ao mesmo tempo, resgate o seu papel de protagonista responsável pela superação do conflito, com reais e vivenciados princípios de justiça e a conscientização sobre direitos e deveres.

O seguinte conto⁶ - *Conflicto en el restaurante* - ilustra a concepção de modalidades de solução adequada de conflitos de interesses que pretende o presente trabalho enfrentar ao expor tendência de elaboração de acordos, que representem benefícios mútuos e melhor grau de acatamento e de cumprimento voluntário, em razão da legitimidade que podem desfrutar, em virtude de consensual adesão pelas partes envolvidas, que resgatem seu protagonismo e, a partir do relato próprio e pessoal, como instrumento de aprendizagem, reconstroem a realidade do conflito:

⁶ Ingouville, Francisco – *Relaciones creativas* – 1. ed. 2. reimp – Buenos Aires : Gran Aldeã Editores – GAE, 2006

En un restaurante, un cliente barbudo y gordo llama al mozo y le pide que por favor baje el volumen de la música, porque no soporta el rock.

- Ay, señor- contesta el mozo -, no sé qué decirle.... Hace apenas un minuto la gente de aquella mesa me pidió que subiera el volumen.

- Insisto – dice el comensal en voz serena pero firme, quitando apenas los ojos del trozo de pan que está enmantecando.

- Consultaré con ellos- dice el mozo, tratando de ser diplomático. Y va hasta la otra mesa, donde se lo ve hablar y gesticular, para luego retornar con cierta expresión desalentada -. No se han dejado convencer...Dicen que siempre comen con música o televisión em cualquier lado al que van y que, en todo caso, querrían que el volumen estuviese más alto aún.

El mozo va y viene um par de veces más y consulta com el dueño del restaurante, que mira incómodo hacia ambas mesas sin saber cómo salir de esta difícil situación. Todo el acto há llamado la atención de otras personas que ocupan mesas intermédias. En una de ellas, hay un juez comiendo con un mediador. El patrón del restaurante, que los conoce, acude a ellos para que lo ayuden y les explica los detalles de la situación.

El juez aconseja al patrón que reúna a ambas as partes y les explique:

- Por simple lógica comprenderán que la música no puede estar más fuerte y más baja al mismo tiempo. No hay normas ni usos y costumbres que indiquem con precisión si debe estar así o um poco más suave, así que uno de los dos tendrá que ganar y otro perder. Para ello me voy a guiar por el principio genericamente aceptado de la antigüedad: el que llegó primero tiene más derecho y el otro acepta o se va comer a otro lado.

El mediador le dice:

- El acuerdo debe basarse en los intereses de ellos: si no escuché mal, lo que no soporta el señor de barba es el rock, mientras que a los otros les da más o menos lo mismo cualquier cosa porque hasta comen con la televisión prendida. Yo les preguntaría si estarían dispuestos a aceptar un acuerdo en el que el barbudo elija la música y los otros el volumen.

Conflito

A percepção de que o modo usual de reconhecimento e de apreciação do conflito como objeto merecedor de estudo não seja mais adequado à sociedade complexa que vivenciamos, na atualidade, estimula a tentativa de formulação de novo padrão de reflexão, teórico e prático, para a apreciação de fenômenos.

A concepção de conflito que até então orienta a investigação do fenômeno da interação humana merece seja posto em questionamento e em causa em relação aos seus princípios, suas teorias e conceitos básicos, ou seja, seu conjunto constituinte de paradigma, concebido como matriz disciplinar básica e também como instrumental concreto de solução de problemas concretos, a verificar e confirmar a intensidade e atualidade de sua adesão, como fornecedora de proteção e segurança ao pensamento e estrutura científica prevalentes frente à possível dificuldade e insuficiência da oferta de habilidades para a solução de problemas e incongruências pertencentes à complexidade das interações sociais, de modo a possibilitar a redefinição e substituição do paradigma, em crise, a partir da escolha, que considere e se fundamente em fatores e variáveis históricas, sociológicas e psicológicas, ou seja, aspectos subjetivos e até pouco racionais, que passe por um processo retórico e persuasivo que coloque em causa relações de autoridade, dependência e obediência às bases teóricas da concepção tradicional de conflito.

Como modalidade de expressão da interação humana nas suas diversas dimensões, quer seja entre indivíduos, grupos, organizações e coletividades, o conflito resulta do choque

para o acesso e distribuição de recursos limitados e escassos⁷ e exerce papel fundamental como determinante de transformações, com destaque e complexidade exponenciados e incrementados em função da diversidade de situações e da conscientização crescente de direitos individuais e coletivos.

Significa, pois, que o estado conflituoso é inerente⁸ à vida e seu ciclo vital e sua compreensão é pertencente à existência e à manutenção de seu estado criativo e dinâmico, como elemento de vitalidade do grupo social⁹, compreensão suficiente a questionar a idéia que afirma a possibilidade de, em qualquer grupo social, a convivência em estado de harmonia, de normalidade e equilíbrio, a partir da qual se considera o conflito como indesejada perturbação e mal, que deve ser reprimido e eliminado.

A gênese e raiz do conflito, como força divisora incidente na interação humana e vida grupal, encontra identificação no choque pelo acesso, controle, distribuição e utilização de recursos humanos e naturais disponíveis limitados e escassos, que signifique antagonismo, autoridade, poder, riqueza e prestígio. Acrescente-se, a isso, que tais

⁷ REDORTA, Josep – Como analizar los conflictos – La tipología de conflictos como herramienta de mediación – 1ª Ed. Buenos Aires Paidós, 2004. – “*Disputamos por algo de lo que no hay suficiente para todos* – La definición assume el concepto de “recurso escaso” como causa inmediata del conflicto. En su base están, pues, los conceptos de necesidad y escasez y toda la problemática que conllevan.” Pg. 144

⁸ PUGLIESI, Marcio – Por uma teoria do direito – Aspecto micro-sistêmicos – São Paulo – RCS Editora, 2005 – pg.84 – “O conflito é uma condição inerente ao ser humano e as diferenças decorrentes dos distintos estados de conhecimento dos sujeitos em comunicação mantêm um permanente estado conflitivo.”

⁹ MALHADAS JUNIOR, Marcos Julio Olivé – Psicologia na mediação : inovando a gestão de conflitos interpessoais e organizacionais / Fiorelli, Malhadas & Moraes – Ltr São Paulo 2004 – “Todos os organismos vivos buscam o que se denomina “homeostase dinâmica”: uma tendência a manter eu estado e, simultaneamente, cumprir um ciclo vital.” Pg. 14 e ainda, “Afiml, o conflito constitui a fonte que alimenta a energia transformadora, que enseja a mudança. O conflito é a antítese da estagnação e permite que a humanidade enfrente o desafio de continuar explorando a Terra para alimentar uma população que não dá sinais de estabilização – já se ultrapassaram os 7 bilhões de habitantes, em um planeta de recursos limitados.” Pg. 15

recursos podem ser fins em si mesmos ou como meio para melhorar posições em vista de potenciais e futuros conflitos.

Como desencadeantes de situação conflituosa, as intervenções e transformações realizadas em determinado sistema, compreendido como paradigma individual ou coletivo, que resultem proposições de mudança sobre diversos elementos que possam se ver envolvidos – patrimônio, valores, crenças, poder e relacionamentos interpessoais - e que atuam sobre comportamentos cristalizados, expressões de esquemas rígidos e automáticos de pensamento.

Como modalidade de interação pessoal, o conflito tem na comunicação o seu elemento essencial e central, pois reflete os esquemas e estruturas de pensamento, associado à experiência, história, concepções, preconceitos e elementos contextuais do indivíduo; a compreensão, os estímulos e resistências à emissão, transmissão e recepção de mensagens e informações.

“Desde o momento que nascemos até o momento que morremos, as relações são o centro de nossa existência. Somos concebidos por meio de relações, ao nascer nos inserimos em relações, vivemos nossas vidas dentro de relações. Dependemos dos outros para a realização da vida, para sobreviver durante um dos mais longos períodos de gestação do reino animal, para o alimento e desenvolvimento cognitivo, para nos guiar na aprendizagem das capacidades essenciais necessárias para a sobrevivência em nosso mundo. Também dependemos deles para a diversão, entretenimento, conforto,

amor, para a confirmação e satisfação pessoal. Nossas relações com os outros definem o contexto para todos os aspectos de nossas vidas” (Johnson e Johnson, *apud* Soares)¹⁰.

Considerado esse complexo aspecto de que a vida se dá inserida e reconhecida em relações humanas, estrutura-se a concepção de que a sociedade, representada pelo conjunto dessas relações, organiza-se em sistemas simbólicos de comunicação, ou seja, insere-se e orienta-se em um mundo linguisticamente articulado, que possibilita a relação de uns com os outros, por meio da limitação de aspectos potencialmente conflituosos e seus correspondentes e diversos métodos de resolução quando percebidos e ocorrentes, dentre esses métodos encontramos o direito e seu correspondente procedimento, que expressa por sua vez, também, um sistema simbólico de comunicação.

A interrupção ou resistência à comunicação que se espera estabelece e desencadeia o conflito, que neste aspecto de recusa da comunicação ou renúncia, voluntária ou não, da função de comunicador e a correspondente possibilidade de exigência da comunicação recusada alteram a estrutura comunicativa afastando-a da subjetividade para o enquadramento objetivo da obrigação e da exigibilidade ou da faculdade daquele destinatário do comportamento comunicativo recusado reclamá-lo, reduzindo-se, portanto as alternativas de comunicação, o que permite afirmar desde já que a redução

¹⁰ SUÁRES, Marines – Mediacion, conduccion de disputas, comunicacion y técnicas – 1ª ed. 4ª reimp – Buenos Aires Paidós, 2004 – pg. 71 “Desde el momento em que nacemos hasta el que morimos, las relaciones son el centro de nuestra existencia. Somos concebidos en médio de relaciones, al nacer nos introducimos em relaciones, vivimos nuestras vidas dentro de relaciones. Dependemos de los otros para la realización de la vida misma, para sobrevivir durante uno de los períodos más largos de gestación del reino animal, para el alimento y desarrollo cognitivo, para guiarnos en el aprendizaje de las cpacidades esenciales requeridas para sobrevivir em nuestro mundo. También dependemos de ellos para la diversión, el entretenimiento, el confort, el amor, la confirmación y la satisfacción personal. Nuestras relaciones con otros conforman el contexto para todos los aspectos de nuestras vidas. (*in* Johnson y Johnson - 1989

de alternativas de comunicação sujeitas à exigência do comunicador que tem a faculdade de exigí-las possibilita não apenas a especialização do conflito, que evite sua generalização, como também seja proferida, por um terceiro que ingressa na estrutura comunicativa, uma decisão, uma premissa de comportamento, a partir da institucionalização dessas alternativas de comunicação, que termine o conflito, mesmo que não o solucione.

A experiência do conflito pode dar-se a partir das variáveis da dimensão e alcance, da intensidade e comprometimento com a resistência dos indivíduos envolvidos ou disponibilidades negociais e dos objetivos pretendidos, expressos ou latentes e sua repercussão em relação ao sistema. Aspecto relevante do conflito é a costumeira tendência de seu enfrentamento dar-se a partir de instrumentos de absorção, de desvio ou de sublimação, no curto e médio prazo, preservando as estruturas impactadas pela sua ocorrência, no intuito de graduar e, mesmo, de declinar a sua intensidade, de modo a institucionalizá-lo, regulamentá-lo ou mantê-lo fora do espaço do consenso e das regras estabelecidas e aceitas por todos.

A institucionalização ou regulamentação do conflito por meio de regras genéricas e abstratas, intenta formular limites que retirem de sua manifestação forças destrutíveis e por conseqüência atenuando a situação conflituosa. Contudo, a experiência do conflito tem nos indivíduos e grupos envolvidos o ponto de partida e de referência para a definição de sua natureza e percepção de suas variáveis, produzindo mudanças, introdução de novas idéias, verificação e confirmação ou não das idéias já disponíveis e dos limites da possibilidade, a revelação e exploração de interesses antes desconhecidos

ou não expressos dos indivíduos, com a conseqüente análise de sua adequação às expectativas e à realidade, resultantes que terão nos indivíduos envolvidos a intrínseca determinação e valoração da situação conflituosa.

As interações humanas e vida grupal convivem, concomitantemente, tanto com forças unificadoras, centrífugas e cooperativas, hipótese de desenvolvimento de hábitos de auxílio mútuo, de proteção em prol da sobrevivência, quanto com forças divisoras, centrípetas e opostas, de competição em situações em que determinado recurso encontra-se com sua disponibilidade limitada e escassa em relação ao quanto cada um deseja ou insuficiente para que todos possam possuir a medida que desejam ou seja a não correspondência entre desejos insaciáveis e recursos disponíveis ou inadequados.

Como fenômenos inerentes às interações humanas e vida em sociedade, forças cooperativas e conflitivas encontram raízes nos processos culturais e de experiência histórica ressaltados pelo grupo social, o que se verifica, com certo grau de consenso, que a sociedade moderna é essencialmente competitiva, que tem no sucesso individual o objetivo primordial.

O pressuposto tradicional de que uma das funções precípuas do direito seja resolver conflito social e, então, entendido como algo a ser eliminado, combatido, dominado, para a construção e preservação de uma sociedade harmônica e estável, na qual inexistem conflitos e tensões que ameaçam e se opõem à paz social, significa reduzi-lo a outra coisa, o litígio, que é a consideração normativa e institucionalizada do conflito,

sob o aspecto exclusivo da disputa, o que afasta o enfrentamento do conflito, em sua relevância, possibilitando seu retorno agravado em momento futuro.

No dizer de Warat¹¹, “Apresentar o conflito como litígio implica não levar em conta a necessidade de trabalhá-lo em seu devir temporal. Os magistrados operam sobre o conflito interditando-o no tempo, eliminando a variável temporal para poder demarcar as controvérsias em plano de abstração jurídica que permita controlar as variáveis com as quais organizam suas decisões.” E prossegue, “O conceito jurídico de conflito, como litígio, representa uma visão negativa do mesmo. Os juristas pensam que o conflito como algo que tem que ser evitado. Eles o redefinem, pensando-o como litígio, como controvérsia. Uma controvérsia que, por outro lado, se reduz às questões de direito ou patrimônio. Jamais os juristas pensam o conflito em termos de satisfação.”

Reconhece, todavia, o direito que o conflito e sua oportunidade são inevitáveis, com sua gênese e existência de divergências e controvérsias de interesses inerentes a uma sociedade cada vez mais complexa, formada por sujeitos autônomos, agentes em relações efetuadas em contextos cada vez mais diversificados, acompanhados de crescente conscientização de direitos individuais e coletivos.

Destinado a anular os conflitos, o direito utiliza-se de meios heterocompositivos, que mediante autoridade decidem os litígios, a partir de padrões objetivos e previamente estabelecidos. O choque e tensão entre interesses pessoais, em uma sociedade de iguais e autônomos, devem ser eliminados e combatidos mediante, portanto, julgadores

¹¹ Warat, Luis Alberto – “O ofício do mediador” – Habitus Editora – Florianópolis, SC, 2001, pg. 81

imparciais que se utilizam de normas abstratas e genéricas disponíveis à aplicação ao caso concreto.

A generalidade do conceito resulta em afastar diferenças e especificidades e diante da percepção de que no conflito há dimensões ocultas, latentes e suas diversidades de tipos e origens, que somente a partir de estratégias diferenciadas poderão ser enfrentadas conduz a uma crise desta visão individualista e moderna do direito.

A necessidade de novas estratégias de enfrentamento das dimensões percebidas do conflito, além de suas generalidades, estimula um primeiro momento de alternativas ao padrão tradicional e judicial. Contudo, ainda, restrito à apreensão do conflito em sua concepção exclusivamente de disputa acerca de um bem por mais de uma pessoa, voltando-se, então, à valorização do acordo, como forma de resolução deste conflito. Reconhece, assim, a limitação do padrão heterocompositivo de aplicação de normas abstratas e genéricas ao caso concreto e o melhor enfrentamento por meio de mecanismos autocompositivos, com a criação autônoma de normas próprias à solução da controvérsia.

A apreensão do conflito como uma disputa e que deve ser superado pelo acordo mantém a concepção tradicional de que o conflito é algo a ser eliminado e combatido, para a preservação da ordem e da harmonia da vida em sociedade.

Necessário, então, que se construa uma concepção crítica acerca de conflito, de sua identificação, compreensão e interpretação, voltada ao reconhecimento de sua

inevitabilidade e como componente identificador e inerente à complexidade social vivenciada, intrinsecamente, presente em todas as relações e relacionamentos, o que significa que o conflito não seja algo a ser eliminado, posto que pertencente ao convívio humano.

O ponto de partida é o reconhecimento e distinção de sua essencialidade e o que lhe é resultante. A disputa acerca de um bem não é conflito, mas uma decorrência, sendo certo que resolver a disputa não coloca, necessariamente, fim ao conflito subjacente, da litigiosidade remanescente, ou seja, persistirá após o fim da composição da disputa em razão da existência de conflito não adequadamente tratado.

A percepção de que o conflito cumpre um ciclo vital, inerente à vida e às relações humanas, que não deve ser dominado e anulado e que atendem às diferentes visões e concepções de mundo, realiza o direito de cada um à sua própria identidade, isto é, o direito à diferença.

Embasa o reconhecimento do conflito esse direito à diferença que se expressa pela percepção diferente do mundo e não apenas no tocante à divergência ou disputa sobre determinado bem. Possibilita a existência de conflito, que diga respeito à concepção de mundo, a desejo não quantificável, como atenção, carinho, retratação, sem haver, então, propriamente disputa, sem que esteja em jogo a divergência sobre determinado bem, hipótese em que o modelo acordista falha.

A partir da importação da filosofia do entendimento da linguagem como instrumental, não apenas à realização de acordos de interesses, de fio condutor de mensagens, mas principalmente com a função primordial de construção de mundos (Schnitman – Nuevos paradigmas en la resolucion de conflictos), reconhece-se a dimensão lingüística do conflito.

Nossas relações vividas são reconstruídas linguisticamente em nossas narrativas pessoais, que afirmam nossa percepção do conflito. Alterar essa percepção resulta na modificação do próprio conflito e o comportamento das pessoas nele envolvidas.

A elaboração lingüística da realidade ou do que o indivíduo indica como realidade aponta a dimensão simbólica da relação conflituosa, ou os fatos qualificados pelo sujeito como conflituosos. Ou seja, o conflito não existe fora da percepção individual das pessoas nele envolvidas e a intervenção na sua dimensão simbólica possibilita promover a transformação do conflito em si e de seus resultados e conseqüências, possibilita o exercício do ideal pelo qual todos têm a possibilidade de duvidar, criticar, argumentar e aplicar o direito pela pluralidade e participação.

O Poder Judiciário e o sistema judicial / o modelo adversarial como estratégia de obtenção da decisão de conflitos -

Parte-se neste trecho do pressuposto teórico, como apresentado por Tércio Sampaio Ferraz Jr., que afirma “...*pensamento jurídico é um pensamento tecnológico específico, voltado para o problema da decidibilidade normativa de conflitos.*”¹², o que implica na investigação dos instrumentos jurídicos “*de e para*” o controle do comportamento e de como se dá o exercício desse controle.

Propõe Professor Tércio que a construção teórica da ciência jurídica como modelo de obtenção de decisão normativa de conflitos encaminhe-se pela investigação de sentido ao termo *decisão* e o exame posterior dos instrumentos conceituais tradicionais e os que atualmente se abrem para sua obtenção.

A acepção clássica de *decisão*, como proposta por Aristóteles, corresponde ao que se chama *escolha* como “momento conclusivo da deliberação no qual se determina o empenho na direção de uma das alternativas possíveis.”¹³ Dentre as diversas possibilidades que uma certa situação oferece, o indivíduo, como ato final de seu processo deliberativo, escolhe uma delas e por conseqüência as demais são rejeitadas, oferece, então, o conceito clássico, a expectativa de harmonia com a escolha, superando definitivamente a relação conflituosa.

¹² Ferraz Júnior, Tércio Sampaio – A ciência do Direito – 2. ed. São Paulo : Atlas, 1.980

¹³ Abbagnano, Nicola – Dicionário de Filosofia – tradução coordenada e ver por Alfredo Bosi, com a colaboração de Maurice Cunio...et al. 2. ed. Mestre Jou, 1.982, verbete *decisão*

Atualizando-se a acepção clássica de *decisão*, modernamente, mantém-se a compreensão do termo como ato final de determinado processo, passando-se, então, da idéia de *deliberação* à idéia de *aprendizagem*, como aquisição de uma técnica qualquer que possibilite mudança nas respostas e escolhas inteligentes de tais respostas, ou também, respeitar as expectativas modificadas pela decisão, aceitando-as como um fato, como controle do próprio comportamento.

Relativamente à matéria *conflito*, o processo de aprendizagem contém: a. *questão conflitiva* – o conjunto de proposições incompatíveis, delimitadas por uma situação específica; b. *conflito* – conjunto de expectativas (simbólicas, grupais, jurídicas) relativas às incompatibilidades e a exigência de resposta; c. *resposta exigida*; d. *objetivo* – situação final – ato de resposta. A decisão, como procedimento, oferece a satisfação imediata ao conflito, com a acomodação e superação das proposições incompatíveis do ponto de partida¹⁴.

Decisão e conflito – “conjunto de alternativas que surgem da diversidade de interesses, da diversidade de enfoque dos interesses...”¹⁵, termos correlatos e este como condição de possibilidade daquele na medida de sua exigência, que são vistos como elementos de uma relação comunicativa, como manifestação de interação humana. Decidir, como instrumento de controle de comportamento, é ato sempre referido a outrem e como ato em série, sem volta, de transformação de incompatibilidades em alternativas possíveis de decisão, que não elimina o conflito, mas apenas o transforma, isto é, possibilita mudança nas respostas.

¹⁴ Ferraz Jr., Tércio Sampaio – obra citada, pg. 88 - 89

¹⁵ Ferraz Jr., Tércio Sampaio – obra citada

A comunicação, como expressão de interação humana, que contém e permite a ocorrência de situação conflituosa entre comunicadores sociais – capazes de transmitir e receber informação – verificada em face de a interrupção da comunicação – não atendimento às expectativas, isto é, a recusa à transmissão por quem deveria transmitir ou a recusa a receber por quem deveria receber a informação.

A inserção do elemento *exigibilidade* – como regra de regulação de comportamento - nesse esquema de interação humana comunicativa muda o trato das expectativas desatendidas, em face de a interrupção da comunicação. A possibilidade de *exigência* da comunicação recusada – a transmitir ou a receber, confere aos comunicadores sociais, reciprocamente, obrigação e poder.

Afirma-se, daí, a *situação comunicativa jurídica*¹⁶, suficiente, também, a produção de outro efeito – a ampliação da situação comunicativa, com a participação de um terceiro comunicador, manifesto genericamente pela *norma*, que dá ao conflito jurídico e ao seu processo decisório a qualidade institucionalizada ou de incompatibilidades estruturadas – encontram limites - segundo normas jurídicas, necessária a sua absorção-transformação e alcance de seu término, não no sentido de eliminação, mas de sua *não*

¹⁶ Ferraz Jr., Tércio Sampaio – Direito, Retórica e Comunicação – Subsídios para uma pragmática do discurso jurídico – 2. ed. São Paulo – Saraiva, 1.997 - pg 60 – “...o que temos que fazer para entender uma situação comunicativa discursiva como jurídica. Em primeiro lugar, observamos que, enquanto nas situações comunicativas sociais em geral a comunicação se dá entre dois comunicadores, ambos dotados, ao mesmo tempo, da capacidade de emitir e de receber informações, vale dizer, de perguntar e de responder, em certas situações comunicativas é atribuída ao receptor (qualquer um dos comunicadores) a faculdade de *exigir* a informação. “*Exigibilidade*”, para usar um termo de Miguel Reale, significa, em nossa análise, uma regra segundo a qual, dada uma situação comunicativa em que pelo menos um dos comunicadores se recusa a comunicar-se, na medida em que ele renuncia, voluntária ou involuntariamente, ao papel de receptor ou de emissor, ao outro comunicador é facultado reclamar o comportamento recusado. Ora, a “*exigibilidade*” muda a função sintomática e a função de sinal do discurso. As ações lingüísticas deixam de ser mera expressão subjetiva dos comunicadores, ganhando igualmente, as suas reações uma certa “*coordenação objetiva*” que liga os comunicadores entre si, ao mesmo tempo em que lhes confere esferas autônomas de ação: obriga-os e, ao mesmo tempo, confere-lhes poderes.

continuação – impossibilidade de indefinidamente ser levado adiante. Suficiente, pois, a afirmar, seguindo com o Prof. Tércio Sampaio Ferraz Jr. que o conflito, que possibilita a decisão, não é por ela eliminado, mas transformado.

O que permite afirmar que a decisão transforma a incompatibilidade, conteúdo da situação conflituosa, em alternativa, mesmo que dessa possa surgir ou remanescer nova incompatibilidade, de conteúdo mais complexo e mesmo suficiente a mais litígio. A decisão, portanto, absorve e institucionaliza a insegurança, transformando o conflito – incompatibilidade em alternativa, que permite decisão.

O incremento da complexidade das interações sociais e das situações comunicativas, em que se insere o elemento *exigibilidade* com seu efeito de ampliação da estrutura comunicativa com a participação de um terceiro comunicador – *norma, juiz, árbitro* – implica na mesma medida na diferenciação daquele que decide e do uso de determinado procedimento decisório, capaz de pôr fim ao conflito, impede sua continuação, não o termina porque solucionou, “mas o soluciona pondo um fim.”¹⁷

O terceiro comunicador, que soluciona o conflito pondo-lhe um fim, decorrente de a inserção do elemento *exigibilidade* à estrutura comunicativa – regulador de comportamentos – oferece aos demais comunicadores a instauração de determinado “procedimento de solução de conflito que garante, com mais segurança que outros

¹⁷ Ferraz Jr., Tércio Sampaio – A ciência do direito – 2.ed. – São Paulo – Atlas, 1.980 - pg. 91 – “Que significa, pois, a afirmação de que as decisões jurídicas *terminam* conflitos? Isto significa, simplesmente, que a decisão jurídica (a lei, a norma consuetudinária, a sentença do juiz, etc.) impede a continuação de um conflito: ela não o termina através de uma solução, mas o soluciona pondo um fim. Pôr-lhe um fim não quer dizer eliminar a incompatibilidade primitiva, mas traze-la para uma situação, onde ela não pode mais ser retomada nem levada adiante (coisa julgada).”

(religiosos, políticos, sociais de modo geral), os resultados.”¹⁸; e que não permite seja *generalizado* o conflito entre os comunicadores sociais envolvidos diretamente, não permite seja tomado o conflito em larga escala, impossibilitando a decisão. Exige, para o procedimento decisório, que seja o conflito especializado, *institucionalizado*, que nem tudo pode ser conflito e sua fixação temporal, na medida em que o procedimento decisório suspende-o para o tempo de sua discussão, o julgador interdita o conflito no tempo, no intuito de delimitar e controlar alternativas possíveis de decisão¹⁹.

A estrutura, então, do mecanismo judicial de solução de conflito é expressa pela passagem construída pelo Prof. Tércio Sampaio Ferraz Jr., *in Direito, Retórica e Comunicação*:

“Isso se esclarece se observamos que nos procedimentos judiciais, por exemplo, constitui-se uma situação em que, primordialmente, se garante que os conflitantes não decidam eles próprios sobre o conflito, mas assumam o *papel de partes*, atribuindo-o mutuamente, o que cria, então, as condições para a decidibilidade do conflito. As normas assim terminam conflitos no sentido de que elas os *institucionalizam*.”

...“o caráter peculiar do discurso jurídico como *discussão contra*, na medida em que ele cria as condições para o comportamento dos partícipes como partes, estabelecendo uma instância que neutraliza a atividade e a reatividade direta dos conflitantes uns em relação aos outros, trazendo para a situação uma nova regra de procedimento que

¹⁸ Ferraz Jr, Tércio Sampaio – Direito, Retórica e Comunicação – obra citada, pg. 63

¹⁹ Warat, Luis Alberto – O ofício do mediador – Florianópolis, Habitus, 2001, pg. 81 – “Apresentar o conflito como litígio implica não levar em conta a necessidade de trabalhá-lo em seu devir temporal. Os magistrados operam sobre o conflito interditando-o ou congelando-o no tempo, eliminando a variável temporal para poder demarcar as controvérsias em um plano de abstração jurídica que permita controlar as variáveis com as quais organizam suas decisões.” – trecho já referido

garante (institucionaliza) o conflito: no conflito institucionalizado (conflito jurídico) não se questiona o “direito ao conflito”, ao mesmo tempo em que se determinam quais conflitos são permitidos e quais são proibidos. ”²⁰

Determinar quais conflitos são permitidos e quais são proibidos no intuito de possibilitar seja-lhes posto um fim, um término, por meio de sua institucionalização, é postura de absorção da complexidade das interações humanas e reduzir à dimensão institucionalizada facetas da interação conflituosa sob o exclusivo manto do *litígio* contido no conflito, que remanesce sem solução, nem término, insatisfeita.

Significa, pois, o que Kazuo Watanabe²¹ expressa como *cultura da sentença* – a solução contenciosa e adjudicada dos conflitos de interesses, com ênfase exclusiva à solução por meio judicial, onde é proferida uma sentença, como solução imperativa e vinculante fornecida pelo Estado, mecanismo que não propicia espaço de adequação da decisão à vontade das partes.

A presença, assim, de um terceiro comunicador com atribuição e poder de decisão do conflito *institucionalizado*, por meio de determinado procedimento, no qual desempenham os demais comunicadores o papel de partes, isto é, representar sobre si mesmo, resulta, inicialmente, na compreensão reducionista do conflito como algo a ser eliminado, algo a ser evitado, redefinido, então, como controvérsia, como *litígio* reduzido, institucionalizado, às questões de direito e patrimônio, como, também, resulta

²⁰ Obra citada, pg. 65

²¹ Watanabe, Kazuo – *Cultura da Sentença e cultura da pacificação – in Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover, Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes (organizadores)*, São Paulo, DPJ Editora, 2005, p. 684/690.

na verificação da legitimação ou reconhecimento das decisões proferidas pelo terceiro e, ainda, em função dessa estrutura, a ressonância sobre a postura e conduta dos demais comunicadores, no sentido de assunção de atitudes querelantes e jogos de ganha-perde, característicos de procedimentos adversariais, afastando-as, então, de soluções criativas, autônomas, adequadas e convenientes às necessidades e aos interesses envolvidos.

Atuam o medo, a desconfiança, a litigância, a falta de comunicação, de diálogo, como fatores inibidores, então, da criatividade e de condutas que geram valores e benefícios.

As *partes* buscam, no intuito de influenciar a decisão, convencer e manifestar-se de forma a serem dignos e destinatários de crédito, como um dever de consistência na manifestação.

Haim Grunspun observa²², a partir de perspectiva não exclusivamente jurídica, que convivem as pessoas com o mito da justiça, de se fazer justiça, por meio do qual cada parte acredita que, numa disputa legal, um juiz esclarecido deliberará em seu proveito, de modo correto e justo. Se assim não ocorrer há a possibilidade de recurso, com o exame e busca de *justiça* a seu favor, ou seja, a correção do *errado* que está na outra parte.

²² Grunspun, Haim – Mediação familiar – o mediador e a separação de casais com filhos – São Paulo, LTr, 2000 – pg. 50 “No mito de se fazer justiça, cada uma das partes que entram numa disputa legal acredita que um juiz esclarecido e compassivo irá deliberar em seu proveito, por uma decisão correta e justa. Se o juiz não decidir a seu favor poderá ainda recorrer da sentença a uma instância superior, onde se realizará outra *justiça* em seu favor. Clientes e advogados acreditam que há um remédio para o que está errado; o errado está sempre na outra parte. O mito não pode ser subestimado e a procura por justiça é o próprio princípio da existência do Direito.”

Expressa essa observação a questão do não acatamento, do não cumprimento voluntário da decisão judicial, alcançada pelo mecanismo adversarial. Daí, mecanismos, a cada reforma legislativa, mais agressivos de execução de sentenças. Não obstante o processo deliberativo, a legitimidade reconhecida pelas partes do terceiro ao decidir, suas conclusões ou deliberações não encontram o correspondente e voluntário acolhimento por aquele que teve o julgamento a seu desfavor.

Questiona-se, neste ponto, a medida de legitimidade da decisão, apesar de alcançada por meio de procedimento reconhecido, porém de reduzida participação efetiva e eficaz das partes diretamente envolvidas no conflito, que se fizeram representar por partes profissionais e que se deparam com linguagem específica e hermética que reduz a dimensão conflituosa à exclusiva dimensão institucionalizada e que permite decisão.

Ilustra este ponto, conto “*Dos chicos y una torta*” - trazido em livro já citado²³, que aponta a possibilidade de mudança paradigmática que contribui à passagem de condutas contenciosas e litigantes a acordos que expressem benefícios mútuos:

“Dos chicos habían recibido un pastel a cambio de un trabajo realizado y estaban tratando de ponerse de acuerdo sobre cómo dividirlo. Pero el hambre que tenían les hacía difícil negociar objetivamente. Una cosa llevó a la otra y, al poco tiempo, estaban embarcados en una feroz disputa de la que los separo um vecino mayor que ellos. Cuando éste comprendió lo que ocurría, les explico que necesitaban um juez imparcial e inmediatamente adoptó ese papel. Tomó un cuchillo y partió la torta em dos. Observó las dos partes con aire dubitativo y concluió que una de ellas era más grande que la

²³ Ingouville, Francisco – *Relaciones Creativas* – 1. ed. 2. reimp – Buenos Aires – Gran Aldeã Editores – GAE – 2006.

otra...Con expresión de profesional experto se llevó la porción más grande a la boca y redujo uno de sus extremos de una dentellada. Volvió a comparar las mitades, pero ahora le pareció que la otra trajada era de mayores dimensiones. Sin dudarlo, le aplico el mismo tratamiento que a la primera. Pero también esta vez la porción que antes era grande había pasado a ser demasiado chica. Los dos niños, que aún estaban enojados entre sí, vieron cómo sus mitades iban disminuyendo alternativamente hasta que no quedo ni una miga de ellas. Pero nadie pudo negar la justicia del tercero, ya que ellos dos recibieron exactamente lo mismo: nada.”

Prossegue Haim Grunspun²⁴ ao referir-se à idéia de racionalidade da atuação do julgador, “as decisões tomadas por juízes, árbitros e outros especialistas são de pura lógica e desapaixonadas. As partes consideram que há fórmulas corretas que determinam soluções corretas e que haja uma análise “legal” como análise científica, com resultado correto e previsível...raramente isso é reconhecido pela parte que se sente prejudicada com o resultado.” E, quanto à neutralidade, observa o seu questionamento após a sentença, mesmo considerando que o juiz não acompanhou as desavenças, as crises e o conflito apreciado, resumindo-se à verificação de papéis, documentos e relatos preparados pelas partes profissionais, imunes, então, às influências emocionais.

A REPERCUSSÃO SOBRE A ECONOMIA – A VISÃO DO BANCO MUNDIAL

A qualidade das instituições jurídicas, de suas estruturas e de seu funcionamento, é matéria que tem sido, também, objeto de estudo da economia em razão das

²⁴ Obra citada – pg. 51 e segs.

conseqüências relevantes que têm para o desempenho e crescimento econômico de um país e como repercute sobre os agentes econômicos, em especial diante do fenômeno da globalização e internacionalização dos mercados. Estudos esses vêem o Poder Judiciário como instituição econômica que impacta o desempenho e funcionamento da economia²⁵ e que a partir de noções da economia, como eficiência, apreciam o direito, cuja preocupação principal é a justiça, o que expressa a importância da análise multidisciplinar e interdependente dos fatos sociais.

Afirma o estudo do IPEA “*Direito e Economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto*”, ao discutir a repercussão das instituições jurídicas no desempenho econômico do país, que o fenômeno da globalização e de expansão dos mercados, caracterizado pela integração econômica internacional, coloca profissionais da economia e do direito dentre alguns de seus principais atores, em face de a interação em torno de matérias que se convencionou denominar de direito econômico, da integração internacional, da competitividade e da regulamentação contratual que utiliza. Mas não apenas na regulação de temas econômicos como também o trato que tiveram pelo Poder Judiciário e o tempo necessário à sua resolução, como expressão da qualidade dos sistemas legais e judiciais.

Há de incluir-se nesses estudos da economia, percepções organizadas de entidades como o Banco Mundial e o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) que partem da apreciação de risco e custo de investimentos, por meio de avaliações divulgadas por agências de *rating*, que incluem as instituições jurídicas nacionais e as garantias de

²⁵ Instituto de Pesquisa Econômica Avançada – IPEA – Texto para discussão n. 963, coordenação Armando Castelar Pinheiro, Rio de Janeiro, Julho de 2.003. acesso www.ipea.org.br/pub/td/2003/td-0963.pdf, em 06 de julho de 2.008.

eficiência, efetividade, previsibilidade que oferecem à proteção e garantias ao direito de propriedade e ao cumprimento de contratos, sem perder de vista, também, a eficiência do judiciário como regulador da atividade econômica, a proteção contra especulações, práticas concorrenciais desleais, como elementos de verificação do grau de desenvolvimento e desempenho econômicos, esses estudos sugerem destaque às reformas do Poder Judiciário, posto que transações econômicas, anteriormente realizadas apenas dentro da estrutura estatal, passam a ser incluídas pelo mercado, com as privatizações, fim de monopólios e abertura comercial.

O destaque, portanto, fica evidenciado na agilidade e eficácia de defesa e garantia de direito de propriedade e na execução de contratos. Situação que pode resultar em questionamento do convívio cooperativo ou conflituoso entre direito e economia, já expresso na preocupação com eficiência, própria da vida econômica e justiça, como expressão reguladora da conduta humana.

Permanece, portanto, a questão de influência e de impacto do funcionamento do Judiciário no desempenho econômico do país e em que medida a instituição determina o grau de desenvolvimento.

A economia, em determinada visão institucionalista, citada pelo estudo do IPEA²⁶, afirma o impacto significativo do mau funcionamento do Poder Judiciário sobre a vida econômica, principalmente, em economias de mercado:

²⁶ Instituto de Pesquisa Econômica Avançada – IPEA – texto para discussão n. 963

“...os problemas com que se defronta o Judiciário na maior parte dos países em desenvolvimento e em transição prejudicam o seu desempenho econômico de várias maneiras: estreita a abrangência da atividade econômica, desestimulando a especialização e dificultando a exploração de economias de escala; desencoraja investimentos e a utilização do capital disponível; distorce o sistema de preços, ao introduzir fontes de risco adicionais nos negócios; e diminui a qualidade da política econômica.”

Relatório sobre o Desenvolvimento Mundial de 1997 elaborado pelo Banco Mundial²⁷ aponta três características necessárias ao Judiciário, no desempenho de sua atribuição de proteção da propriedade privada, de garantir o cumprimento dos contratos e decidir previsivelmente – independência do resto do governo; força, a capacidade de implementar efetiva e eficazmente suas decisões e a eficiência de sua gestão organizacional.

A expectativa do mercado, expressa pelo Banco Mundial, é que o judiciário desempenhe suas atribuições de modo previsível e eficiente, que reduza a margem de risco dos negócios, que garanta o cumprimento dos contratos, que suas decisões não tenham caráter político nem desestabilizador de interesses de investidores. O que não encontra freqüente ressonância na magistratura, em razão de sua percepção de valores democráticos, de restabelecer o equilíbrio de partes contratantes, enfim, de valores de Estado na formação de seu convencimento.

²⁷ World Development Report 1997 – The STATE in a changing world – The World Bank - Oxford University Press – June 1997

A capacidade de implementação efetiva e eficaz, de modo célere e que garanta a aplicação das normas, dá aos tribunais importante fundamento de legitimidade como agente regulador de condutas humanas. A morosidade, a ineficiência, a burocracia, a impunidade resultam em indesejada instabilidade institucional que se expressa com o descumprimento de normas e suas mudanças constantes, influencia e torna-se obstáculo ao funcionamento satisfatório do mercado, que tem a expectativa, em relação ao judiciário, de solução rápida, eficaz, imparcial e previsível conforme os termos contratados, que para isso esteja capacitado e informado. A percepção contrária da prevalência da morosidade, da ineficiência, da insegurança resultam diretamente no encarecimento das transações econômicas, como mecanismo de proteção.

Em conferência²⁸ posterior à divulgação do Relatório de 1997, sobre o Judiciário, do Banco Mundial e em debate acerca de sugestões ao sistema judicial satisfatório e que desempenhe, dentro das expectativas de mercado, suas atribuições de modo eficiente, o desenvolvimento de mecanismos informais e não judiciais de solução de controvérsias, sem afastar-se da certeza de que apenas o judiciário detém a autoridade e poder coercitivo do Estado.

Dentre os valores propostos e recomendados pelo Banco Mundial encontra-se o acesso à justiça, compreendido na perspectiva da decisão em tempo razoável, concebendo, então, que não há a adoção da idéia de monopólio do Poder Judiciário para a administração da justiça, o que justifica a concorrência de outros mecanismos, em especial, estratégias

²⁸ *Comprehensive Legal and Judicial development – Toward na agenda for a just and equitable society in the 21st century” apud Candeas, Ana Paula Lucena Silva – Valores e os Judiciários – os valores recomendados pelo Banco Mundial aos Judiciários Nacionais.- in Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros – ano 7 n. 13 – 1. semestre 2004.*

extrajudiciais de solução de conflitos, considerados, então, como elementos significativos de competição, de concorrência, de pressão por eficiência com o Judiciário.

A eficiência, neste sistema de concorrência entre sistemas de solução de conflitos – judicial e não judicial, funciona como critério de atração do usuário. Exemplos importantes de iniciativas de oferta de mecanismos de solução de conflitos, que competem e afastam a idéia de monopólio da jurisdição, são a arbitragem e a mediação.

Contraponto importante à análise da influência da economia e do mercado sobre a forma de ser da oferta de mecanismos de solução de conflitos é oferecida pelo Prof. Alysson Leandro Mascaro *in* *Crítica da Legalidade e do Direito Brasileiro*²⁹, que partir da leitura da realidade expressa no estudo econômico antes comentado, refere-se, em especial, ao mecanismo da arbitragem, Lei 9.307/96, como exemplo explícito de privatização da justiça, como instrumento de internacionalização do direito, em favor de necessidades e interesses empresarias e a serviço de “maior liberdade à atividade capitalista nacional e internacional, desconhecendo as imposições legislativas por via da sua abstração na resolução dos conflitos.”, possibilitando decisões à margem da legislação nacional, reguladas, eventualmente, seja por “genérica” equidade ou por normas e costumes internacionais.

A análise trazida pelo Professor Alysson aproxima a liberalização econômica e o ensejo de possibilidades de privatização das atividades judiciárias, como “formas de

²⁹ Mascaro, Alysson Leandro – *Crítica da Legalidade e do Direito Brasileiro* – São Paulo – Quartier Latin, 2003 – pg. 210

escapatória sem que haja necessariamente os custos da revogação legislativa ou do reconhecimento judicial da legislação brasileira.”³⁰ Escapatória ao enfrentamento de demandas judiciais crescentes por novos direitos sociais.

O afastamento da apreciação judicial de demandas privadas, deslocando o seu conhecimento e decisão à esfera arbitral, fora da estrutura estatal, revoga o caráter público e universal da legalidade na resolução de conflitos, esvazia preocupações de conquistas sociais e do caráter democratizante da justiça frente a critérios de celeridade, confidencialidade, especialidade dos julgadores e decisão por equidade. Estabelecendo-se como desvalores a publicidade dos atos processuais e a neutralidade do juiz.

Conclui a análise crítica “ao retirar as relações capitalistas de alta monta da esfera da legalidade estatal, por meio da Lei de Arbitragem por exemplo, o movimento de reprodução econômica do capitalismo contemporâneo acaba por perder a própria universalidade que teoricamente lhe seria a chancela de seus ganhos, mantendo uma legalidade direta e imediatamente voltada aos seus interesses. Ao relegar as classes não-consumidoras a serviços legais de baixa qualidade, e ao retirar a reprodução econômica do contrato e da produção da esfera do direito nacional, completa-se um ciclo de internacionalização capitalista que faz da legalidade referencial não mais universal.”³¹

³⁰ Obra citada – pg. 211

³¹ Obra citada – pg. 214

SISTEMAS DE GESTÃO E SOLUÇÃO DE CONFLITOS – O MODELO NÃO ADVERSARIAL

O desenho de um sistema de gestão e solução de conflitos compreende de condutas preventivas a condutas de solução, propriamente dita. Compreende, também, um leque de mecanismos desde a atuação exclusivamente jurídica, cuja decisão tem cunho obrigatório e coercitivo, com procedimento formalmente estruturado e normatizado, bem como, a mecanismos informais utilizados pelas próprias pessoas em conflito.

Considera-se, ainda, breve classificação que distingue mecanismos heterocompositivos, pelos quais a decisão, entendida como manifestação que põe termo ao conflito, é atribuição de um terceiro, alheio ao conflito e o faz de modo impositivo e coercitivo em relação aos envolvidos.

Em outra perspectiva, que compreende uma modificação no paradigma da centralização heterocompositiva de solução de conflitos, expresso pela condução judicial, cria-se um marco de legitimidade no sistema de gestão e solução de conflitos por meio de mecanismos autocompositivos, pelos quais as partes, consensual e autonomamente, resolvem como solucionar e superar a situação conflituosa pelo meio mais adequado e eleito por si próprios, o que não impede a participação de um terceiro neutro, todavia, sem a atribuição de decisão, o que permite compreender o manejo de uma noção de conflito, expressa e percebida por sua complexidade, pela diversidade de contextos e de diferenças nas interações humanas.

Do ponto de vista da conduta adotada pelas partes diante do mecanismo de solução de conflito eleito, pode-se falar em estratégias adversariais e não adversariais ou conciliatórias.

A conduta adversarial, verificada em mecanismos heterocompositivos, manifesta a prevalência da figura litigiosa do conflito, a competitividade dos envolvidos para alcançar a decisão do terceiro a seu favor, com significado de perda a outra parte. O atendimento exclusivamente de interesse e benefício próprios. Compromete-se o envolvido com estratégias de estabelecimento de perdas e sofrimento ao outro contendor.

A percepção prevalente do conflito como litígio resulta em sua apreensão negativa, como algo a ser evitado, anulado. Representa, também, a redução do conflito a matérias que se expressam, exclusivamente, sob sua figura normativa, com repercussão patrimonial.

O mecanismo heterocompositivo, expresso, precipuamente, pela estratégia judicial, com todas suas ferramentas de coerção, adjudicação e vinculação à decisão, não enfrenta a preservação das interações interpessoais, em especial pela supressão da oportunidade dos envolvidos de *falar* ou *dialogar*, com repercussão e influência negativas diretas na potencial capacidade de cooperação dos envolvidos, como também, enfrenta dimensões, exclusivamente, jurídicas e *institucionalizadas* do conflito, sem a compreensão da multiplicidade e complexidade de vínculos interpessoais que desenham e estruturam a situação conflituosa.

A estratégia não adversarial, verificada em mecanismos autocompositivos, possibilita a compreensão ampliada e adequada do conflito, em especial, segundo ensinamento de Luis Alberto Warat, é a oportunidade de exercitar a possibilidade de aprendizagem a partir do conflito, por meio de sua transformação e de nossa própria transformação, tendo como instrumento principal a mudança de ponto de vista, de perspectiva da realidade, “de poder nos olhar a partir do olhar do outro, e colocarmo-nos no lugar do outro para entendê-lo a nós mesmos”³².

Prossegue Warat³³ ao referir-se à autonomia e ética na modernidade, na procura do resgate da sensibilidade, em busca do “religamento do homem com o cosmos e com a natureza, com o outro e consigo mesmo”, diz aos juristas da insuficiência da norma para a satisfação de desejos de realização da autonomia. E, afirma Warat, sua compreensão da mediação “como direito da alteridade, enquanto realização da autonomia e dos vínculos com o outro.”, em claro desafio ao saber atual da modernidade e o que ela significa de preponderância do individualismo.

A complexidade, o repertório de experiências das interações humanas, ressalta na mediação e em meios autocompositivos um “referente ético de alteridade”, que reivindica o resgate do “respeito e do reconhecimento da integridade e da totalidade de todos os espaços de privacidade do outro”. Repercute essa compreensão na conduta ética não invasora do mediador e de reequilíbrio de relações dominadoras mediadas.

³² Warat, Luis Alberto – O ofício do mediador – vol. I – Editora Habitus, Florianópolis, 2001 – pg. 83

³³ Obra citada, pg. 68 e segs.

Acrescente-se a isso instrumento fundamental na aprendizagem do outro, da diferença e do diferente referida por Warat, a oportunidade de passagem do envolvido do desempenho do papel de parte ao papel de sujeito protagonista, expresso por meio do relato pessoal que estrutura e manifesta a situação conflituosa, construindo-a em seus diversos aspectos compreendidos pelos envolvidos. Permite, enfim, a partir de novo ponto de observação, o exercício ativo e principal da construção de sua realidade.

Ressalta-se a idéia de que a linguagem, o relato pessoal, construirá a dimensão conflitiva que o sujeito vivencia, neste mesmo sentido, o exercício da escuta eficaz, estimulada pelo terceiro neutro que assiste aos envolvidos, como o exercício da compreensão do relato do outro. E compreender e escutar, mudar de lugar, de ponto de observação não significam concordar, mas sim exercício de alteridade e apreciação da perspectiva de real do outro.

Conflitos estruturam suas características e naturezas conforme as pessoas neles envolvidas, o que por alguns pode ser vivenciado como algo vantajoso por outros se destacam as desvantagens. Situações, vivenciadas por indivíduos, poderão repercutir em dissoluções, rompimentos, como também, poderão estruturar vínculos, ampliar limites, trazendo elementos novos e criativos.

A percepção da possibilidade de enriquecimento e amadurecimento a partir da vivência conflituosa é estabelecida por meio do sistema de gestão e administração desse conflito, que propiciará a percepção das vantagens dele resultantes, produzindo mudanças, geração de novas idéias e exercício de criatividade, a ampliação de visão e percepção de

mundo e aderência à realidade, de revelação de interesses diversos, o aprendizado com os outros e a legitimação da expressão de sentimentos, que encontram espaço para manifestação, em especial, em mecanismos de gestão e solução de conflitos que se estruturam no intuito de encontrar benefícios mútuos, convergência e compreensão de interesses, enfim, no estabelecimento de um jogo de “ganha-ganha”.

Não se perde de vista, todavia, o possível desconforto causado em razão de situação conflitiva. Os indivíduos envolvidos buscam caminhos diversos para a superação do desconforto, dentre os quais, inclui, também, por motivos diversos, posturas unilaterais desde a autotutela, simplesmente ignorar o conflito, a renúncia e a desistência; mecanismos consensuais de autocomposição ou a heterocomposição; podem os indivíduos experimentar a emersão futura do conflito, com outra roupagem decorrente de estratégias reducionistas de sua apreensão e compreensão, que propicia a manifestação daquilo que se conhece como litigiosidade remanescente.

A litigiosidade remanescente de uma insatisfatória administração do conflito, de um ineficaz e inadequado tratamento da situação, agrava o conflito e, neste sentido, o uso de método coercitivo contribui com a desestruturação de interações humanas, o mero término do conflito, sem sua correspondente solução, no sentido da pacificação, a apreciação do litígio em sua dimensão exclusivamente binária, própria do modo de apreciação judicial do conflito, legal / ilegal – permitido / proibido – é reduzir as diversas expressões de comportamento humano à disputa – ao litígio, o que leva às últimas conseqüências a equivocada idéia de que “o que não está nos autos, não está no mundo”, deixando sem compreensão questões que extrapolam suas facetas

institucionalizadas / do conflito processado, também, por que as partes envolvidas não são ouvidas diretamente, mas sim por meio de seus advogados, como partes profissionais.

Manifesta, também, a verificação da litigiosidade remanescente, o baixo grau de acatamento voluntário e de observação pelas partes, apesar do caráter coercitivo e vinculante, das decisões resultantes de mecanismos heterocompositivos e adversariais, que visam pôr termo ao conflito institucionalizado, que não alcança a superação do antagonismo vivenciado pelas partes envolvidas no conflito.

A leitura ampliada do conflito, além do quanto institucionalizado e necessário a que lhe ponha fim, possibilita uma oportunidade vital de reconstrução transformadora e simbólica conjunta dos envolvidos da situação conflituosa, que permita a superação de divergências e formação de identidades. Daí a presença de um terceiro imparcial e comprometido com as funções de escuta e assistência às pessoas na assunção de riscos decorrentes da solução autocompositiva, que as impulse a uma posição ativa diante da situação.

Fala-se, aqui, então, de mecanismo autocompositivo, pois são as partes envolvidas no conflito que assumem o risco das decisões encontradas, como forma de concreção do potencial de autonomia e de aprendizagem, como forma de exercício e convivência com a conflitividade e o estímulo à conduta cooperativa, de adesão autônoma e voluntária, diante do interesse de solução do conflito, o que contribui determinadamente à legitimidade da solução encontrada.

Há a considerar neste ponto a dúvida acerca de a coincidência ou então a devida e restrita capacitação, quando pretendida a composição judicial das partes promovida pelo terceiro, com atribuição de decisão, para preservação da integridade e da legitimidade do instituto da composição de conflitos, que não comporta a imposição, sob o argumento da morosidade do trâmite processual, da avaliação negativa da pretensão deduzida em juízo ou os riscos e custos do processo, dentre outros.

A adequação da estratégia de solução de conflito deve considerar a dimensão temporal de sua apreciação. O modo de apresentação do conflito como litígio, manejado exclusivamente por variáveis normativas e judiciais, resulta em sua interdição no tempo, concentrando-se em fatos passados que exigem a decisão. A possibilidade de ampliação da administração do conflito, em sua dimensão temporal, traz à consideração, além da divergência específica, a preocupação com as relações futuras, quando merecem ou podem sejam conservadas, com a prevenção de novos conflitos e, pela via da aprendizagem, oferecer a transformação da abordagem conflituosa de eventual e futura situação semelhante.

A adoção de estratégias autocompositivas de administração, gestão e solução de conflitos interpessoais, em que comparece o terceiro com a exclusiva atribuição de assistência às partes para que, no exercício pleno de sua autonomia, alcancem o adequado desfecho da situação conflituosa, a partir da compreensão de facetas manifestas e ocultas dessa interação humana, de superação de mal entendidos, da falta de sinceridade, de mudança estratégica comprometido com o sofrimento, com a intenção premeditada de ofender, da abordagem não exclusivamente jurídica e

normativa vistas de múltiplos e pertinentes pontos de observação, inclusive com o deslocamento de um ao lugar do outro, acrescentando-lhe, ainda, apreciação interdisciplinar com instrumentos e habilidades diversas, significa, pois, mudança paradigmática que afirma a insuficiência do mecanismo adjudicatório de solução de conflitos, por meio de decisão, face à verificação de não acatamento e cumprimento voluntário, que resulta no questionamento de sua legitimidade, da participação do cidadão como expectador, diante da linguagem técnica e hermética utilizada pelas partes profissionais (advogado, juiz, promotor de justiça) que visa aplicação coercitiva e terceirizada da norma, a mecanismo autocompositivo que ressalta a autonomia, a conduta cooperativa e colaborativa em prol de um jogo de “ganha-ganha”, não adversarial, que dê relevância à adequação da solução, construída, tendo os envolvidos no desempenho de seu protagonismo, de importância vital e exclusiva, com oportunidade para manifestação pelo relato e comunicação, de transformação do conflito, do relacionamento das partes e com adesão à sua realidade e a seu contexto.

Amplia-se, assim, a noção de acesso à justiça, compreendida além dos portões do Poder Judiciário, realizando-a em espaços de cidadania e democracia que estruturam estratégias autocompositivas e destacam, com isso, que o poder de decisão encontra-se com as partes envolvidas, no exercício de convergir idéias, interesses e consensos construídos no intuito de concreção de benefícios mútuos e estabelecimento de alternativa de pacificação social, a partir do enfrentamento de seus problemas, de compreensão mútua, reconhecimento do outro e seu ponto de vista, de necessidades, apesar das diferenças, que compõem o conflito e estarão sujeitas à transformação, como momento de compreensão, de solidariedade e de alteridade.

Não surgem as estratégias autocompositivas como tábua salvadora, prontas a substituir, conceitual e instrumentalmente, o mecanismo judicial. Mas colocam à disposição do cidadão a possibilidade de escapar do caráter reducionista e duelístico do conflito expresso pelo ambiente adversarial, contencioso e judicial.

ESTRATÉGIAS ADEQUADAS DE APRECIÇÃO DE CONFLITOS – MEDIÇÃO, CONCILIAÇÃO, GERENCIAMENTO DE CASOS.

Nos últimos anos, assistimos ao desenvolvimento de estudos, debates e estruturação de mecanismos não judiciais de solução de conflitos, estratégias conhecidas como ADR, que propõe possibilidades de solução não exclusivamente jurídicas e judiciais, que visam o acesso ao direito e à justiça, pelo reconhecimento da insuficiência dos mecanismos tradicionais para dar resposta às demandas de uma sociedade de maior complexidade e de consumo, como a atual, que questiona a centralização jurisdicional de regulação do comportamento humano e, em especial, de valorização de mecanismos de autocomposição e de apreciação adequada da natureza do conflito, que vença barreiras sociais, econômicas e culturais que obstam a sua resolução. A realização concreta do acesso ao direito e à justiça encontra na adequação do método de resolução do conflito e na legitimidade da entidade ou estratégia utilizada os critérios determinantes para sua verificação.

As estratégias autocompositivas propõem um novo paradigma e modelo de justiça, menos litigioso, menos conflitual e mais consensual, na emergência de novo modelo de regulação do comportamento humano e social, com fundamento na descentralização, na desjudicialização, ou seja, a distribuição e divisão de trabalho entre os tribunais e organizações que tenham vocação e atribuição para solucionar conflitos, e na concepção de que a diversidade e complexidade da vida social permitem e encorajam o cidadão reapropriar-se da gestão e resolução de conflitos, repercute essa proposta em mudança na distribuição e organização de poder, na redefinição das relações entre sociedade civil

e Estado e a reflexão da questão da legitimidade para resolução de conflitos, enfrentando não apenas sua expressão, mas também suas causas.

Assim, falar-se em mecanismos ou estratégias não judiciais de gestão e solução de conflitos não encontra como principal razão, apesar de sua relevância, a reconhecida crise do Poder Judiciário, a dificuldade e o tempo necessário para alcançar-se a decisão judicial, a sobrecarga de trabalho nos tribunais, mas principalmente, na proposta de redefinição dos sistemas de resolução de conflitos próprios à evolução dos sistemas de regulação social e colocar-se à disposição do cidadão meios que ofereçam instrumental de apreciação adequada, efetiva e eficiente compreensão do conflito. Daí não deixar de considerar ou excluir a adoção da própria via judicial quando mostrar-se mais adequada no caso concreto. Não se pretende, pois, a defesa de mecanismos não judiciais sob o único argumento de não efetividade da prestação jurisdicional, mas especialmente na exposição de possibilidade de, por meio de sistema autocompositivo de solução de conflito, colocar à disposição da pessoa, estratégia que, sob o ponto de vista da adequabilidade, ofereça o exercício da autonomia e assunção de riscos pela decisão.

Acesso à justiça traz, para sua realização, em sua noção a idéia de solução adequada à natureza do conflito experimentado. O que significa afirmar que não há uma única estratégia, suficiente e exclusivamente apta a atender a diversidade ilimitada de hipóteses de litígios, impasses, controvérsias, antagonismos, enfim, conflitos interpessoais, em suas múltiplas expressões e manifestações, com complexos vínculos humanos envolvidos. O que exige a ampliação dos instrumentos disponíveis e auxiliares à investigação e adequada apreciação do conflito, levando-se em conta, que dimensões

ocultas, não manifestas, não expressas da relação interpessoal, justificam e moldam as condutas de disputa. Assim a reunião de diversas e pertinentes disciplinas permite a melhor adequação do método à solução, afastando-se, então, mecanismos e instrumentos exclusivistas de administração das controvérsias.

Componente de fundamental importância à adoção de estratégias autocompositivas, consensuais e não adversariais de solução de conflitos, a par da reunião de instrumentos interdisciplinares, é a sua legitimidade, fundada na autonomia e assunção voluntária pelas partes do risco da decisão encontrada, que possibilita maior acatamento e cumprimento voluntário do ajuste, o que permite não apenas a solução do conflito manifesto, mas o conflito em suas dimensões ocultas, não expressas, alcançando, então, o ideal de pacificação social.

Dentre os diversos mecanismos autocompositivos, encontram-se a mediação, a conciliação e a negociação. O gerenciamento de casos, o juiz mais ativo na condução do processo é incluído aqui, neste rol, face ao estímulo, promovido pela estratégia judicial, que pode resultar ao uso de estratégias consensuais.

Ressalte-se, por oportuno, o notório crescimento experimentado com o tema negociação e estudo de suas técnicas como instrumental de contribuição relevante à solução de conflitos, que tenha no aperfeiçoamento e na preservação de relações futuras e duradouras o esforço presente para estabelecimento do binômio “ganha – ganha”, expresso pela satisfação de ambas as partes envolvidas, pelo benefício mútuo.

A investigação e identificação de interesses comuns, convergentes, conflitantes e necessidades básicas dos lados envolvidos em uma negociação permite a democratização da informação, a maximização e distribuição de ganhos, compartilhando a decisão, oferecendo-lhe, então, maior grau de legitimidade.

Negociação “é uma comunicação bidirecional concebida para chegar a um acordo, quando você e o outro lado têm alguns interesses em comum e outros opostos.”³⁴ Destaca-se a comunicação bilateral no processo de negociação, como fator fundamental, em que o papel de emissor e receptor circulará entre as partes envolvidas com a preocupação de satisfação de interesses e necessidades, alcançando o benefício mútuo.

As partes envolvidas, como solucionadores de problemas, comprometem-se estrategicamente, a alcançar a satisfação com o resultado da negociação, atingido, com fundamento na confiança, de maneira eficiente, sensato e amigável, baseado em padrões justos e objetivos.

A mediação, segundo Warat afirma “em uma primeira aproximação, como um procedimento indisciplinado de auto-eco-composição assistida (ou terceirizada) dos vínculos conflitivos com o outro em suas diversas modalidades.”³⁵

Afirmada como procedimento, apesar de indisciplinado pois não fundado em prévia e consagrada teoria, porém aberto, a mediação utiliza-se de técnicas e estratégias que

³⁴ Fischer, Roger, Como chegar ao sim: negociação de acordos sem concessões / Roger Fischer, William Ury & Bruce Patton; Trad. Vera Ribeiro & Ana Luiza Borges – 2. ed. Revis. e ampliada – Rio de Janeiro – Imago Ed., 2005 – pg. 15

³⁵ Warat, Luis Alberto – obra citada – pg. 75

visam, ao revisitar, ao reler o conflito, considerando os seus *não-ditos* introduzir-lhe *novidade* que permita sua transformação ou sua reconstrução simbólica, tendo o acordo como uma consequência possível.

Warat, ainda, reafirma a mediação como mecanismo de autocomposição ecológica “por duas fortes razões. A primeira porque ela pode ser considerada como uma forma de realização da autonomia, na medida em que educa, facilita e ajuda na produção de diferenças (produção do tempo com o outro), que modificam as divergências. A autonomia, como a democracia, o amor e o ódio são formas de convivência com a conflitividade, com a incompletude que a conflitividade existencial determina. O indivíduo autônomo precisa negociar com o outro a produção conjunta da diferença, o que implica, forçosamente, a mediação do simbólico. Em segundo lugar, a mediação é uma forma ecológica de autocomposição na medida em que, ao procurar uma negociação transformadora das diferenças, facilita uma considerável melhoria na qualidade de vida.”³⁶

Apresenta, assim, a autonomia como fundamental e estruturante da estratégia autocompositiva. O exercício da autonomia, como encontro de alteridades, o seu estímulo por meio de técnicas da mediação, sua realização a partir da convivência com a diferença e o diferente e a resolução do conflito pelas próprias partes envolvidas como consequente possível, entretanto não prioritário, mas sim o redimensionamento do conflito, sua reconstrução simbólica que permita a superação e pacificação.

³⁶ Warat, Luis Alberto – obra citada pgs. 78 e 79

Para tanto a mediação aprecia e compreende o conflito além de sua dimensão litigiosa, institucionalizada e normativa, procurando abordá-lo como uma “forma de produzir, com o outro, a diferença, ou seja, inscrever a diferença no tempo como produção do novo.”³⁷ A inclusão do outro, a outridade / alteridade que oferece a tentativa de compreensão do conflito a partir do olhar do outro, e sua compreensão como diferente que produz, em conjunto, a diferença, o novo.

O conflito, então, pela mediação, possibilita oportunidade criativa, construtiva, vital. Oportunidade de re-valorização do outro em contrapartida ao excessivo privilégio do eu no modo de dizer do direito, quando do litígio.

Estabelece a mediação, teórica e tecnicamente, a oportunidade de transformação da situação conflitiva em oportunidade de aprendizagem e de reconstrução simbólica do conflito, que possibilite sua prevenção ou seu enfrentamento. Utiliza-se, precipuamente, do instrumental da comunicação e da provocação da reflexão para o deslocamento de ponto de vista exclusivista à abordagem que leve em conta necessidades e interesses verdadeiros envolvidos.

O instrumental da comunicação permite, por meio do uso de técnicas de perguntas, de escuta eficaz e abrangente, a compreensão de pontos importantes controvertidos, de investigação de interesses comuns e convergentes.

³⁷ Warat, Luis Alberto – obra citada, pg. 82

Alguns dos axiomas e propriedades da comunicação que influenciam interações interpessoais fundamentais, são apresentados por Watzlawick³⁸ dentre eles *a impossibilidade de não comunicar – não se pode não se comunicar* - a idéia básica de que o comportamento não tem oposto, ou seja, não é possível o não-comportamento, um indivíduo não pode *não* se comportar. A não comunicação ou o não comportamento constituem uma mensagem.

Outros axiomas apresentados por Watzlawick são:

- a) *o conteúdo e níveis de relação da comunicação* – uma comunicação não só transmite informação, mas, ao mesmo tempo, impõe um comportamento – que ressalta a relação existente entre o conteúdo (relato) e a relação (forma / ordem – um comunicado afixado ou enviado pelo correio, ambigüidades) da comunicação, diga-se, então, *metainformação – toda comunicação tem um aspecto de conteúdo e um aspecto de comunicação tais que o segundo classifica o primeiro e é, portanto, uma metacomunicação*. E distinguir aspectos de conteúdo de aspectos de forma / de relação, em comunicação disfuncional é muito difícil, sem a ajuda de um terceiro – mediador.
- b) *a pontuação da seqüência de eventos* – diz respeito à interação dos comunicantes – troca de mensagens. *a natureza de uma relação está na contingência da pontuação das seqüências comunicacionais entre os comunicantes* – a ponto de, quando disfuncional, de pontuar contra o outro, durante o relato, mesmo contra a realidade.
- c) *comunicação digital e analógica* – comunicação analógica é toda a comunicação não-verbal (movimentos corporais, postura corporal, gestos, expressão facial, sorriso, olhar,

³⁸ **WATZLAWICK, Paul** – Pragmática da comunicação humana – um estudo de padrões, patologias e paradoxos da interação – tradução de Álvaro Cabral – São Paulo, Editora Cultrix, 1993. pg. 45 “Atividade ou inatividade, palavras ou silêncio, tudo possui um valor de mensagem; influenciam outros e estes outros, por sua vez, não podem *não* responder a essas comunicações e, portanto, também estão comunicando.”

timbre de voz, cadência das palavras, disposição de escutar) com raízes em períodos mais arcaicos de evolução, que definem de forma mais precisa a natureza das relações. A comunicação digital – sintaxe – possibilita a partilha de informações sobre objetos e conhecimentos.

Watzlawick, neste ponto, então, resume³⁹ “Se nos lembrarmos de que toda a comunicação tem um conteúdo e uma relação, podemos esperar concluir que os dois modos de comunicação não só existem lado a lado mas complementam-se em todas as mensagens. Também poderemos esperar concluir que o aspecto de conteúdo tem toda a probabilidade de ser transmitido digitalmente, ao passo que o aspecto relacional será predominantemente analógico em sua natureza.” ... “O homem, na sua necessidade de combinar essas duas linguagens, como emissor ou como receptor, deve *traduzir* constantemente uma para a outra e, ao fazê-lo, depara com dilemas muito curiosos... Não só é impossível haver tradução do modo digital para o analógico sem grande perda de informação... mas o inverso também é extraordinariamente difícil: *falar sobre* relações requer uma tradução adequada do modo analógico para o dígito de comunicação.”

d) *interação simétrica e complementar* – relação de reciprocidade - relações baseadas na diferença (o comportamento de um parceiro complementa o do outro, o que pode significar dependência - *complementar*) ou na igualdade (os parceiros tendem a refletir o comportamento um do outro e a interação é chamada *simétrica*).

³⁹ Obra citada – pg. 59 - 61

A mediação atua e se desenvolve na comunicação e utiliza desse instrumental e percepção para sua atuação, com atenção orientada aos indícios verbais e não verbais do conflito, no contexto próprio e exclusivo dos envolvidos, a fim de que se concretize a expectativa de convergência de interesses, legitimando-os, e compreensão mútua, restabelecendo, então, a boa comunicação, por meio da expressão e escuta de cada um dos envolvidos, eliminando equívocos comunicacionais, mal-entendidos, rumores, fofocas passando-se a tratar os conteúdos de modo objetivo, preciso e claro.

A mediação expressa um mecanismo autocompositivo, de adesão voluntária, no qual participa um terceiro neutro e imparcial, cuja legitimidade dá-se pela escolha para a condução do procedimento, baseado na comunicação eficaz e produtiva dos envolvidos e no estímulo a que protagonizem consensualmente uma solução, que preserve relações futuras.

A mediação, como estratégia autocompositiva de resolução de conflito, integra um projeto formulado pela UNESCO conhecido como *CULTURA DA PAZ*, que compreende o estudo e a disseminação de mentalidade que destina a cada indivíduo a responsabilidade de compartilhar instrumentos para a concreção da paz mundial, no desenvolvimento de mecanismos de resolução não violenta de conflito e a tolerância em relação às crenças, posições e comportamentos.

Exemplo clássico, porém não único de aplicação eficaz da mediação, é o campo das relações familiares. Um conflito familiar é algo extremamente complexo, limitá-lo ao litígio, ao aspecto jurídico institucionalizado, é deixar de fora uma série significativa de

outros aspectos, que explica o não cumprimento de decisões e acordos judiciais, o baixo grau de seu acatamento. Contribui a isso, também, o processo judicial não aberto a participação direta dos envolvidos, como protagonistas, no conflito familiar. O que estimula e mostra-se atrativo à adoção de estratégias alternativas e autocompositivas em substituição à rigidez processual judicial.

A mediação, aplicada aos conflitos familiares, atuará não apenas em relação à rupturas conjugais, mas é adequada a conflitos entre pais e filhos, avós e pais, pagamento de pensão alimentícia, guarda e visita de filhos, a possibilidade de compartilhá-la, exercício do poder familiar. Propiciar espaços privados para a solução de conflitos familiares significa afirmar que rupturas conjugais é um problema das partes, por meio de técnicas de facilitação da negociação do conflito e sua desdramatização, todavia, no intuito de possibilitar um espaço propício ao casal em separação para a negociação, a preservação e assegurar a continuidade das relações paterno-filiais, a responsabilização de ambos os genitores pela educação dos filhos, prevenir eventual descumprimento de acordos e desenvolver a capacidade negocial do casal, o que resulta na afirmação da capacidade e do poder de decisão do conflito pelos próprios envolvidos.

Os princípios que norteiam a mediação genericamente, expressos com maior destaque na mediação de conflitos familiares, voluntariedade, consensualidade, o caráter pessoal, tendo em vista a prevalência do relato da realidade pela própria parte envolvida, a neutralidade e imparcialidade do terceiro, com atribuição de mediação, a flexibilidade procedimental, a confidencialidade, o aspecto extrajudicial, a informação e a assessoria técnica.

Outro exemplo importante mencionar de aplicação da mediação diz respeito a conflitos de vizinhança e comunitários, as relações interpessoais correspondentes não significam apenas uma mancha estatística nos mapas, mas um conjunto de pessoas, com suas diferenças e peculiaridades, que vivem e trabalham em uma mesma área e que, assim, podem partilhar de um sentimento de pertencer ou não à mesma rua ou mesmo bairro, que os ligam à vida cotidiana, às tensões sociais do local e à gestão e à resolução dos conflitos, daí decorrentes.

O panorama legislativo e projetos de lei que trazem a mediação, como mecanismo apto a oferecer o acesso à justiça encontra já no preâmbulo do texto constitucional⁴⁰ fundamento para a estruturação de estratégias de resolução pacífica de conflitos, que encontram distribuídos pelo texto princípios estruturantes do acesso à justiça, que ficam à disposição para a formulação de um marco legal à mediação, são eles – o Estado Democrático, pacífico e solidário, que tem na promoção da dignidade humana, um de seus principais postulados, o acesso à justiça e o tempo razoável de trâmite do processo judicial, dentre outros.

Em seguida, no plano da legislação ordinária, a mediação é referida em textos diversos e com referência esparsa e referida por variadas áreas de disciplina jurídica, como por exemplo, o ramo do direito do trabalho, seja a negociação coletiva seja o dissídio

⁴⁰ “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.”

individual, com ênfase às técnicas de conciliação, negociação e mediação.⁴¹; o Código Civil de 2.002 afirma, genericamente, *concessões mútuas* como forma de prevenção e de pôr fim a litígios, com clara referência à *transação* e, introduzido recentemente pela Lei 11.232/2005, o *acordo extrajudicial homologado em juízo*, como expressões do legislador de estímulo e prestígio à autocomposição.

A par da referência esparsa à mediação na legislação ordinária, tramitam projetos de lei, na esfera federal, que especificamente buscam a sua estruturação, com referência procedimental, organização e controle da atividade profissional. O acompanhamento do quanto proposto nas esferas legislativas justifica-se pelo debate que traz à regulação de atividade, que tem na autonomia da vontade dos envolvidos e na legitimidade, pela escolha ou pela aceitação, do terceiro atuante como mediador os pontos fundamentais.

Neste ambiente de propostas e projetos de lei, ressalta-se o PL 94/2002, conhecido como *versão consensuada*, apresentado pelo Senador Pedro Simon, que resulta da unificação do projeto de lei 4.827/1998, apresentado pela Deputada Zulaiê Cobra Ribeiro e outro, posterior, apresentado em 2.001, pelo IBDP – Instituto Brasileiro de Direito Processual e AMB – Associação dos Magistrados Brasileiros.

A *versão consensuada* estabelece, dentre outras previsões, como classificadores da mediação, o momento e oportunidade em que realizada – como prévia ou incidental relativamente à ação judicial; o mediador como critério de classificação da mediação

⁴¹ Lei 7.783/89 e Lei 10.192/2001 – direito de greve – com referência à negociação prévia e coletiva em relação ao dissídio coletivo; Lei 10.101/2000 – distribuição de lucros ou resultados;

judicial ou extrajudicial, mas com seleção, controle e registro por meio dos Tribunais de Justiça, envolvendo a Ordem dos Advogados do Brasil, nestes mesmos aspectos.

Tem-se em conta, também, à atuação do mediador questões de natureza ética, tais como, a autodeterminação, a neutralidade, a confidencialidade, a qualidade técnica e de capacitação do processo de mediação. A autodeterminação demonstra ao mediador a capacidade e independência dos envolvidos à participação voluntária na mediação e na busca de soluções próprias, assim como, estejam informadas e orientadas para deliberar e assumir determinado acordo; a neutralidade exigirá do mediador a certeza de manter-se equidistante e imparcial em relação às pessoas envolvidas e ao conteúdo mediado, o que lhe permite uma gestão equilibrada, que lhe dá legitimidade à condução do processo de mediação; a confidencialidade, no sentido do sigilo das informações manejadas no processo de mediação em relação a outras pessoas, salvo prévia autorização de divulgação e a qualidade técnica e de capacitação / competência, manifesto pelo trabalho do mediador ao assegurar o respeito mútuo que permita a comunicação eficaz entre os envolvidos e o uso de ferramentas de disciplinas diversas, inclusive, com a atuação de equipe multidisciplinar.⁴²

A confidencialidade, como elemento estruturante do processo de mediação, merece destacada apreciação pois a partir de seu estabelecimento viabiliza-se o ambiente de confiança entre mediador e partes envolvidas, inerente à mediação. Assim, garante-se ao mediador a possibilidade / proteção de não divulgar o quanto conhecido em razão de sua

⁴² Projeto de Lei 94/2000, art. 33: “Em razão da natureza e complexidade do conflito, o mediador judicial ou extrajudicial, a seu critério ou a pedido de qualquer das partes, prestará seus serviços em regime de mediação com profissional especializada em outra área que guarde afinidade com a natureza do conflito.”

função como mediador, mesmo em caso de convocado em juízo, na qualidade de testemunha.

A quebra da convencionada confidencialidade por uma das partes, levando a juízo informação obtida por meio da mediação ficará sujeita à apreciação e valoração judicial pelo destinatário da informação, na construção de seu convencimento para a decisão. Ressalte-se que o compromisso de confidencialidade é dirigido a aquele que obteve a prova por meio da mediação e não em relação a aquele que, independente da mediação, já aparece como titular da prova.

Depara-se o mediador com questões diversas de natureza ética frente à confidencialidade, em especial, quando se depara, em razão da mediação, com notícia de cometimento de condutas tipificadas como crime, suficiente a encerrar a mediação. Recomenda-se que hipótese como essa esteja prevista no compromisso de confidencialidade, permitindo a divulgação à autoridade competente. Desnecessária, todavia, a previsão para permitir a divulgação quando o crime envolver violência ou abuso a menor.

A conciliação, também, como expressão de mecanismo autocompositivo, de adesão voluntária e consensual, com intuito de alcançar-se o acordo acerca do conflito, de conteúdo pontual e de menor complexidade.

A conciliação como procedimento informal, com ou sem a participação de um terceiro, que quando atua não tem a atribuição de solucionar o conflito, mas na medida da

complexidade da controvérsia atendida, atuar para o restabelecimento da comunicação com vistas a um acordo, expresso em um documento que afirme a transação alcançada.

Utiliza-se como critérios para distinção desses mecanismos autocompositivos – mediação e conciliação – o campo de abrangência de investigação do conflito, definido a partir de sua complexidade e de multiplicidade de vínculos humanos envolvidos, sendo que a conciliação exige, face a intenção de apreciação do conflito de modo mais superficial, destinando atenção aos seus aspectos expressos e manifestos, envolvidos em relação pontual e de vínculo único e acidental, enquanto que a mediação destina-se a vínculos complexos e múltiplos, o que exige submersão nos interesses pertinentes à verificação à estrutura oculta do conflito.

Significa essa abrangência que o terceiro, na mediação, atuará mais significativamente na estrutura do conflito, especificamente, porém, sem atribuição de apresentação de opções e repertório de solução. O conciliador, por sua vez, em razão de seu superficial campo de apreciação e abrangência do conflito, interferirá menos na estrutura não manifesta do conflito e mais na intenção de composição, em clara função acordista.

São diversos os outros mecanismos alternativos de solução de conflitos, dentre eles, a mediação – arbitragem, como exemplo de um modelo possível e híbrido de resolução não judicial, pelo qual se abre a possibilidade de utilização do método autocompositivo da mediação, anterior ao método heterocompositivo – arbitragem, apenas iniciado na hipótese de insucesso da mediação, na realização de uma composição.

Outras formas podem ser apontadas, como a utilização de informação técnica não vinculativa, o que significa que as partes buscam, em consenso, critério objetivo e tecnicamente especializado sobre o fato controverso, sem que se obriguem com o acatamento da opinião.

O Juiz mais ativo na condução do processo - Gerenciamento de casos

O modelo acadêmico usual de nossas faculdades de direito é a formação do profissional jurídico voltado à definição contenciosa dos litígios, por meio de processo judicial, com a solução imperativa e vinculativa definida em uma sentença, que expressa a autoridade do Estado, meio que privilegia o critério binário do lícito / ilícito, certo / errado. Quase nenhuma referência é dada a solução não contenciosa ou não adversarial de conflitos.

Não obstante alguns dispositivos processuais e leis específicas que buscam prestigiar o modelo conciliatório de solução de conflitos (artigos. 125, IV, 331, 447 e segs., 599 do CPC; Lei 9.307/96 – arbitragem), a cultura e mentalidade formuladas em faculdades de direito e na prática do foro dão preferência à solução adjudicada do conflito, por meio de sentença, proferida por um juiz, no exercício do atributo de sua autoridade, que entende ser essa sua atribuição mais relevante, a partir da qual se afere seu merecimento, quando sua função jurisdicional típica é pacificar os conflitantes. Soma-se a essa mentalidade, o preconceito relativo ao deslocamento da solução de conflitos a espaços de utilização do modelo conciliatório não pertencente ao Poder Judiciário. Caracteriza esses fatores a chamada cultura da sentença.

Afirma o Professor Kazuo Watanabe⁴³: “Disso tudo nasceu a chamada cultura da sentença, que se consolida assustadoramente. Por todas as razões acima citadas, os juízes preferem proferir sentença ao invés de tentar conciliar as partes para a obtenção

⁴³ Watanabe, Kazuo Cultura da sentença e cultura da pacificação – texto publicado nos Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover, Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes (organizadores), São Paulo, DPJ Editores, p. 684/690

da solução amigável dos conflitos. Sentenciar é mais fácil e mais cômodo, para alguns juízes, do que pacificar os litigantes...”

Todavia, em contraposição à cultura da sentença o que há de relevante e de destaque na atividade jurisdicional é a busca da pacificação das pessoas e grupos, o que deve induzir o juiz a um papel mais ativo na condução dos processos, ressaltando a oralidade e imediatidade dos atos processuais, identificando as questões relevantes, propicia a utilização de meios alternativos de solução, o contato mais freqüente dele com as partes e o gerenciamento do tempo necessário para a conclusão adequada dos trâmites processuais, ou seja, mentalidade que prestigie o uso de meios alternativos e autocompositivos de solução de conflitos, no intuito de estimular a cultura de pacificação das partes ao invés da solução adjudicada do litígio.

A idéia do juiz ativo na condução do processo ou “case management” é o fortalecimento do controle judicial sobre determinados aspectos processuais, indicados pelo Professor Kazuo Watanabe⁴⁴ – “a. identificação das questões relevantes; b. maior utilização das partes de meios alternativos de solução de controvérsias e c. tempo necessário para concluir adequadamente todos os passos processuais.”

⁴⁴ Watanabe, Kazuo, texto citado

A experiência do Poder Judiciário paulista com os setores de conciliação e mediação

A partir da análise do diagnóstico do atual estado de crise do Poder Judiciário, em especial o descontentamento face à morosidade processual, que resulta em perda de efetividade de suas decisões, ou seja, de sua atribuição de aplicação da lei ao caso concreto, substituindo a vontade das partes em litígio, forçando-as e vinculando-as, de forma definitiva à observância do ordenamento, e que não atende à previsão constitucional do término do processo em tempo razoável (Cf, artigo 5º, inciso LXXVIII, inserido a partir da EC 45/2004), surgem propostas e sugestões que ganham relevância como alternativas para a solução dos problemas vivenciados com a estrutura estatal disponível, sempre considerando a necessária mudança de mentalidade da magistratura e colaboração da advocacia, como responsáveis à administração da Justiça, o que significa expressar que a crise do Poder Judiciário é a crise do paradigma jurídico utilizado como modelo de solução de conflitos, ou seja, transcende a morosidade ou o acúmulo de processos, decorrentes do aumento da litigiosidade.

A morosidade processual resulta no paradoxo do mau acordo como mais vantajoso que uma boa demanda, pois, vicia o acesso pleno à ordem jurídica, o acesso integral no sentido do direito à condenação e o direito de obtenção da execução coercitiva na hipótese de não cumprimento voluntário da decisão, como manifestações de satisfação plena de direitos.

Ao lado de reformas da legislação processual, as estratégias alternativas de resolução ou de gestão de conflitos contribuem para a superação da crise instalada, não, apenas, neste sentido, mas, sobretudo, trazendo benefícios de natureza diversa, com a ampliação do campo de atuação ao profissional da área jurídica, ao mesmo tempo em que, a partir da democratização do Poder Judiciário, abre-se espaço à atuação de outras áreas profissionais e, o deslocamento possível do conflito do ambiente adversarial ao conciliatório, no intuito de viabilizar a integridade das relações interpessoais.

A mediação, face aos benefícios que proporciona, surge como instrumento adequado à gestão e solução de conflitos e neste sentido merece constatação o atual estágio de implementação desta estratégia pelo Poder Judiciário paulista, em especial, o setor experimental de segunda instância.

Com a fundamentação legal do artigo 125, inciso IV do Código de Processo Civil, por meio de Provimento n. 783/2002, do Conselho Superior da Magistratura, do Tribunal de Justiça de São Paulo, implantou-se o Plano Piloto de Conciliação em Segundo Grau de Jurisdição, sob a direção e coordenação de três desembargadores.

O Tribunal de Justiça levou em consideração, dentre diversos elementos determinantes para a iniciativa, o fabuloso número de processos aguardando distribuição para julgamento de seus recursos, as propostas legislativas em trâmite no Congresso Nacional e experiências bem sucedidas, porém isoladas de alguns de seus desembargadores relativamente ao uso da mediação e da conciliação.

Sob a denominação genérica de conciliador, o cidadão, profissional da área jurídica, voluntário, não remunerado, sem proximidade com o julgador e selecionado pelo Presidente do Tribunal de Justiça estadual, passou a atuar, sob a cláusula da confidencialidade e independência, com atribuição de conduzir o procedimento conciliatório, estruturado significativamente sob o rótulo da informalidade, sem regras preestabelecidas e que tem participação e adesão voluntária das partes e de seus advogados.

O setor experimental alimentou-se, inicialmente, de processos selecionados pelos desembargadores, em claro exercício de gerenciamento dos casos que lhes são distribuídos para julgamento, como também, a partir da iniciativa de uma das partes, requerendo a designação de data para a tentativa de conciliação. No sentido de preservação do ambiente de confidencialidade e independência, inerente aos espaços de confiança, reduz-se a termo a ocorrência do acordo, discriminando todas suas condições para cumprimento, a ser encaminhado ao Presidente do Tribunal de Justiça para homologação, ou a mera informação de infrutífera a tentativa, sem outras informações do que se discutiu na sessão de conciliação, hipótese em que o processo retornará ao mesmo local ou posição para futura distribuição, o que significa afirmar que não há prejuízo de tempo, o requerimento de qualquer das partes para a designação da sessão de conciliação.

A oferta de espaço voltado precipuamente ao modelo conciliatório, genericamente referido, distante do julgador, proporcionou ao usuário do serviço judicial um espaço de manifestação espontânea em que seja ouvido em seus interesses, que possa expressar a

gênese da controvérsia, seu conteúdo latente e sua complexidade, que a lei, pretensamente, intenta reduzir à realidades binárias através de regulamentações, no sentido de atuar, o jurisdicionado, conjunta e criativamente, na construção de opções a uma solução à questão litigiosa, entendida em sua dimensão que extrapole o mero alcance jurídico e legal, utilizando-se, então, da reconstrução da confiança, do respeito às diferenças e da comunicação produtiva entre litigantes, no intuito de pacificação não artificial e exercício, pelas partes envolvidas, de autonomia e autoria de suas vidas, como sujeitos de direito, restabelecendo-lhes o poder emancipatório de decidir acerca de seus conflitos, expresso por suas liberdades comunicativas e coordenação discursiva de suas ações.

A experiência propiciou a passagem do conflito do ambiente adversarial, heterocompositivo e próprio dos litígios judiciais, fundado na ultrapassada idéia da verdade jurídica afastada da realidade fática, um déficit entre a idealidade da norma jurídica, seu ordenamento válido e sua efetiva aplicação na materialidade da realidade, para o ambiente não adversarial, autocompositivo e de abordagem do conflito em suas dimensões significativas, que não aquela meramente processual, correspondente à prestação judicial, formulada estrategicamente contra a participação e compreensão.

O sucesso do plano piloto proporcionou e incentivou a implantação de setores de conciliação e mediação em primeiro grau de jurisdição, divulgou a prática da mediação como estratégia efetiva de solução de conflitos, que dialoga com a complexidade e interdisciplinaridade, considerando seus componentes jurídicos, psicológicos, econômicos, sociológicos, dentre outros, em uma cultura pautada majoritariamente no

modelo intervencionista da norma positivada, litigioso, adversarial, heterocompositivo, no qual as partes se enfrentam, se opõem por meio de seus advogados, preparados exclusivamente para atuação contenciosa, na busca exaustiva de uma decisão que lhe seja favorável, no paradigma do ganhar – perder, que, por fim, resulta no estímulo à perpetuação da litigiosidade mesmo após o trânsito em julgado da decisão, pois conflitos de interesses não foram adequadamente apreciados, que em geral diz respeito a matéria não juridicamente positivada ou tutelada ou questão, tutelada juridicamente, não ter sido objeto de apreciação.

A advocacia e o modelo conciliatório – questões deontológicas e a experiência do Poder Judiciário paulista –

A proposição de mecanismos não tradicionais de resolução de conflitos pode significar uma determinada *crise* no desenho convencional de determinadas profissões e em seus elementos básicos de identificação, dentre essas, a advocacia. Não significa, contudo, indícios de declínio ou de desaparecimento. Verifica-se, sim, a transformação da profissão em consonância e interligação às transformações e evolução da sociedade, decorrente de momento profissional de maior competitividade, de surgimento de *novas* profissões, de ajustamento de outras e de questionamento com o monopólio de saber e conhecimento, o que implica na reformulação de práticas profissionais, de habilidades e capacitação do profissional. Transformação intimamente ligada ao paradigma de justiça, de seu acesso e oferta de mecanismos diversos e múltiplos de realização do direito e de solução de conflitos. E a compreensão das transformações impõe a criação e adaptação das profissões jurídicas e de suas competências técnicas, precipuamente da advocacia. Aponta-se, desde já, o desenvolvimento de a aptidão do profissional de dialogar com disciplinas diversas, além de sua própria área de conhecimento.

A crise reconhecida e notória do Poder Judiciário não é de preocupação exclusiva da Magistratura estadual é também da advocacia paulista, senão dizer, nacional, tendo em vista o alcance e influência de São Paulo e não há como permanecer passivo diante dessa experiência.

Neste sentido, o Provimento n. 953/2005, do Conselho Superior da Magistratura, do Tribunal de Justiça de São Paulo, inclui dentre aqueles que atuarão como conciliadores em seu quadro, os advogados⁴⁵.

Não apenas como conciliador, compondo o quadro respectivo, o advogado encontra espaço para atuação, mas, principalmente, na orientação jurídica ao seu constituinte, no atendimento de seus deveres inerentes à atividade advocatícia e na condução do patrocínio dos interesses que lhe foram confiados, ou seja, superado o exame minucioso do direito de seu cliente, buscar sua realização eficiente e eficaz.

Não obstante implantado a partir de iniciativa do Poder Judiciário e seu funcionamento inserido nas estruturas judiciais, o setor de conciliação e mediação propiciam ao profissional do direito o exercício e desenvolvimento de outras habilidades que não aquelas utilizadas, precipuamente, no modelo judicial de disputa, pelo qual o conflito encontra a abordagem litigiosa e adversarial. O setor de conciliação e mediação, com o intuito de privilegiar o modelo de autocomposição do conflito, pelo qual as próprias partes constroem as soluções possíveis da questão em que se vêem envolvidos, o papel do advogado ganha relevância, na oferta de mecanismos e habilidades eficientes e próprias para a consecução de acordos, que expressem benefícios mútuos, que reduzam e absorvam a litigiosidade existente e que possam resultar em alto grau de cumprimento voluntário.

⁴⁵ Provimento n. 953/2005 do E. CSM / TJSP – artigo 3º - “Poderão atuar como conciliadores, voluntários e não remunerados, magistrado, membros do Ministério Público, procuradores do Estado, todos aposentados, advogados, estagiários, psicólogos, assistentes sociais, outros profissionais selecionados, todos com experiência, reputação ilibada e vocação para a conciliação, previamente aferida pela comissão de juizes ou Juiz coordenador, quando não constituída a comissão.”

Assim, não apenas na estrutura judicial disponibilizada pelo setor de conciliação e mediação, mas também, por meio de estratégias extrajudiciais de solução de conflitos, o advogado desenvolverá habilidades e instrumentos diferenciados e alternativos às fórmulas exclusivamente jurídicas para a prevenção, manejo, gestão e solução de conflitos. A titularidade dessas técnicas indicará ao profissional o reconhecimento e a adequabilidade da estratégia eleita para a satisfação de interesse na abordagem não exclusivamente jurídica do conflito, que permita a preservação de elementos e planos da relação e interação humana envolvida.

A atuação profissional do advogado na mediação, como exemplo de modelo autocompositivo, ganha expressão na medida em que conceberá criativas alternativas de solução da disputa, hierarquizando-as, segundo os critérios de interesse e necessidade de seu constituinte e que propiciem opções de ganhos mútuos, diferentemente de um processo judicial que exigirá a concepção e diagnóstico do problema jurídico, o desenvolvimento da tese de solução e correspondente busca do convencimento do julgador, expresso na decisão judicial.

Aspecto relevante a considerar, que destaca o atributo de efetividade e eficiência de estratégia autocompositiva de solução de conflitos, como modelo de pacificação, diz respeito à litigiosidade remanescente, ocorrente, em regra, no processo judicial, que é a permanência e persistência de questões e conflitos de interesses que não resolvidas ou não adequadamente tratados entre as partes que poderão retornar agravadas, posto que fundada em matéria não tutelada juridicamente.

Aos conciliadores e mediadores aplicar-se-ão os motivos de impedimento e suspeição previstos em lei para os juízes e auxiliares da justiça e, ficam submetidos, juntamente com as partes e seus advogados à cláusula de confidencialidade, que significa o dever de guardar sigilo a respeito do que for dito, exibido ou debatido na sessão.

Merece seja ressaltado, também, extraindo-se do referido Provimento n. 953/2005 do CSM, a possibilidade de o cidadão, diretamente, encaminhado através do Ministério Público ou do Juizado Especial, comparecer ao setor de conciliação, onde funcionário ou voluntário colherá sua reclamação, sem reduzi-la a termo, emitindo, no ato cartão-convite à parte contrária, para em dia, hora e local designados comparecer para a sessão de conciliação. Obtido o acordo, o mesmo será registrado, na íntegra, em livro próprio, caso contrário, as partes serão esclarecidas quanto à possibilidade de buscar sua pretensão perante a Justiça Comum ou Juizado Especial.

Embora a legislação brasileira, não obstante projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional e na Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo, não contemple expressamente a mediação, também não impede sua aplicação como se depreende já no Preâmbulo da Constituição Federal, considerada a parte mais importante do texto legal e da qual se interpreta os princípios nela inseridos, dentre eles o compromisso, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, como princípio constitucional a validar a existência, a eficácia e efetividade da mediação como forma alternativa e não adversarial de resolução e gestão de conflitos, sem que essa missão seja de exclusiva responsabilidade do Estado, por meio do Poder Judiciário, vale dizer não há monopólio do meio judicial.

Ainda no texto constitucional, com fundamento no artigo 1º, inciso II – em respeito à dignidade humana, no direito à liberdade – artigo 5º, em sua modalidade de livre manifestação de vontade, direitos individuais previstos em especial no capítulo dedicado à família, à criança, ao adolescente e ao idoso, poder-se-á encontrar fundamento legal que assegure às partes, em litígio, a utilização da mediação como meio de melhor e consensualmente buscar a solução.

A legislação ordinária – artigo 125, inciso IV e 331 do CPC – determina ao juiz a qualquer tempo tentar a conciliação das partes.

Como já afirmado, o exame atual do Poder Judiciário não é de preocupação exclusiva da Magistratura estadual é também da advocacia, pois, como já manifestado institucionalmente pela OAB/SP, o advogado não suporta mais o tempo de trâmite dos processos, de filas para atendimento, para desarquivamento, para distribuição de recursos; não suporta mais o serviço prestado pelo Poder Judiciário, com magistrados que não atendem advogados, serventuários desmotivados, não adequadamente treinados, o custo elevado dos trâmites e atos processuais, enfim, um Judiciário sem estrutura informatizada e por tudo ser apontado o advogado como responsável pela lentidão, morosidade da justiça. Mas, também e sobretudo, não suporta mais o advogado ver a angústia de seu cliente com a morosidade e falta de efetividade da justiça prestada.

Este quadro, desenvolve-se a possibilidade de meio, não apenas e eventualmente mais rápido de solução de litígios, o que significará afirmar, solução efetiva e eficiente, como

também a retomada da utilização de meios autocompositivos e não adversárias – mediação e conciliação – no intuito de pacificação das lides e das partes conflitantes.

Nesse sentido, o Código de ética e disciplina da advocacia, artigo 2º, caput e parágrafo único e todos os seus incisos, especialmente o VI prevê: “São deveres do advogado: estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração do litígio.”

Referida previsão antecipa uma outra característica, habilidade e perfil do advogado, um novo paradigma para o seu exercício profissional – a busca de eficácia e realização concreta do interesse de seu cliente, de seu constituinte no contexto das resoluções alternativas de disputa ao processo judicial. Paradigma que exigirá do profissional da advocacia mecanismos mais eficientes e céleres para se alcançar a concreção do direito que defende, por meio de acordos mutuamente benéficos, atraentes e com alto índice de acatamento e cumprimento voluntário, pondo fim inclusive à litigiosidade remanescente.

Ocupará, sem dúvida, papel de destaque o advogado neste ambiente autocompositivo e de resolução alternativa de conflito, na medida em que as próprias partes chegam às soluções de suas questões. Cumpre ao advogado, aqui, preparar seu cliente, informando-o do procedimento, esclarecendo-o de que seu objetivo seria o mesmo caso houvesse uma ação judicial, meio convencional – obter a melhor solução possível.

O advogado desenvolverá habilidades e estratégias de negociação assumindo posição de liderança na condução e determinação do comportamento mais adequado a cada situação particular.

Assim é de afirmar-se o papel indispensável do advogado nos meios alternativos de resolução de conflitos, sendo que os aspectos jurídicos, dúvidas quanto a direitos e deveres, somente serão sanados com a imprescindível e adequada assistência de um advogado, devidamente especializado com técnicas e estratégias próprias para essa atuação e adequadamente integrado em seu exercício profissional com os deveres deontológicos, expressos na busca da eficácia e realização do direito do cliente, do apaziguamento social, na medida em que pode, pelo seu exercício profissional difundir a efetividade da ordem jurídica.

E, nesse sentido, o Provimento n. 953/2005 prevê a obrigatória presença do advogado nas sessões de conciliação e mediação. – artigos 5º e 6º.

Ao advogado, especificamente, e aos profissionais de direito, em geral, o desenvolvimento de habilidades de atuação e trânsito em mecanismos e estratégias não adversariais de solução de conflitos propiciará uma reflexão acerca de sua formação acadêmica e estrutura atual da educação e do ensino jurídicos e suas implicações nos paradigmas dominantes de reprodução do conhecimento, basicamente, significantes e expressos pelos textos legais normativos, mas, também, obstáculos à transformação da formação profissional que leve em conta modalidades outras de apreensão do conflito, não exclusivamente jurídica legislada.

O profissional, resultante desse quadro de formação acadêmica, atua passivamente diante do texto legislado, como seu mero interpretador, sem nada criar nem construir, como expectador do fenômeno de distanciamento do Direito da realidade, das necessidades e anseios da sociedade e do indivíduo, o que poderá significar o afastamento ou independência do Direito de valores éticos e morais. E essa a problemática do ensino jurídico, a reprodução do Direito como expressão do detentor do poder em determinada época e local, a legalidade e o Direito positivado, emanado da autoridade competente, como valores incontestes e indistintos da noção de legitimidade. O ensino jurídico atual, portanto, propicia a formação do jurista que entende o Direito como conjunto de normas e que se entende isento de interpretá-lo de forma crítica e valorativa.

Todavia, a complexidade do fenômeno da convivência humana e as diversas expressões do Direito, intimamente ligados à determinada ordem social, não encontram necessária correspondência no Direito, quando compreendido como conjunto de normas positivadas, passíveis de alteração segundo a vontade do legislador dominante e concretizada em determinada época e local.

O profissional, então, ao desenvolver habilidades de apreensão do fenômeno jurídico além do positivado, compreenderá a complexidade e diversidade de possibilidades de expressão da convivência humana, em especial, em época de resgate de posturas cooperativas, de respeito às diferenças e de pluralidade de visões e concepções de mundo e de Direito, como ilustração do justo e de regras além das fronteiras do legislado como parâmetros e regulamentos da conduta humana.

A apreensão pelo advogado de que a solução e gestão de interesses opostos e de realização da justiça podem ocorrer de diversas formas que não aquelas exclusivamente jurídicas e normativas, estabelecerá postura de ruptura e de transformação do Direito dogmatizado substituindo à multidimensão inerente à interdisciplinaridade.

Diante desse quadro que contempla e faz imprescindível e obrigatória a participação do advogado, constituído pela parte, em sessões de conciliação e mediação ocorridas no Poder Judiciário, com base no Provto. N. 953/2005, como manifestação do direito da parte de ver-se assistida por profissional de sua livre escolha, resta-nos o exame do exercício da função de conciliador e mediador pro profissionais – advogados – inscritos no quadro da OAB.

Renovando a afirmativa, o Provto. 953/05 possibilita que atuem como conciliadores e mediadores, dentre outros profissionais, de forma voluntária e não remunerada, advogados, com experiência, reputação ilibada e vocação para a conciliação, que participarão, ainda de atividades e cursos preparatórios e de reciclagem, capacitando-os, ainda mais, a essa atuação. É de evidenciar-se que nos termos do artigo 3º, § 4º ficam conciliadores e mediadores sujeitos à aplicabilidade dos motivos de impedimento e suspeição previstos em lei para os juízes e auxiliares da justiça.

Os conciliadores e mediadores, por expressa previsão do artigo 8º do Provto. N. 953/05, como também as partes e seus advogados ficam submetidos à cláusula de confidencialidade, devendo guardar sigilo de toda informação conhecida em decorrência da atuação na sessão de conciliação, apenas relatando ao juiz da causa a realização ou

não da transação ou acordo, quanto ao objeto da ação, sendo que em caso de acordo, o mesmo, por óbvio, será reduzido a termo, subscrito pelas pessoas presentes à sessão.

Há entendimento pacífico do Tribunal de Ética e Disciplina – OAB/SP que afirma a possibilidade de o advogado conciliador nos juizados especiais advogar, salvo nos casos e às partes em que tenha atuado ou mesmo assessorado, nos termos da ementa Proc. E – 3.153/2005, vm, em 19/05/2005, do parecer e ementa do Rel. Dr. Luiz Francisco Torquato Avólio – Rev. Dr. Guilherme Florindo Figueiredo – Pres. Dr. João Teixeira Grande, com os precedentes Procs. N. E – 2.381/01, E – 1.696/98, 2.172/00 e 2.967/04.

O que resultará no compromisso expresso do advogado conciliador ou mediador de não atuar, como patrono, às partes ou no processo que tenha conhecido em razão de sua atuação no setor de conciliação.

Do conciliador, advogado, espera-se que expresse seu compromisso de imparcialidade, neutralidade e isenção, independência, competência e diligência e acima de tudo o compromisso de confidencialidade, a garantir e preservar o sigilo das informações e do quanto conhecido e tratado na sessão de conciliação ou mediação.

Deve estar o conciliador, advogado, ciente e comprometido do impedimento de atuar ou envolver-se com as partes e questões conhecidas em decorrência de sua atuação no setor. Da mesma forma, o seu dever de revelar antes do início da sessão de conciliação ou mediação as hipóteses de impedimento e suspeição, como previstas em lei processual relativamente aos juízes e auxiliares da justiça, afastando-se dessa atuação. E, ainda,

revelar interesse que possa afetar sua imparcialidade e neutralidade ou isenção, para que as partes possam avaliar e decidir sobre sua atuação.

Por fim, não poderá o conciliador – advogado aceitar nomeação como “ad hoc” no período em que encontrar-se no setor de conciliação, em razão de sua função e como elemento de seu quadro. Preservando, em tudo, sua reputação da suspeita de captação de clientela.

Institucionalmente, a Advocacia poderá pugnar:

1. Por espaço destinado e próprio no prédio do Fórum para o funcionamento do setor de conciliação e mediação, unificando, por consequência o seu quadro de conciliadores capacitados, o que significa que não haverá conciliador vinculado diretamente e exclusivamente à determinada Vara, possibilitando, então o rodízio na atuação do quadro e o desejável distanciamento em relação ao cartório da Vara, evitando-se a escolha de processos e casos para atuação, no sentido de propiciar, no seu exercício, ao conciliador a necessária imparcialidade e neutralidade;
2. Pela atuação institucional conjunta, na regulamentação da conciliação e mediação paraprocessual, observando-se sempre o direito da parte de ver-se acompanhada de advogado.

Por fim, pertinente reproduzir manifestação da Profa. Ada Pellegrini Grivnover, na oportunidade em que, como relatora de parecer sobre o anteprojeto de 1.988, que versava sobre arbitragem e da previsão de que a escolha do árbitro se fizesse sempre e

necessariamente dentre bacharéis em direito, perante o Conselho Federal da OAB, no seguinte sentido: “A defesa da classe não pode nem deve significar um corporativismo cego...” (parecer 8.8.88 Proc. N. 3.352/88 – Conselho Federal da OAB, pleno, aprovado em 16/08/88).

CONCLUSÃO

A pesquisa pretendida e empreendida neste trabalho buscou explorar e refletir sobre a idéia de um sistema de solução de conflitos composto não exclusivamente por mecanismos judiciais, mas um modelo que integra diversos meios, a ser construído segundo parâmetros democráticos, de acessibilidade afirmativa, de adequação e de eficiência. Procurou enfrentar a tendência de mudança de paradigma de mecanismos adversariais a não adversariais de resolução de conflitos.

Essa tendência afirma que o direito, o jurídico e o judicial passam por momento de transformações diversas, com influências do desenvolvimento econômico e do mercado, da complexidade social da atualidade, que resultam em demandas por acesso à justiça, que concretizem direitos e realizem a expectativa de eficiência e de adequação das resoluções. Caminha essa transformação, ao mesmo tempo, com tendências de soluções informalizadas e não exclusivamente jurídicas.

O trabalho apresentou panorama em o que o direito chama a si a responsabilidade e atribuição de oferecer e estabelecer mecanismos de solução adjudicada de conflitos, com o intuito notório e reconhecido de que a eliminação de situações e interações humanas conflitivas é a opção adequada e eleita ao atendimento da expectativa de harmonia do convívio social. Ao lado dessa afirmação, reconhecendo que há a possibilidade de implantação de um sistema de múltiplas portas que permitam acesso à justiça, buscou demonstrar que mecanismos autocompositivos e não exclusivamente jurídicos podem oferecer adequada solução a conflitos interpessoais.

Estabelece o direito mecanismos e tecnologia de oferta de relevância a determinados aspectos e facetas da relação conflituosa, na crença de que sua superação restabeleça o convívio harmônico dentre seus indivíduos. Com isso, institucionaliza e elege a norma jurídica como critérios de decisão e julgamento, necessários a pôr termo ao conflito, o que significa afirmar a tecnologia decisória do direito para não generalização do conflito. Sua solução e o acatamento voluntário de suas decisões já não correspondem às suas preocupações diretas.

O mecanismo exclusivamente jurídico de solução de conflitos, que destina a um terceiro a atribuição de deliberação e às partes a atribuição de aprendizagem da expectativa de comportamento institucionalizado, repercute e influencia a atuação dos indivíduos envolvidos no processo decisório desse terceiro que decide, posto que buscam, sob o mito da justiça, alcançar a decisão que lhe seja exclusivamente favorável, estabelecendo, irremediavelmente, um *jogo de ganha-perde*, expressam as partes envolvidas condutas competitivas e adversariais.

Abarca o sistema adversarial de solução de conflitos, expresso principalmente pelo mecanismo judicial, exclusivamente o aspecto institucionalizado, a partir da previsão normativa da expectativa de conduta, subtraindo da apreciação e compreensão da situação conflituosa aspectos diversos, dimensões não manifestas e interesses que estruturam a expressão do conflito.

A tecnologia de resolução de conflitos construída pelo direito, diante das transformações e complexidades vivenciadas pela sociedade, mostra um desajustamento

entre o que se procura, o que se demanda e a oferta do sistema judicial, responsável, então, pela ineficiência, não adequação da solução encontrada, morosidade e quebra do grau de acatamento voluntário e legitimidade das decisões proferidas.

A percepção de possibilidade de construção de mecanismos que afirmem novo paradigma, que estimulem a autonomia das partes, a adequação das soluções ao contexto próprio dos envolvidos e que possam oferecer a alternativa de pacificação nutre o desenvolvimento da formatação e estruturação de estratégias não exclusivamente jurídicas de solução de conflitos, que agreguem habilidades e instrumental de disciplinas diversas no intuito de abordagem mais ampla, na medida da pertinência, de aspectos formadores e estruturantes do conflito vivenciado na relação interpessoal.

O estímulo ao exercício da autonomia e da assunção de riscos, distribuída entre as partes envolvidas, ressalta a comunicação, o diálogo e exercício de escuta ativa, eficaz e abrangente como ferramentas determinantes na consecução das finalidades de compreensão dos conflitos levando-se em conta suas diversas facetas, implicações, interesses, construídos por meio de relato pessoal da experiência vivenciada e de sua conseqüente escuta.

O conflito ganha assim manejo além do quanto institucionalizado pela norma e do quanto resumido à sua dimensão litigiosa para inserir-se na realidade e contexto vividos pelas partes envolvidas, no intuito de superação de visão que afirma a necessária eliminação do conflito em direção à uma perspectiva que o vê como inerente à

existência e oportunidade de aprendizagem e exercício de autonomia e outriedade, estabelecendo-se um jogo de *ganha-ganha*, de benefício mútuo.

Mecanismos, não judiciais, como a mediação e a conciliação expressam um processo possível de regulação de conflitos, em que nova forma de coordenação da relação entre as partes envolvidas é anunciada, destacando-lhes o protagonismo, pois permitem sejam abertos os canais de comunicação e de diálogo, destacando-se o relato e narrativa pessoal que constrói a realidade e contexto, onde o conflito encontra concreção.

Estes mecanismos, ou estratégias, visam contribuir para a realização da aprendizagem de autonomia e outriedade, ao mesmo tempo, que apesar de não estarem necessariamente inseridas na estrutura estatal de oferta de solução de controvérsias, permite o acesso à justiça, compreendido pela valorização das estratégias autocompositivas e de apreciação adequada da natureza conflituosa da experiência vivenciada, a isso se acrescente a verificação da legitimidade da entidade e estratégia utilizada para a resolução correspondente.

Consideram-se como critério para verificação do acesso à justiça, as dimensões da legitimidade e adequabilidade da estratégia, reconhecidas pelas partes envolvidas para a resolução do conflito e defesa de seus direitos.

Experiências que estimulem o uso de mecanismos e estratégias autocompositivas têm sido levadas a efeito pelo Poder Judiciário, exemplo disso é a implantação de setores de conciliação e mediação, em 1º e 2º grau de jurisdição.

A advocacia, em razão do desenvolvimento de estratégias não judiciais autocompositivas e interdisciplinares de solução de conflitos, buscará a adequação de sua atividade profissional, que agregue habilidades e instrumentos não contenciosos e adversariais para a superação do litígio, dentre eles ferramentas de negociação, visão ampliada e adequada do conflito e da experiência vivenciada pela parte envolvida, que considerem não apenas o manifesto, mas que compreenda e leve em conta na medida de pertinência, aspectos não manifestos, não verbais expressos pelas partes, lendo-os a partir do contexto em que se realiza a situação conflituosa.

O advogado desenvolverá papel fundamental no ambiente não adversarial, ao agregar habilidades de compreensão do conflito, além dos aspectos normatizados e institucionalizados, sua atuação poderá apresentar-se por meio da orientação ao seu constituinte ou assumindo a função de terceiro, mediador / conciliador.

O trabalho procurou apresentar questões deontológicas decorrentes dessa modalidade de atuação da advocacia, seja em estratégias autocompositivas ou o advogado mediador / conciliador, na estrutura oferecida pelo Poder Judiciário ou no espaço privado, para preservação da integridade do instituto.

Neste sentido, não apenas na atuação individual mas a repercussão institucional que transformações de paradigma de sistemas de solução de conflitos trazem ao perfil da profissão.

Bibliografia

ABBAGNANO, Nicola – Dicionário de Filosofia – tradução coordenada e ver por Alfredo Bosi, com a colaboração de Maurice Cunio...et al. 2. ed. Mestre Jou, 1.982

CANDEAS, ANA PAULA LUCENA SILVA – Valores e os Judiciários – os valores recomendados pelo Banco Mundial aos judiciários nacionais - *in* Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros – ano 7 n. 13 – 1. semestre 2004.

FARIA, José Eduardo. O sistema brasileiro de Justiça: experiência recente e futuros desafios. **Estud. av.** , São Paulo, v. 18, n. 51, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010340142004000200006&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 17 Nov 2007.

FERRAZ Júnior, Tércio Sampaio – A ciência do Direito – 2. ed. São Paulo : Atlas, 1.980

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio – Direito, Retórica e comunicação – subsídios para uma pragmática do discurso jurídico – 2ª Ed. São Paulo – Saraiva, 1997.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio – Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação – 2. ed. São Paulo – Atlas, 1.994

FISCHER, Roger – Como chegar ao sim: negociação de acordos sem concessões – Roger Fischer, William Ury & Bruce Patton; tradução Vera Ribeiro & Ana Luiza Borges – 2ª Edição revisada e ampliada – Imago Editora, Rio de Janeiro, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini, Kazuo Watanabe, Caetano Lagrasta Neto – Mediação e gerenciamento do processo : resolução na prestação jurisdicional : guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação – Editora Atlas, São Paulo, 2007.

GRUSPUN, HAIM – Mediação familiar – o mediador e a separação de casais com filhos – São Paulo, LTr, 2000

INGOUILLE, FRANCISCO – Relaciones creativas – 1. ed. 2. reimp – Buenos Aires : Gran Aldeã Editores – GAE, 2006

Instituto de Pesquisa Econômica Avançada – IPEA – Texto para discussão n. 963, coordenação Armando Castelar Pinheiro, Rio de Janeiro, Julho de 2.003. acesso www.ipea.org.br/pub/td/2003/td_0963.pdf, em 06 de julho de 2.008.

MALHADAS JUNIOR, Marcos Julio Oliveira – Psicologia na mediação : inovando a gestão de conflitos interpessoais e organizacionais / Fiorelli, Malhadas & Moraes. – Ltr São Paulo 2004.

MASCARO, ALYSSON LEANDRO – Crítica da Legalidade e do Direito Brasileiro – São Paulo – Quartier Latin, 2003

PUGLIESI, Marcio – Por uma teoria do direito, aspectos micro-sistêmicos, RCS Editora, São Paulo, 2005.

REDORTA, Josep – Como analizar los conflictos – La tipologia de conflictos como herramienta de mediacion – 1ª Ed. – Buenos Aires – Paidós, 2004.

SANTOS, Boaventua de Sousa; MARQUES, Maria Manuel L.; PEDROSO, João; FERREIRA, Pedro L. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas.* Porto, Afrontamento, 1996

SILVA, Alessandra Gomes do Nascimento – Técnicas de negociação para advogados – 2ª ed. São Paulo, Saraiva 2003.

SUARES, Marines – Mediacion, conduccion de disputas, comunicacion Y técnicas – 1ª ed. 4ª reimp – Buenos Aires, Paidós, 2004.

WARAT, Luis Alberto – O direito e sua linguagem – 2ª Versão – com a colaboração de Leonel Severo Rocha – Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1995.

– O ofício do mediador – Editora Habitus, Florianópolis, 2001.

WATANABE, Kazuo Cultura da sentença e cultura da pacificação – texto publicado nos Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover, Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes (organizadores), São Paulo, DPJ Editores, p. 684/690

WATZLAWICK, Paul – Pragmática da comunicação humana – um estudo de padrões, patologias e paradoxos da interação – tradução de Álvaro Cabral – São Paulo, Editora Cultrix, 1993.