

## ***A prática da Mediação em contexto Judiciário: Busca de Meios Adequados de Resolução de Disputas.***

### **Introdução: a adequação dos meios**

A Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, ao acrescentar o inciso LXXVIII<sup>1</sup> à Declaração de Direitos, estabelece como garantia fundamental o direito à razoável duração do processo, trazendo o princípio da eficiência como um dos norteadores da atividade judicial.

Em nosso País temos aceitavelmente bem resolvido o problema do acesso à Justiça, quer seja através de uma Defensoria Pública estruturada na maioria dos Estados, quer seja através da disciplina legislativa das ações coletivas, com uma rede ampla de legitimados, quer seja, ainda, por meio do Sistema dos Juizados Especiais, capilarizado nas diversas unidades da Federação.

Assim, o foco de preocupação atual deve se dirigir à saída do aparelho Judiciário, não só sob o ângulo da duração do processo, mas também sob o ângulo da utilidade do produto fornecido pela atividade judiciária.

Dentro do conceito de “razoável duração do processo” e de acesso aos “meios que garantam a celeridade de sua tramitação” resta presente a noção de que não só está garantido o acesso ao socorro judicial, mas ao socorro judicial em tempo oportuno à natureza do conflito e com o uso do meio mais adequado às suas características intrínsecas.

A garantia trazida pela Emenda 45 não se limita à questão da eficiência. Vai além e exige eficácia da resposta fornecida pelo Estado Juiz<sup>2</sup>.

Em seu discurso de posse na Presidência do STF<sup>3</sup>, o Ministro César Peluso ressaltou a "crescente perda de credibilidade" da Justiça brasileira

---

<sup>1</sup> LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

<sup>2</sup> Eficiência e eficácia dentro dos conceitos de Peter Drucker - eficiência consiste em fazer certas coisas; eficácia, em fazer as coisas certas

<sup>3</sup> Folha on line, 23/04/2010, disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u725280.shtml>

em razão da lentidão, que, segundo suas palavras "decorre de falta de uma política pública menos ortodoxa em relação ao tratamento dos conflitos".

A oposição tradicional entre meios judiciais de composição de litígios e meios alternativos não se mostra mais satisfatória. A própria noção de alternatividade gera a presunção de que um meio exclui o outro, ao passo que longe de serem excludentes eles são complementares.

Essa oposição tradicional pensa a composição dos litígios sob o ponto de vista de seu administrador, do prestador do serviço de composição e não sob o enfoque do usuário do sistema. Busca soluções para o problema judiciário a partir das necessidades do sistema, não dos seus usuários.

Isso gera o desconforto de se pensar o meio alternativo como uma solução para o problema judiciário, quer como um escape para o número excessivo de demandas em cotejo com a capacidade de gerí-las eficazmente, quer como meio de atendimento de demandas de uma população excluída do sistema "principal", relegando aos meios autocompositivos o papel de arremedo de justiça.

Propõe-se então um enfoque com base na adequação do instrumento de resposta ao conflito, centrado no interesse do usuário do sistema e não no interesse da administração. Uma forma de solução não é melhor ou pior do que a outra intrinsecamente. Ela será melhor ou pior de acordo com as peculiaridades do conflito e sua forma de administração.

Não se pode repelir uma demanda com o argumento de que seria pequena ou inexpressiva para ocupar a máquina estatal heterocompositiva, destinada aos grandes litígios. Pode haver pequenas demandas que exijam a intervenção estatal heterocompositiva de força. Por outro lado, o direito de acesso à Justiça é direito fundamental do homem e o valor econômico ou humano em jogo não pode ser fator determinante para a escolha da resposta do Estado-Juiz.

Na Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)<sup>4</sup>, esta idéia já se acha presente, desde a sua ementa, que “*dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário*”. Como se vê a política regulamentada é de tratamento adequado, não alternativo, das demandas<sup>5</sup>.

Assim, também a autocomposição é método tradicional de resolução judicial de conflitos, coexistindo as diversas formas de solução de demandas como formas judiciais, quer outorgada verticalmente pelo estado-juiz (como monopólio) quer estabelecida horizontalmente pelos envolvidos, dentro do espaço judiciário, através de profissionais do diálogo.

Analisando-se a questão sob o enfoque da adequação, quanto aos limites da demanda, na justiça heterocompositiva é forçoso restringir o conceito de lide. A necessidade de estruturação da defesa frente à pretensão manifestada torna necessário que no momento de sua oferta, a querela se cristalize em seus limites objetivos. Não se olvide que em contraposição à garantia fundamental de se pedir a jurisdição está a não menos importante garantia fundamental de ampla defesa (resistência ao pedido). São as duas faces do princípio de acesso à Justiça.

Desta forma, ao disparar sua pretensão deve o requerente manejar todas as armas que possui, uma vez que o princípio de ampla defesa veda a surpresa no processo adversarial<sup>6</sup>. Como consequência lógica de tal princípio tem-se o acirramento de posições, pedidos excessivos, atribuição de culpa, descolamento de reais interesses.

---

<sup>4</sup> Disponível em <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/acesso-a-justica/conciliacao/resolucao-n-125>. Acesso em 11/07/2011

<sup>5</sup> 4ª Consideranda: CONSIDERANDO que, por isso, cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação;

<sup>6</sup> Num processo formal, instaurado sob a garantia do contraditório, o autor deve expor todos os argumentos que sustentam o seu direito na petição inicial, bem como indicar as provas que pretende produzir. Depois de constituída a relação processual não pode, sem a concordância do réu, formular novos pedidos. Da mesma forma, na peça de bloqueio deve o réu rechaçar todas as alegações do autor, e indicar as provas que contraporá. Isso leva a que se formule pedidos além do necessário e se formule resposta acima do razoável, para, no processo dialético, se chegar a uma solução mais satisfatória.

É o conceito legal trazido no CPC no art. 219: “A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa<sup>7</sup>”.

Já na justiça autocompositiva, a fluidez do meio empregado favorece a construção continuada do objeto da disputa, sob o aspecto objetivo e sob o aspecto subjetivo. O foco se faz nos interesses, que podem ser alterados e descobertos pelas partes durante o processo de construção da solução pactuada, sendo de todo pertinente invocar o conceito de conflito positivo de Morton Deutsch.

A noção de conflito é muito mais complexa do que o conceito de lide<sup>8</sup>. O conflito existe onde quer que a idéia de incompatibilidade ocorra, sem a necessidade da oposição de objetivos<sup>9</sup>. Competição ou disputa implica em oposição de meios ou de objetivos. Entre competidores o ganho para um acarreta na perda para o outro. No conflito pode haver identidade de objetivos, sendo prejudicada a percepção desta convergência pela atribuição de significados divergentes às pretensões manifestas das pessoas envolvidas ou pela dissonância com relação aos meios para alcançar esses objetivos.

Por exemplo, na divergência de pais sobre a orientação escolar dos filhos: Há identidade de objetivos – o melhor rendimento escolar, o melhor aproveitamento dos recursos disponíveis para a educação – mas há conflito com relação aos meios utilizados para tal. Se não houver clara percepção dos objetivos convergentes, este conflito poder assumir feição negativa, gerando até mesmo competição quando da negociação das diferenças entre esses pais no que tange aos meios que utilizarão para darem conta do objetivo comum. Esse exemplo nos ajuda a entender a idéia de Morton Deutsch quando afirma que os conflitos não são construtivos ou destrutivos em si, mas que resultados construtivos ou destrutivos advêm dos meios que utilizamos para resolvê-los. Seriam construtivos os meios que permitem a compatibilização de interesses/necessidades/valores, reformulam questões frente a impasses,

---

<sup>7</sup> Brasil, Código de Processo Civil, disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm). Acesso em 11/07/2011. Com a citação o pedido de cristaliza e nem mesmo pode haver desistência dele sem a concordância do réu.

<sup>8</sup> Pretensão resistida

<sup>9</sup> Morton Deutsch. The resolution of conflict - constructive and destructive processes. Yale University, 1973

fortalecem a relação social pré-existente, robustecem o conhecimento mútuo e a empatia, resolvem as questões prospectivamente sem atribuição de culpa. Seriam destrutivas as condutas que enfraquecem ou promovem a ruptura da relação social pré-existente, favorecem a escalada do conflito/discordância, usam a competitividade para gerar soluções e acentuam a animosidade.

Assim que, autores como Josep Retorda consideram problemática a definição de conflito em função de suas diferentes naturezas – poder, valores, identidade, expectativas, interesses, dentre outros norteadores; além das categorizações que mencionam os de naturezas intra-psíquica, interpessoal e inter-grupal.

Transpostas as dificuldades iniciais da formulação de conceitos que generalizam o que pode ser particular, podemos dizer que o conflito se estabelece quando uma diferença de interesses é percebida como inconciliável ou uma crença de que aspirações não podem ser alcançadas simultaneamente é erigida<sup>10</sup>. Essa idéia nos remete a de que o conflito se manifesta, invariavelmente, na interação, na relação social.

Ainda exemplificando, na esfera penal, o crime de ameaça (litígio aparente) ocorrido durante a visita dos filhos do ex-casal, pode traduzir o desacerto (conflito latente) na reorganização da convivência familiar. Esse conflito real ultrapassa os limites objetivos da lide penal (art. 147 do Código Penal – crime de ameaça), e pode até mesmo ultrapassar os limites subjetivos da demanda criminal (quando, por exemplo, a ameaça ocorre entre a mãe dos menores e a atual companheira do pai, que não são, do ponto de vista do direito positivo, partes legítimas para figurarem em um processo tradicional sobre visitação). Por mais paradoxal que possa parecer, este conflito pode ser positivo, se, uma vez libertado das amarras tradicionais do processo penal, for tratado além de seus limites objetivos e subjetivos.

Essa transformação do conflito penal em conflito positivo não é possível dentro do espaço tradicional da Justiça, que visa tão somente a imposição de pena (se foca na culpa), em retribuição pelo mal praticado.

---

<sup>10</sup>Josep Redorta: : Cómo analizar los conflictos – la tipología de conflictos como herramienta de mediación – Barcelona: Editora Paidós, 2004.

Ela só é possível no espaço privilegiado do Juizado Especial, dentro da visão de justiça restaurativa<sup>11</sup>.

A adequação da resposta penal negociada é evidente.

Sob outros aspectos, ainda, cabe o exame da adequação.

Como a demanda no processo adversarial se prende no tempo a um pedido formulado no passado e uma resistência oposta também no pretérito, na medida em que a relação interpessoal evoluir (positiva ou negativamente) a solução a ser apresentada também se distanciará da real necessidade das partes e refletirá situação passada.

O princípio da incerteza de Heisenberg poderia assim ser aplicado à justiça heterocompositiva: Segundo o princípio da incerteza, não se pode conhecer com precisão absoluta a posição ou o momento (e, portanto, a velocidade) de uma partícula. Isto acontece porque para medir qualquer um desses valores acabamos os alterando, e isto não é uma questão de medição, mas sim de física quântica e da natureza das partículas<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> Renato Sócrates Gomes Pinto, no artigo “Justiça Restaurativa – é possível no Brasil?”, enfrenta o tema nos seguintes termos: “A Justiça Restaurativa baseia-se num procedimento de consenso, em que a vítima e o infrator, e, quando apropriado, outras pessoas ou membros da comunidade afetados pelo crime, como sujeitos centrais, participam coletiva e ativamente na construção de soluções para a cura das feridas, dos traumas e perdas causados pelo crime. Trata-se de um processo estritamente voluntário, relativamente informal, a ter lugar preferencialmente em espaços comunitários, sem o peso e o ritual solene da arquitetura do cenário judiciário, intervindo um ou mais mediadores ou facilitadores e podendo ser utilizadas técnicas de mediação, conciliação e transação para se alcançar o resultado restaurativo, ou seja, um acordo objetivando suprir as necessidades individuais e coletivas das partes e se lograr a reintegração social da vítima e do infrator” (SÓCRATES GOMES PINTO, Renato (2005). Justiça Restaurativa é Possível no Brasil? IN, Slakmon, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto, org., 2005. Justiça Restaurativa (Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD). 19-39., disponível em <http://www.mj.gov.br/reforma/pdf/publicacoes/Livro%20Justi%20E7a%20restaurativa.pdf>. Acesso em 07.02.08).

<sup>12</sup> A visualização de um elétron se dá quando um fóton emitido por este elétron é detectado (digamos, pela retina do observador). Lance-se, por exemplo, um feixe de fótons de comprimento de onda L em direção à região onde se encontra o elétron. O fóton que com ele colidir será refletido (absorvido e reemitido) e sua detecção nos informará sobre a posição do elétron. Naturalmente, um fóton de comprimento de onda L não pode determinar a posição do elétron com precisão maior do que L. Seria de se pensar, portanto, que a utilização de um fóton de comprimento de onda menor fornecesse informações mais completas. Sabe-se, porém, que a quantidade de movimento de um fóton é inversamente proporcional ao seu comprimento de onda. Logo, ao usarmos fótons de menor comprimento de onda para aprimorarmos a medida da posição do elétron, estaremos automaticamente usando fótons de maior quantidade de movimento que, ao serem refletidos pelo elétron, transferirão a ele uma quantidade de movimento tanto maior quanto menor for o comprimento de onda. Assim, ao aprimorarmos a determinação da posição do elétron, estaremos alterando o valor de sua quantidade de movimento por um valor que é tanto maior quanto mais precisa for a determinação da posição. Uma análise mais detalhada mostra que o valor desta transferência de momento é incontrolável. Ora, a

O direito é tradicionalmente encarado como uma ciência da estática, da estabilização das relações humanas. Julga, quando utiliza de padrões tradicionais, uma situação passada, congelada em um momento histórico e criptografada em uma peça chamada de petição inicial, que coloca limites ao conflito humano, objetivos (tempo e extensão) e subjetivos (tradução do conflito através de um terceiro).

Todavia o conflito não é estático. Tão logo ele é reduzido a termo e a resposta (resistência) é posta no processo judicial, cristalizando os limites da lide processual, ele se torna parte do passado, e dificilmente a resposta judicial outorgada poderá restabelecer o real interesse em jogo.

Como a resposta judicial heterocompositiva não poderá se afastar dos limites estabelecidos pelo binômio querela+resistência, esta será desfocada da realidade existente no momento histórico de sua prolação e mais ainda de sua materialização através da execução.

Ao reverso, na resposta judicial autocompositiva como os pedidos podem ser formulados no curso da busca da solução, o limitador temporal pode ser descartado quando da solução construída pelas partes.

Observada tal diferença, ainda sob o ângulo da adequação, pode se estabelecer como primeira conclusão a pertinência da autocomposição para conflitos que envolvam relações continuadas, onde a própria dinâmica da relação tornaria obsoleta a decisão ditada por terceiro no momento de sua prolação, porque descolada da realidade atual das partes.

Neste tipo de relações a situação de fato que embasou o conflito forçosamente é diferente no momento da decisão adjudicada, por mais célere que ela seja. Para esses casos, muito embora o processo judicial célere possa ser eficiente, raramente será eficaz, já que a jurisdição terá que ser prestada com olhos para o passado.

A própria forma de prestação entregue tradicionalmente pelo juiz gera o imobilismo. A ordem emanada de um terceiro pode estabilizar

---

trajetória de uma partícula é determinada pelo conhecimento, em um dado instante, da posição e da velocidade da partícula. A impossibilidade desse duplo conhecimento acarreta automaticamente a impossibilidade de determinação da trajetória. Não há trajetórias na mecânica Quântica !

relações, mas criará a dependência de outras ordens a intervir nesta relação<sup>13</sup>.

Na terceirização da decisão cria-se um círculo vicioso de dependência, que estimula a dependência cada vez maior da intervenção de terceiros na resolução dos litígios do dia a dia.

Também sob o ângulo dos participantes do conflito é necessário o exame da adequação. A questão aqui não se prende à mero exame de capacidade civil. Vai além, envolvendo capacidade cognitiva, capacidade emocional, capacidade volitiva.

A justiça negocial depende de paridade de armas. Onde houver relação de sujeição torna-se necessária a medida de força para reequilibrar a relação, antes de possibilitar até mesmo a abertura de espaço para retomar o pleno exercício da manifestação da vontade.

Bem por isso devem ser cuidadosamente pensadas as intervenções legislativas que cassam de maneira absoluta o espaço de autocomposição, como por exemplo, a Lei Maria da Penha. Diante de legislação de exceção deve haver interpretação conforme a constituição possibilitando entender a violência doméstica como um conceito sociológico e não jurídico, permitindo que na relação doméstica e familiar onde não exista sujeição da mulher pelo homem tenha vez a justiça negocial.

A adequação também pode ter limites em regras legais. Dentro de seu poder discricionário o legislador pode estabelecer situações ou grupos sociais que, pelos valores jurídicos ou sociais envolvidos ou por sua vulnerabilidade estejam excluídos da possibilidade de autocomposição, mesmo que por todos os outros critérios seja este o instrumento adequado.

Em termos penais, por exemplo, o limitador estabelecido pelo legislador é o da quantidade de pena, independentemente da gravidade ou ofensividade social do ilícito:

A questão pode ser representada graficamente:

---

<sup>13</sup> Dificilmente um processo com solução heterocompositiva tem sua decisão final cumprida voluntariamente. Ela demandará um processo de execução, e novas ações para adequar a decisão às mudanças fáticas trazidas pelo tempo.



No campo civil, alguns direitos são considerados indisponíveis, e por isso excluídos da autocomposição.

Assim, em apertada síntese poderia se visualizar o seguinte quadro de diferenças:

<b>JUSTIÇA HETEROCOMPOSITIVA</b>	<b>JUSTIÇA AUTOCOMPOSITIVA</b>
Conceitos restritivo de lide: conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida (Carnelutti). Garantias constitucionais de contraditório e ampla defesa	Conceito amplo de conflito: “é o elemento motor da dinâmica social” (Marx) a serviço da melhora da posição social no jogo das contradições socioeconômicas, culturais e simbólicas <sup>14</sup> . Conflito positivo e produtivo, ou negativo e destrutivo (Morton Deutsch)
Princípio da eventualidade (preclusão) – pedidos excessivos <sup>15</sup>	Pedido refletindo real interesse das partes
Foco no pedido	Foco nos interesses e sentimentos
Prevalência do interesse público	Prevalência do interesse privado
Visão retrospectiva	Visão prospectiva
Estabilização	Movimento
Estabelecimento de culpa	Estabelecimento de responsabilidade
Resultado: composição da lide nos limites propostos	Resultados: justiça negociada, de consenso ou reparadora
Indiferença do Estado quanto às necessidades da comunidade afetadas	Inclusão da comunidade afetada
Indiferença do Estado quanto à mudança de cultura	Compromisso com a mudança cultural
Dissuasão	Persuasão
Ausência de autonomia	Autonomia da vontade
Linguagem hermética ritualística	Linguagem acessível
Publicidade	Confidencialidade

<sup>14</sup> MICHIT, Robert e COMON, Thierry, Conflit – **Comprendre et Pouvoir Agir**. Chronique Sociale: Lyon, 2005, p. 24.

<sup>15</sup> O pedido que não constar da petição inicial não poderá ser tratado no processo.

Diante da complexidade do relacionamento humano, cada vez mais complexos serão os conflitos. A necessidade de resposta rápida e eficaz determinará um estoque maior de instrumentos, que deverão ser manejados, e por vezes combinados, para alcançar a pacificação social.

Na medida em que o Judiciário se organiza para entender e manejar métodos autocompositivos eles são apropriados como instrumentos judiciais de composição de conflitos, e por isso deixam de ser alternativas à atuação judicial para constituir novas formas de atuação judicial, cabendo ao estado-Juiz o papel de fiador dessas práticas, zelando pela sua correta aplicação (capacidade técnica) e pureza ética.

### **A mediação judiciária**

O CNJ, Conselho Nacional de Justiça, Incluído na Magna Carta como órgão de cúpula do Judiciário pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, promulgou a Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010<sup>16</sup>, institucionalizando a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário.

Em suas *consideranda*, a Resolução, após deixar claro que conciliação e mediação são instrumentos diversos, os reconhece como métodos judiciais que garantem eficiência operacional e acesso ao sistema de Justiça. Abandona o Judiciário a desgastada imagem de alternatividade à Justiça, nomeando a autocomposição realizada dentro do aparelho judiciário de política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, atribuindo à conciliação e à mediação o status de instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios.

Para o CNJ os serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos são “verdadeiros órgãos judiciais especializados na matéria”.

---

<sup>16</sup> Publicada no DJ-e nº 219/2010, em 01/12/2010, pág. 2-14 e republicada no DJ-e nº 39/2011, em 01/03/2011, pág. 2-15, disponível em <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/acesso-a-justica/conciliacao/resolucao-n-125>. Acesso em 11/07/2011

A Política Pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses é instituída para “assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade” (art. 1º), enumerando os produtos fornecidos pelo serviço judiciário, diretamente ou através de parceria (art. 3º e 5º): solução adjudicada mediante sentença; mediação; conciliação, atendimento e orientação ao cidadão, todos em igual patamar de importância, como se verá a seguir.

Assim, a conciliação e a mediação são reconhecidas como atividades jurisdicionais, e para garantir a mudança cultural estabelece o CNJ ser necessário que (art. 6º, III) “as atividades relacionadas à conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos sejam consideradas nas promoções e remoções de magistrados pelo critério do merecimento” bem como (V) buscar a cooperação dos órgãos públicos competentes e das instituições públicas e privadas da área de ensino, para a criação de disciplinas que propiciem o surgimento da cultura da solução pacífica dos conflitos, de modo a assegurar que, nas Escolas da Magistratura, haja módulo voltado aos métodos consensuais de solução de conflitos, no curso de iniciação funcional e no curso de aperfeiçoamento.

A mudança cultural segue determinando o Conselho como tarefas:

*VI – estabelecer interlocução com a Ordem dos Advogados do Brasil, Defensorias Públicas, Procuradorias e Ministério Público, estimulando sua participação nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania e valorizando a atuação na prevenção dos litígios;*

*VII – realizar gestão junto às empresas e às agências reguladoras de serviços públicos, a fim de implementar práticas autocompositivas e desenvolver acompanhamento estatístico, com a instituição de banco de dados para visualização de resultados, conferindo selo de qualidade;*

*VIII – atuar junto aos entes públicos de modo a estimular a conciliação nas demandas que envolvam matérias sedimentadas pela jurisprudência.*

Há necessidade de (art. 2º) boa qualidade dos serviços e de disseminação da cultura de pacificação social, através de centralização das estruturas judiciárias, adequada formação e treinamento de servidores, conciliadores e mediadores, bem como acompanhamento estatístico específico.

Tais exigências decorrem das regras de eficiência e eficácia trazidas pela Emenda Constitucional 45.

Como órgão de cúpula desta política, o CNJ estabelece (art. 6º, IV) a necessidade de regulamentar, em código de ética, a atuação dos conciliadores, mediadores e demais facilitadores da solução consensual de controvérsias.

Aos Tribunais caberá (art. 7º) a criação, no prazo de 30 dias, Núcleos e Centros Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, compostos por magistrados da ativa ou aposentados e servidores, preferencialmente atuantes na área para tratamento adequado dos conflitos de interesses.

A Política Pública de Tratamento Adequado de Conflitos, tem como um dos seus principais princípios informadores a qualidade dos serviços como garantia de acesso a uma ordem jurídica justa, através da capacitação de seus operadores. Assim, a prestação jurisdicional consensual depende de prévio treinamento e atualização permanente de magistrados, servidores, conciliadores e mediadores nos métodos consensuais de solução de conflitos, e deverá ser exercida em Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania *“que concentrarão a realização das sessões de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, dos órgãos por eles abrangidos”*. Assim, não pode o magistrado exercitar diretamente a mediação, cabendo-lhe a supervisão (art. 9º).

A competência<sup>17</sup> dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania é ampla, abrangendo (art. 8º) Juízos, Juizados ou Varas com competência nas áreas cível, fazendária, previdenciária, de família ou dos Juizados Especiais Cíveis e Fazendários, responsáveis pela realização das

---

<sup>17</sup> Em sentido próprio, já que se trata de exercício adequado da jurisdição e constituem unidades do Poder Judiciário

sessões de mediação e audiências de conciliação, processual e pré-processual, que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão. Tal enumeração de competência não exclui a possibilidade de outras, como a criminal, por ato dos Tribunais locais, como já fez o Rio de Janeiro, como também por iniciativa das unidades judiciárias.

Como órgãos jurisdicionais, (art. 11) os Centros deverão contar com membros do Ministério Público, defensores públicos, procuradores e/ou advogados, aplicando-se aos mediadores e conciliadores as mesmas regras de impedimento e suspeição dos magistrados<sup>18</sup>.

Os Centros contarão com um juiz coordenador e, se necessário, com um adjunto, aos quais caberá a sua administração, bem como a supervisão do serviço de conciliadores e mediadores, e devem ser dotados de servidores com dedicação exclusiva, todos capacitados em métodos consensuais de solução de conflitos e, pelo menos, um deles capacitado também para a triagem e encaminhamento adequado de casos (art. 9º).

A supervisão e orientações do juiz coordenador da unidade a que esteja vinculado o conciliador ou mediador encontra limite nos princípios da mediação enunciados no Código de Ética.

A atuação em métodos consensuais de solução de conflitos dependem de treinamento e reciclagem permanente, bem como de avaliação do usuário (Anexo IV), sendo o conteúdo programático e carga horária mínimos estabelecidos pelo CNJ (Anexo 1) e deverão ser seguidos necessariamente de estágio supervisionado.

Da mesma forma o CNJ estabelece código de ética (Anexo III), de caráter vinculante.

O Código de Ética estabelece (art. 1º) como princípios fundamentais a confidencialidade, competência, imparcialidade, neutralidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes, definindo-os a seguir:

---

<sup>18</sup> Código de ética: Art. 5º. Aplicam-se aos conciliadores/mediadores os mesmos motivos de impedimento e suspeição dos juízes, devendo, quando constatados, serem informados aos envolvidos, com a interrupção da sessão e sua substituição.

*§1º. Confidencialidade – Dever de manter sigilo sobre todas as informações obtidas na sessão, salvo autorização expressa das partes, violação à ordem pública ou às leis vigentes, não podendo ser testemunha do caso, nem atuar como advogado dos envolvidos, em qualquer hipótese;*

*§2º. Competência – Dever de possuir qualificação que o habilite à atuação judicial, com capacitação na forma desta Resolução, observada a reciclagem periódica obrigatória para formação continuada;*

*§3º. Imparcialidade – Dever de agir com ausência de favoritismo, preferência ou preconceito, assegurando que valores e conceitos pessoais não interfiram no resultado do trabalho, compreendendo a realidade dos envolvidos no conflito e jamais aceitando qualquer espécie de favor ou presente;*

*§4º. Neutralidade – Dever de manter equidistância das partes, respeitando seus pontos de vista, com atribuição de igual valor a cada um deles;*

*§5º. Independência e autonomia - Dever de atuar com liberdade, sem sofrer qualquer pressão interna ou externa, sendo permitido recusar, suspender ou interromper a sessão se ausentes as condições necessárias para seu bom desenvolvimento, tampouco havendo obrigação de redigir acordo ilegal ou inexecutável;*

*§6º. Respeito à ordem pública e às leis vigentes – Dever de velar para que eventual acordo entre os envolvidos não viole a ordem pública, nem contrarie as leis vigentes.*

*(Art. 7º) impedimento de prestar serviços profissionais, de qualquer natureza, pelo prazo de dois anos, aos envolvidos em processo de conciliação/mediação sob sua condução.*

Em seguida, traça (art. 2º) regras de procedimento da conciliação e da mediação para seu bom desenvolvimento, permitindo que haja o engajamento dos envolvidos, com vistas à sua pacificação e ao comprometimento com eventual acordo obtido, sendo elas:

*§1º. Informação - Dever de esclarecer os envolvidos sobre o método de trabalho a ser empregado, apresentando-o de forma completa, clara e precisa, informando sobre os princípios deontológicos referidos no capítulo I, as regras de conduta e as etapas do processo.*

*§2º. Autonomia da vontade – Dever de respeitar os diferentes pontos de vista dos envolvidos, assegurando-lhes que cheguem a uma decisão voluntária e não coercitiva, com liberdade para tomar as próprias decisões durante ou ao final do processo, podendo inclusive interrompê-lo a qualquer momento.*

*§3º. Ausência de obrigação de resultado – Dever de não forçar um acordo e de não tomar decisões pelos envolvidos, podendo, quando muito, no caso da conciliação, criar opções, que podem ou não ser acolhidas por eles.*

*§4º. Desvinculação da profissão de origem – Dever de esclarecer aos envolvidos que atua desvinculado de sua profissão de origem, informando que, caso seja necessária orientação ou aconselhamento afetos a qualquer área do conhecimento poderá ser convocado para a sessão o profissional respectivo, desde que com o consentimento de todos.*

*§4º. Teste de realidade – Dever de assegurar que os envolvidos, ao chegarem a um acordo, compreendam perfeitamente suas disposições, que devem ser exeqüíveis, gerando o comprometimento com seu cumprimento.*

O Estado do Rio de Janeiro se antecipou ao CNJ estabelecendo os princípios de sua política de tratamento adequado das demandas através da Resolução nº 19/2009<sup>19</sup>, que dispõe sobre a regulamentação da atividade de Mediação no âmbito do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro.

---

<sup>19</sup>Disponível em

<http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw?MGWLPN=DIGITAL1A&PGM=WEBBACLE66&LAB=BIBxWEB&PORTAL=1&AMB=INTER&SUMULAxTJ=&TRIPA=51^2009^19&PAL=&JUR=ESTADUAL&ANOX=&TIPO=51&ATO=19&START=&DGCON=>. Acesso e, 11/07/2011

Destaca-se nesta regulamentação que a mediação tem por escopo a otimização da solução dos conflitos, a prevenção de litígios, a inclusão social pela valorização do ser humano e pelo respeito aos direitos fundamentais.

Ali se conceitua a própria mediação (art. 1º): *“Para fins desta resolução, mediação significa um processo por meio do qual uma terceira pessoa neutra, denominada mediador, atua encorajando ou facilitando a resolução de uma disputa entre duas ou mais pessoas, físicas e/ou jurídicas, de modo informal e não adversarial, com o objetivo de auxiliar as partes disputantes a alcançarem um acordo mutuamente aceitável e voluntário. Em mediação, a autoridade decisória é das próprias partes e a tarefa do mediador inclui, mas não se limita a isso, a de ajudar as partes a identificarem questões e interesses subjacentes à lide a serem resolvidos em comum, bem como alternativas de acordos”*.

A mediação pode ser processual ou pré-processual, e não se limita aos processos de natureza civil (inclui expressamente a matéria penal, alargando o espectro de atuação da mediação, o que não é vedado na Resolução do CNJ) aí abrangidas, preferencialmente, as questões referentes a consumo, família, a relações de vizinhança e todas as demais de trato continuado, mas se estende, também, às ações penais privadas; às públicas que versem sobre infrações de menor potencial ofensivo ou não, quando sujeitas a representação; às públicas incondicionadas de infrações de menor potencial ofensivo quando houver vítima direta, sujeita, entretanto, à apreciação do MP e do Juiz a aceitação do acordo como forma de encerramento do processo por falta de justa causa, e bem assim às demais ações penais públicas, como cláusula ou condição de eventual suspensão do cumprimento da pena ou do processo<sup>20</sup>.

A resolução local fala em *“mediação não voluntária”*, cujo procedimento não poderá superar o período de quarenta e cinco dias, prorrogáveis a critério do juiz ou do relator, durante o qual ficará

---

<sup>20</sup> O texto expresso da Lei nº 9.099/95 – Lei dos Juizados Especiais – prevê a possibilidade de acordo civil para crime de ação penal privada e de ação pública condicionada à representação, para os quais o ofendido tem disponibilidade da propositura da ação penal. Pela via interpretativa os Juizados ampliaram a possibilidade de acordo para as ações penais públicas incondicionadas (que em tese seriam indisponíveis) quando houver vítima determinada.

suspensa o respectivo processo, salvo se antes disso o mediador declarar impasse nas tratativas ou a impossibilidade de se chegar a um acordo.

Fica evidente que está preservado o princípio da voluntariedade em permanecer em processo de mediação. Todavia o exercício dessa voluntariedade deve ser informado, cabendo ao juiz decidir sobre a conveniência da derivação do processo judicial da via heterocompositiva para a via autocompositiva.

O Tribunal de Justiça isenta o mediador de responsabilidade civil ou criminal, garantindo a confidencialidade<sup>21</sup>, ampliando o conceito de parte não só para aqueles que participam da mediação diretamente, como também para as pessoas que tenham interesse jurídico na solução da disputa, titulares de direito ou de posições jurídicas que possam ser afetados pela resolução do conflito.

A confidencialidade encontra limites no próprio termo do acordo alcançado durante a mediação, salvo se em contrário dispuserem as partes e nas comunicações a cujo respeito as partes a dispensem. Também escapam à confidencialidade os dados que revelem o planejamento de crime, seu cometimento ou tentativa, ou atividade criminosa em progresso e nas comunicações reveladas com intuito único e exclusivo de provar a má prática de atividade profissional ou de conduta inadequada ou imprópria no decorrer da mediação. Finalmente, não se sujeitam a sigilo as comunicações que em seu decurso revelem abuso ou suspeita de abuso, abandono ou negligência de menor.

---

<sup>21</sup> Art. 4º O mediador estará imune a qualquer tipo de responsabilização, civil ou criminal decorrente do respectivo procedimento, salvo as hipóteses de má-fé, propósito malsão, conduta imprópria ou de desrespeito aos direitos fundamentais, à segurança ou à propriedade das partes ou de terceiros.

## Conclusão

Durante muito tempo a Justiça trabalhou com a falsa noção de monopólio: ao Estado cabe o monopólio da violência legítima para por fim às demandas. Todavia a precariedade desta afirmativa se torna cada vez mais evidente: os grandes contratos trazem em si a previsão de métodos extrajudiciais de resolução de disputas entre os contratantes; os empregadores internacionais estabelecem em contratos de trabalho cláusulas de exclusão da jurisdição; as comunidades carentes mantêm instâncias próprias para suprir a omissão do Estado<sup>22</sup>.

A nova percepção de um Sistema Judiciário que busque solução adequada para os conflitos tanto na heterocomposição como na autocomposição abre a possibilidade de enfrentar essa enorme massa de conflitos não tratada ou “mal tratada” pelo Estado, e de atender aos princípios de eficiência, eficácia e efetividade.

Essa demanda por eficiência e eficácia foi erigida ao status de direito fundamental pela Emenda Constitucional nº 45<sup>23</sup>, determinando ao Judiciário que cuide não mais de apenas garantir acesso à Justiça, mas principalmente garantir que este acesso seja célere e eficaz.

Desta forma não se pode conceber mais qualquer reforma judiciária sem ter em foco a necessidade de propiciar mecanismos para composição adequada dos conflitos, tornando obsoleta a oposição tradicional entre meios autocompositivos e heterocompositivos. Ambos são meios judiciais de composição dos litígios, que serão invocados pelo aparelho judiciários conforme sua pertinência.

O Conselho Nacional de Justiça, com a Resolução nº 125 expressamente se apropria para o Judiciário da autocomposição como meio solução de demandas, abandonando o conceito ultrapassado de que

---

<sup>22</sup> Tribunal do Tráfico – matéria sobre atuação do Pastor Marcos Pereira – em <http://www.youtube.com/watch?v=V-aemqjHCBg&feature=related>, acesso em 10/9/10.

<sup>23</sup> Art. 5º, LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

somente a sentença pode ser encarada como provimento judiciário para restabelecimento da paz social. São produtos fornecidos no processo judiciário: solução adjudicada mediante sentença; mediação; conciliação, atendimento e orientação ao cidadão, todos em igual patamar de importância.

Na Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)<sup>24</sup>, esta idéia já se acha presente, desde a sua ementa, que *“dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário”*. Como se vê a política regulamentada é de tratamento adequado, não sendo a autocomposição alternativa ao sistema judicial, mas uma de suas artes.

Assim, quando estiverem em análise direitos que a lei considera indisponíveis, para os quais o interesse público sobrepuja qualquer interesse privado, ou quando for necessária a estabilização emergencial da situação jurídica, quer em razão da urgência, quer em razão de sua repercussão na vida social, ou ainda quando presente um desbalanceamento de poder, se imporá a adoção do molde de justiça adversarial, cercado de garantias de contraditório e ampla defesa.

Nestes casos, o tratamento do conflito terá de ser formalmente rígido, com limitação objetiva e subjetiva de sua extensão.

Se, ao reverso, estivermos diante de situações em que prevaleça o interesse privado, diante de relações continuadas que demandem a manutenção de algum nível de contato entre as partes em conflito, ou ainda, quando a intervenção adjudicada inicial tiver recomposto o equilíbrio de poder entre as partes, deve o Estado-Juiz abrir todo o leque de opções que o atual estado da arte lhe permite, para oferecer às partes a resposta mais adequada.

No sistema constitucional brasileiro o acesso à jurisdição é direito fundamental. Assim, ao contrário de outros países em que todo o movimento de autocomposição se desenvolve como alternativa ao

---

<sup>24</sup> Disponível em <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/acesso-a-justica/conciliacao/resolucao-n-125>. Acesso em 11/07/2011

judiciário, aqui ele deve ter seu espaço garantido como atividade judicial típica.

O grande desafio que se abre para o Judiciário é o de capitanear a mudança cultural exigida para tornar a autocomposição uma realidade próxima da população, e ao mesmo tempo preservar as características intrínsecas de cada meio de resolução de disputas: apropriar-se de novos instrumentos, sem desnaturá-los.

O próprio conceito de dignidade da pessoa humana leva à necessidade de se repensar a atuação da Justiça impondo-se uma nova missão ao Judiciário do século XXI: entregar o direito pacificado ao homem, e para tanto a sentença por si só não basta mais.

A multiplicidade das questões submetidas à judicialização hoje está a demandar também multiplicidade de portas para entrada e saída da Justiça.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALVA, E. . **Metrópoles (In)Sustentáveis**. Bonsucesso, RJ: Relume-Dumara, 1997.

SCURO, Pedro; SLAKMON, C.; BOTTINI, P. C.; MACHADO. **Justiça restaurativa: desafios políticos e o papel dos juízes**. In: SLAKMON, C.; MACHADO, M.R.; BOTTINI, P.C.. (Org.). *Novas Direções na Governança da Justiça e da Segurança*. 1 ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2006, v. 1, p. 543-567.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Juizados Especiais: a nova mediação paraproceassual**. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2003.

BACELLAR, Roberto Portugal; MASSA, Adriana Accioly Gomes. **A Dimensão Sócio-Jurídica e Política da Nova Lei sobre Drogas (Lei 11.343/2006)**. Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal, v. 9, p. 177-195, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade: por uma teoria geral da política**. Trad.

- Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
- FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. 20ª edição. Trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2004.
- MANNOZZI, Grazia. **La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale**. Milão: Giuffrè, 2003.
- MARTINS, Nadia Bevilaqua. **Resolução alternativa de conflitos: complexidade, caos e pedagogia**. Curitiba: Juruá, 2006.
- MASSA, Adriana Accioly Gomes ; BACELLAR, Roberto Portugal . **A Dimensão Sócio-Jurídica e Política da Nova Lei sobre Drogas (Lei 11.343/2006)**. Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal, v. 9, p. 177-195, 2008.
- MASSA, Adriana Accioly Gomes ; BACELLAR, Roberto Portugal . **A interface da prevenção ao uso de drogas e o Poder Judiciário**. CDrom 2º Seminário sobre Sustentabilidade, v. 1, p. 1, 2007.
- MASSA, Adriana Accioly Gomes ; NOVAK, A. S. ; Souza, Raquel Pusch . **Responsabilidade Social: um caminho para sustentabilidade**. CD-Rom 2º Seminário sobre sustentabilidade, v. 1, p. 1, 2007.
- MORIN, Edgar. **Epistemologia da Complexidade**. In: SCHNITMAN, Dora Fried (Org.) Novos paradigmas, cultura e subjetividade. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996.
- NETO, F; FROES, C. **Empreendedorismo social: a transição para a sociedade sustentável**. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2002.
- RAWLS, John. **Um teoria da Justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita Maria R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- SAMANIEGO, José Luis Manzanares. **Mediación, reparación y conciliación en el Derecho Penal**. Granada: Editorial Comares, 2007.
- SANTOS, Boaventura S.. **Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social**. Trad. Mouzar Benedito. São Paulo: Boitempo, 2007.
- \_\_\_\_\_ **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007.
- \_\_\_\_\_ **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.
- SCURO, Pedro; SLAKMON, C. ; BOTTINI, P. C. ; MACHADO . **Justiça restaurativa: desafios políticos e o papel dos juízes**. In: SLAKMON, C.; MACHADO, M.R.; BOTTINI, P.C.. (Org.). Novas Direções na Governança da Justiça e da Segurança. 1 ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2006, v. 1, p. 543-567.
- SEM, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo:

Companhia das Letras, 2000.

SLUZKI, Carlos E.. **A rede social na prática sistêmica: alternativas terapêuticas**. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Casa do Psicólogo, 1997.

SÓCRATES GOMES PINTO, Renato (2005). **Justiça Restaurativa é Possível no Brasil?** IN, Slakmon, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto, org., 2005. Justiça Restaurativa (Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD). 19-39., disponível em <<http://www.mj.gov.br/reforma/pdf/publicacoes/Livro%20Justi%EA%20restaurativa.pdf>>. Acesso em 07.02.08

VOGEL, Richard, D. (2003) – **Capitalismo e encarceramento revisitado**. In [http://resistir.info/mreview/capitalismo\\_encarceramento.html#asterisco](http://resistir.info/mreview/capitalismo_encarceramento.html#asterisco)

ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. **O Estado de Direito: História, Teoria, Crítica**. Martins Fontes, 2007.