XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

EUDES VITOR BEZERRA

MARGARETH ANNE LEISTER

MARIA APARECIDA ALKIMIN

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

F723

Formas consensuais de solução de conflitos [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Eudes Vitor Bezerra; Margareth Anne Leister; Maria Aparecida Alkimin - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-455-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Ciências sociais. 3. Justiça Social.

XXVI EncontroNacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Apresentação

A edição do XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF é motivo de alegria e orgulho, consolidando-se como veículo de divulgação das pesquisasem Direito da comunidade acadêmica.

É, pois, com satisfação que oferecemos ao mundo jurídico o resultado das atividades científicas desenvolvidas nesta edição.

O presente volume se inicia com o artigo intitulado "A (POSSÍVEL) PRÁTICA RESTAURATIVA NOS CRIMES FUNCIONAIS PRATICADOS POR PREFEITOS: OBSTÁCULOS E REFLEXÕES", apresentado por Yago Daltro Ferraro Almeida, mestrando da UFBA, onde aborda a possibilidade de aplicação da Justiça Restaurativa em crimes funcionais praticados por Prefeitos, portanto, crimes de natureza transindividuais, apresentando ponderações acerca da aplicabilidade da Justiça Restaurativa diante da vitimização transindividual e da ausência de disciplina legislativa específica para regulação do instituto.

O artigo "A APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO SOLUÇÃO PACÍFICA DE CONFLITOS PENAIS DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO", de autoria de Juliana Buck Gianini e Vivian Valverde Corominas, da UniSantos, aborda a utilização da Justiça Restaurativa como solução para a crise do atual sistema de gestão da justiça penal, tratando-se de um novo modelo de justiça penal pautado no diálogo e responsabilização, cuja forma de solução de conflito penal é capaz de restaurar o dano e reintegrar o infrator.

Na sequência, o artigo "A DESJUDICIALIZAÇÃO E O PAPEL DAS SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS", de autoria de Cibelle Manfron Batista Rosas e Daniele Michalowski Cosechen, aborda a importância da atuação das serventias extrajudiciais na resolução de questões judiciais sem a presença de conflito de interesses como mecanismo para gerar a desjudicialização de todas as demandas, além de visar a solução célere e eficiente e ao mesmo tempo desafogando o Poder Judiciário.

O artigo "A IMPORTÂNCIA DO ADVOGADO COLABORATIVO NA MEDIAÇÃO JUDICIAL: RELATOS E CONTRIBUIÇÕES DA COMISSÃO ESPECIAL DE MEDIAÇÃO, ARBITRAGEM E PRÁTICAS RESTAURATIVAS DA OAB SUBSEÇÃO

SANTA MARIA-RS", cujas autoras são Taise Rabelo Dutra Trentin e Aline Casagrande, das Faculdade Paulatina de Santa Maria/RS, traz à lume a experiência da Ordem dos Advogados do Brasil da Subseção de Santa Maria-RS que atribui destaque ao papel do advogado diante do Novo Código de Processo Civil no que tange à sua vinculação e atuação junto à Comissão Especial de Mediação, Arbitragem e Práticas Restaurativas proporcionando à clientela uma resolução do conflito de forma célere e eficiente.

O artigo "A PRÁTICA DA MEDIAÇÃO E DA CONCILIAÇÃO NO TRATAMENTO DA CONFLITUALIDADE SOCIAL PELO PODER JUDICIÁRIO: DISCUSSÃO A PARTIR DA REALIDADE DO ESTADO DO CEARÁ" de autoria de Igor Benevides Amaro Fernandes e Flávio José Moreira Gonçalves, da Unichristus (CE), através da realidade do Estado do Ceará busca analisar a desjudicialização por meios adequados de solução de conflitos e de acesso à justiça, cuja análise está pautada na teoria do agir comunicativo de Habermas e no pensamento filosófico de John Ralws.

No trabalho ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONSENSUAL E OS ACORDOS ENDOPROCEDIMENTAIS DO NOVO CÓDIGO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO PORTUGUÊS, de autoria de Edimur Ferreira De Faria e Luana Mathias Souto discorrem acerca da importância da construção de uma Administração Pública consensual, capaz de atender aos princípios da eficiência, boa administração e da democracia, mediante discussão sobre o modelo de Administração Pública do Decreto-Lei n. 4/2015, “novo Código do Procedimento Administrativo”, de Portugal.

Em "AS ETAPAS DE INSTITUCIONALIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO NO BRASIL", Carla Faria de Souza e Fernanda Bragança apresentam análise da institucionalização da mediação no Brasil através da construção do seu marco legal e da promoção de políticas públicas e iniciativas que visam fomentar a transformação da cultura social pela paz.

Viviane Duarte Couto de Cristo e Luísa Munhoz Bürgel Ramidoff apresentam "CONSENSULIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UMA ANÁLISE DO ACORDO DE LENIÊNCIA PREVISTO NA LEI ANTICORRUPÇÃO", com destaque aos acordos de leniência como uma ferramenta consensual entre a Administração Pública e o infrator na obtenção de provas em troca de benefícios, discorrendo acerca das críticas por parte da doutrina, o que pode indicar óbice à sua consolidação no mundo jurídico.

"CULTURA DA PAZ: A ANÁLISE DO DISCURSO POR OCASIÃO DA INSTITUCIONALIZAÇÃO DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO BRASIL" é o resultado da pesquisa de Aline Lemos Reis Bianchini, da

USP-RP, apresentado revisão bibliográfica, sobretudo dos trabalhos que se dedicam a teorizar sobre a questão da "mentalidade", propondo uma reflexão que se dirige ao tom de propaganda que estes trabalhos adotam, frente ao instituto dos meios alternativos de conflito.

Mercedes Ferreira de Araújo e Afonso Soares De Oliveira Sobrinho, da UNAMA, apresentam análise das inovações trazidas pelo novo Código de Processo Civil em relação ao Direito de Família e Sucessões, em especial a mediação de conflitos em "DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL/2015: A PRIMAZIA DA MEDIAÇÃO PARA UMA CULTURA DO DIÁLOGO", abrangendo aspectos jurídicos e sociológicos relacionados à moderna teoria do direito processual.

"JUDICIALIZAÇÃO DOS CONFLITOS SOCIAIS: REFLEXÕES SOBRE A NECESSIDADE DE SOLUÇÕES DIALÓGICAS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO", de Max Emiliano da Silva Sena e Carlos Victor Muzzi Filho, analisa a judicialização dos conflitos sociais, propondo reflexões sobre como se obter soluções consensuais, sem a necessidade de recorrer ao Poder Judiciário.

Através do artigo "JUSTIÇA RESTAURATIVA: MODELO INOVADOR DA JUSTIÇA PENAL JUVENIL QUE GARANTE AO ADOLESCENTE INFRATOR A POSSIBILIDADE DA TRANSMUDAÇÃO DO CARÁTER PUNITIVO-RETRIBUTIVO DA PENA PARA O RESTAURADOR-EDUCATIVO" elaborado e apresentado por Maria Aparecida Alkimin e Regina Vera Villas Boas, da UNISAL, a Justiça Restaurativa é abordada como uma nova realidade do sistema penal juvenil e um novo modelo para restauração do dano gerado pelo ato infracional e ressocialização do adolescente infrator com a redução da reincidência em razão do caráter autônomo, democrático e educativo-restaurador da prática restaurativa no âmbito da justiça juvenil, com intervenção mínima da justiça sancionadora.

Resultado de pesquisa em andamento sobre a formação e o campo de trabalho do mediador judicial, Joaquim Leonel De Rezende Alvim e Thais Borzino Cordeiro Nunes expõem "MEDIADORES JUDICAIS NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO: CAPACITAÇÃO, REGULAMENTAÇÃO E REPRESENTAÇÃO DE PRÁTICAS A PARTIR DE DISPUTAS NO CAMPO DAS PROFISSÕES JURÍDICAS" apresenta três vertentes: (a) análise de leis e resoluções sobre mediação; (b) pesquisa empírica, de cunho qualitativo, consistente nas observações feitas nas atividades desenvolvidas em um Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) e de (c) entrevistas com os mediadores que atuam nos CEJUSCs.

Em "MODELO DESCENTRALIZADO DE MEDIAÇÃO PARA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS DE REFORMA FUNDIÁRIA URBANA", Rachel Lopes Queiroz Chacur e Celso Maran De Oliveira tratam da dogmática da exclusividade da Jurisdição para resolução de conflitos de tutelas ambientais, revisitando as bases teóricas e jurisprudenciais, culminando na necessidade de vias alternativas de resolução de conflitos fundiários urbanos, decorrentes da demanda social. É necessária a ruptura do modelo jurisdicional, trazendo um novo paradigma de descentralização e desjudicialização das resoluções de conflitos fundiários urbanos, priorizando a participação democrática dos cidadãos nas tomadas de decisões afeitas ao plano fático do espaço urbano, adequando o caso aos fundamentos das normas constitucionais e infraconstitucionais protetivas dos Direitos Fundamentais do Homem.

Maria Tereza Soares Lopes apresenta a arbitragem, em "O USO DA ARBITRAGEM NOS CONFLITOS PRIVADOS DE DIREITO MINERÁRIO ESTABELECIDOS ENTRE O MINERADOR, O PROPRIETÁRIO E O SUPERFICIÁRIO", como método adequado e eficaz para a resolução de conflitos privados de direito minerário estabelecidos entre o minerador, o proprietário e o superficiário, analisando as relações de direitos reais e as principais características da arbitragem strictu sensu, elucidando as vantagens de utilização deste método heterocompositivo face ao Poder Judiciário e apresentandoestudo de casos que exemplificam a controvérsia e os contrapõe.

"POR UMA FUNDAMENTAÇÃO DOS MEIOS CONSENSUAIS DE TRATAMENTO DE CONFLITOS: A TEORIA DO AGIR COMUNICATIVO COMO LASTRO FILOSÓFICO DA MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO", de autoria de Geovana Faza da Silveira Fernandes, apresenta reflexão sobre a fundamentação dos meios alternativos de resolução de litígios, fomentados pela Política Judiciária de Tratamento Adequado dos Conflitos, inaugurada pela Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça e positivadas no Código de Processo Civil e na Lei de Mediação. A partir da transição paradigmática e a insuficiência da dogmática jurídica para o tratamento de todos os tipos de conflitos, trata da importância da teoria habermasiana do agir comunicativo como norteador para os meios consensuais e como legitimadora da mediação e conciliação como métodos democráticos, que conduzem ao reforço da cidadania.

Por fim, Juliana Coelho Tavares da Silva e Caio Victor Nunes Marques apresentam "RESOLUÇÃO ADEQUADA DE CONFLITOS AGRÁRIOS BRASILEIROS: UMA PROPOSTA PARTICIPATIVA E INTEGRADA", destacando o caráter eminentemente social do Direito Agrário e torna-se essencial a resolução adequada do conflito (RAD) devido às crescentes transformações estruturais do setor agrícola e a reivindicação premente de

soluções rápidas, justas e definitivas nas questões agrárias, de forma a diminuir as desigualdades e tensões sociais e assegurar o bem-estar de proprietários e trabalhadores rurais. Assim, objetiva-se desenvolver uma análise dos desafios e perspectivas da RAD para os conflitos agrários brasileiros.

Os temas aqui tratados são de fundamental importância hoje para todos os que operam no campo das Ciências Sociais Aplicadas.

Boa leitura!

Prof. Dr. Eudes Vitor Bezerra (Uninove)

Profª. Drª. Margareth Anne Leister (UNIFIEO)

Profª. Drª. Maria Aparecida Alkimin (UNISAL)

CULTURA DA PAZ: A ANÁLISE DO DISCURSO POR OCASIÃO DA INSTITUCIONALIZAÇÃO DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO BRASIL

CULTURE OF PEACE: A SPEECH ANALYSIS AT THE EVENT OF THE INSTITUCIONALIZATION OF ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION METHODS IN BRASIL

Aline Lemos Reis Bianchini [1]

Resumo

A partir das reformas que se iniciaram nos anos noventa, os meios alternativos de resolução de conflitos foram institucionalizados no sistema de justiça, ganhando amplo destaque no direito brasileiro. Com o incentivo e o fomento, o interesse sobre estes institutos cresceu, sobretudo no meio acadêmico. O presente trabalho pretende fazer uma análise de alguns destes trabalhos, sobretudo os que se dedicam a teorizar sobre a questão da "mentalidade", propondo uma reflexão que se dirige ao tom de propaganda que estes trabalhos adotam, frente ao instituto dos meios alternativos de conflito.

Palavras-chave: Meios alternativos de resolução de conflitos, Mediação, Cultura da paz

Abstract/Resumen/Résumé

Since the changes in the Brazilian procedure law, from the 90´s decade on, the alternative dispute resolution methods were regulated properly in Brazilian system of justice, becoming overly rated. Since there was a lot of incentive, the interest on this matter grew, in the academic environment as well. The present paper aims to analyze some of this works, specifically on the thesis about the mentality issues, proposing a critical point about the propaganda tone of this papers. For that purpose, it is used litter reviewing, selecting those papers that are considered classical about the Theory of peace mentality.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Alternative dispute resolution methods, Mediation, Culture of peace

[1] Especialista em Direito Processual Civil, pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto-USP, mestranda pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto-USP, mediadora certificada segundo a resolução 125 do CNJ.

1. INTRODUÇÃO

"Mudar a mentalidade" é um discurso que compõe o cabeçalho obrigatório de quase toda obra a respeito de mediação e meios alternativos de resolução de demandas. É um discurso cerimonial, que segue um protocolo, de ideias concatenadas e irmãs, que aparecem em ordem mais ou menos aleatória a depender do foco da obra: o Sistema de Justiça está sobrecarregado por conta da mentalidade da população, que é imatura e provoca o Poder Judiciário por assuntos comezinhos. A acusação que se dirige à sociedade é a de que é formada por pessoas que não sabem conversar e resolver seus próprios problemas, de usar o Poder Judiciário como uma espécie de superego coletivo.

Tomando como ponto de partida estas diversas teses sobre "mentalidade da paz" e mentalidade do litígio", passando pelos discursos sobre empoderamento e emancipação populacional, que seriam promovidas ou facilitadas pela técnica da mediação, no presente trabalho pretende-se propor uma reflexão sobre algumas delas, sobretudo a respeito daquelas que se desenvolvem em torno da ideia de uma patologia sistêmica da sociedade brasileira, da irresponsabilidade e imaturidade coletiva. Adotou-se aqui a pesquisa teórica, com a revisão de literatura, utilizando-se os métodos analítico e indutivo, objetivando contribuir com o debate sobre a mediação, instrumentalizada como política pública de resolução de conflitos, e a assimetria de poderes nas camadas sociais.

A princípio, para o bom desenvolvimento técnico dos presentes argumentos, é preciso estabelecer alguns acordos de terminologia e conceituação. Reconhece-se que exista parcela dos acadêmicos que aludem a uma diferença técnica entre mediação e conciliação, e há, contudo, aqueles cuja opinião é a de que esta diferença é inócua, irrelevante do ponto de vista tanto teórico quanto prático, e há até os que alegam inexistência a qualquer diferença entre os dois métodos. Entretanto, tendo em vista que para o desenvolvimento da temática do presente trabalho a diferença apontada não influi no resultado final das reflexões aqui propostas, as expressões mediação e conciliação serão usadas na acepção sinônima de um método de composição de conflito, cuja condução dos debates e das questões será facilitada por um terceiro, que poderá ou não propor soluções para o impasse, contudo, não as imporá, cabendo às partes a escolha das medidas que irão solucionar o dilema proposto. Quando se falar em meios autocompositivos, na mesma medida, estes abarcarão a mediação/conciliação, nesta acepção de sinônimos, como é a disciplina dos conflitos pelas próprias partes, ainda que facilitada por este terceiro, adicionada da negociação, que é a mesma disciplina de disputas, sem a figura do intermediador.

Um segundo acordo, com relação às bases teóricas deste trabalho, que é preciso ser feito trata-se do nome que se dá aos ADRs. ADR é uma sigla advinda do inglês, *alternative dispute resolution methods*, ou métodos alternativos de resolução de conflitos, em uma tradução livre. É possível também encontrar, ao invés de *alternative*, o termo *adequate*, adequado em português. Escolher usar alternativo ou adequado revela qual posicionamento dogmático cada autor adota. Sob o ponto de vista que a regra é o processo, a jurisdição formal, todas as outras maneiras que não o processo, são alternativas. Esta visão alinha-se com as tradições do direito anglo-saxão. Entretanto, quando o foco passa a ser a multiplicidade de formas, a via judiciária é enxergada como mais um dentre os métodos de resolução de conflitos, e aí, neste caso, usa-se a terminologia "adequado". Esta visão geralmente é adotada por países Europeus Ocidentais, de tradição Civil Law (LORENCINI, 2013, p. 59). O pressuposto da adequação do método de resolução de conflitos vem, também, da crítica à sentença, que tem certos freios teóricos, que tem que disciplinar dentro dos limites do pedido, que tem que ter relevância jurídica dos fatos, que tem que julgar aquilo que há dentro dos autos, etc. Há aspectos dos casos concretos que, são relevantes, talvez mais do que aqueles que são expressos no pedido, que refletem na situação jurídica, mas que o juiz não pode e não deve deles conhecer. No presente debate não se discutirá propriamente qual das duas correntes é a mais adequada, mas se adotará a nomenclatura de "alternativo", pois é o aspecto do afastamento do Estado na resolução das demandas que interessa. Ao nos referirmos neste trabalho aos meios alternativos de resolução de conflitos, nos referimos a todo o conjunto de meios de resolução de conflitos que não a sentença. O aspecto fundamental para, em primeiro lugar deixar a terminologia bem demarcada, e em segundo, determinar os motivos de escolha deste termo em detrimento daquele, na medida em que é relevante para o presente trabalho, é a ausência da vigilância do Estado, em seu papel de fiscal garantidor, regulador, concretizada na atuação do juiz, nos métodos alternativos.

Além disso, cabe ainda diferenciar quando se fala em meios autocompositivos, e meios alternativos, já que não são sinônimos, nem mesmo para efeito deste trabalho, e sua diferenciação é relevante. Geralmente os conceitos são coincidentes na prática, mas tecnicamente não o são. Autocompositivos são aqueles métodos em que cabe às partes dar a solução do problema, ainda que através da facilitação do terceiro. Em dada medida, mesmo que o acordo aconteça dentro do processo judicial, como são as partes que deram a solução para seu problema, trata-se de uma solução autocompositiva. Desta forma, a arbitragem, por exemplo, é um método alternativo, mas não autocompositivo, já que a solução para o caso é dada pelo árbitro, não pelas partes, e não é um método que se realiza através do processo, do

procedimento formal, e não conta com a vigilância do Juiz. Assim, quando se falar em meios alternativos, o foco da discussão é a ausência do juiz, como garantidor do justo, e quando se fala em meios autocompositivos, o foco é a habilidade da parte de se conduzir.

2. CONFLITOS, INSTITUIÇÕES E ARRANJOS SOCIAIS

Já dizia as fundamentais lições de uma das obras mais clássicas sobre Teoria Geral do Processo que o conflito é um elemento antissocial, pois a angústia e frustração que dele vem são forças que trabalham contra a coesão do grupo. A questão nunca foi se ele deveria ser tratado, mas como fazê-lo da maneira mais eficiente para que fosse eliminado com o menor custo social possível. Foi na busca do modo ideal de pacificar conflitos que surgiram as principais instituições com as quais hoje os juristas trabalham: Estado, sistema judiciário, leis juiz, processo, etc. As instituições foram se ajustando e ganhando complexidade e sofisticação, ao longo do processo civilizatório (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2002, p. 20-21).

A pacificação dos conflitos foi gradualmente sendo transferida da esfera privada para o monopólio do Estado. Sobre esta reconstrução breve, duas considerações precisam ser feitas. A primeira delas é a de que os processos evolutivos são descritos metodologicamente em linhas gerais e contínuas, desprezadas as particularidades de cada lugar, fazendo um ritmo evolutivo mais ou menos homogêneo e geral. Mas, embora desprezadas, estas particularidades existem. Segundo, é preciso consignar que mesmo após o surgimento de um Estado, dadas as condições do momento histórico vivido e as características socioculturais de cada povo, o desenho de solução de conflitos pode variar, inclinando-se a uma preferência por um sistema formal ou informal (SILVA, 2013, p. 3-4). É nesse ponto que surge o paradigma da mentalidade oriental, posta como o exemplo de grupo populacional que demonstra uma preferência pelos arranjos informais de justiça e a política do acordo.[1] Importa afirmar, por ora, que a depender da formação histórico-cultural de determinada sociedade, o Estado toma

[1] Para efeito deste trabalho, aceitaremos a premissa posta pela maior parte dos livros sobre a mentalidade oriental (SILVA, 2013, p. 3-4). Entretanto, a grande maioria dos autores que levantam o assunto não se aprofundam sobre o tema, explicando por que e como a mentalidade oriental seria diferente da brasileira. Com relação ao Japão, com frequência se argumenta o número de advogados existentes ser muito menor que os números brasileiros, sendo este dado considerado a prova de uma cultura de litigância menor que a nacional. Mas estes dados não são suficientes para estabelecer com confiança o paradigma de um modo de pensar diferenciado. Este debate ainda foi suscitado por Fiss (2004 p. 145, vide nota 23), ocasião em que aponta estudos de Galanter (1978), e Haley (1983), sobre a possibilidade de dados a respeito do universo nipônico ter sido mais mal interpretado do que um reflexo de cultura de não litigiosidade. O trabalho demanda maiores investigações e questionamentos, contudo, como é muito presente no universo doutrinário brasileiro, por ora, aceita-se a informação posta.

um desenho mais formal e centralizador, ou mais informal e próximo dos grupos comunitários.

Entretanto, indiscutível que no mais remoto período da história humana, antes do surgimento do Estado, conflitos eram resolvidos entre as próprias partes através da autotutela e autocomposição, talvez com certa predominância da primeira. Autotutela pode ser compreendida como a tomada para si do bem da vida pretendido por aquele que tem o poder para fazê-lo, o que muitas vezes implica em uma assimetria de poder entre os sujeitos envolvidos. A autocomposição, por sua vez, é o acordo de vontade entre estes sujeitos quanto à solução do conflito.

Neste primeiro momento da história humana, anterior à revolução agrícola, o homem vivia em pequenos grupos de caçadores e coletores, nômades, sujeitos às ofertas de alimentos e recursos encontrados na natureza. Os grupos não eram muito grandes, em geral eram compostos de pessoas da mesma família, e quando se tornavam grandes demais, acabavam por dividir-se novamente em outros núcleos, pois a escassez de alimento assim o ditava. Por um lado, era difícil para grupos maiores conseguir alimentos. Por outro, nos grupos mais numerosos a tensão que nascia entre os indivíduos exercia este fator centrífugo, ao qual Darcy Ribeiro (1997) atribui a responsabilidade pelo ser humano ter povoado cada um dos confins do planeta. Entre dois grupos diferentes haveria muito provavelmente disputa, já que havia a competição pelo recurso, entretanto, dentro do grupo, os seus componentes desenvolviam entre si os laços afetivos e de solidariedade, desenvolveu-se a fala, a comunicação e a lealdade ética (RIBEIRO, 1997, p. 82-83).

A revolução agrícola que se seguiu permitiu ao homem se manter em um determinado lugar, e a abundância de alimentos que supria as necessidades básicas permitiu um certo crescimento demográfico. Neste estágio, mesmo uma breve divisão do trabalho, ocorrida dentro da família, pelo critério do gênero, não era suficiente para estratificar o grupo tribal. A ocupação do território, que era necessária para a agricultura e a pecuária primitiva, torna necessária a cooperação entre as tribos e as famílias, por motivos de defesa contra os conflitos externos, sobretudo por tensões contra os que ainda persistiam no modelo de vida de coletores, que foram desalojados pelos grupos tribais nesse processo de ocupação para o plantio. Começa então a surgir a figura do guerreiro e da guerra, mas ainda, o guerreiro era ao mesmo tempo o agricultor em tempos de paz. Aliás, ainda que se surjam xamãs, líderes, e o artesanato também apareça através da cerâmica, não há especialistas neste momento, nas tarefas. No máximo, uma divisão do trabalho baseada em papéis familiares diferenciados. Isso só ocorre na fase seguinte, da revolução urbana, que com a evolução da tecnologia da enxada

para o arado, faz aparecer o excedente de produção. Mas na fase tribal, vigora um pequeno grupo social, onde todos os adultos se conhecem e se tratam por iguais.

Darcy Ribeiro atribui ao excedente a necessidade do surgimento do Estado. Com o aprimoramento das tecnologias agrícolas, irrigação, adubação, melhora da genética das plantas, foi possível aumentar a produção, e logo, surge a sobra. Como os agricultores e pastores conseguiam agora uma quantidade cada vez maior de produção, foi possível o desligamento de alguns indivíduos das atividades de subsistência. Surgem então, as funções especializadas, dedicadas a tarefa com exclusividade: o militar, guerreiro exclusivamente a atividade da guerra; o pequeno artesão; o líder espiritual, sacerdote para atender ao sobrenatural e a incerteza; e surge o acumulo de riqueza nas mãos de grupos minoritários, que passam então a desenvolver estruturas para proteger esse acúmulo.

Se nos primeiros grupos, na fase primitiva, o vínculo afetivo conseguia manter a coesão até determinado porte, em grupos sociais maiores, esse vínculo se perde, nem todo mundo conhecerá todo mundo, e inevitavelmente, as tensões, se não resolvidas, levarão invariavelmente ao movimento centrífugo do grupo. Por outro lado, o processo de aglutinação e crescimento demográfico permitiu a especialização das funções e a estratificação da sociedade, que acabou por gerar a riqueza da qual se beneficiavam os grupos detentores do poder, explorando o trabalho dos demais. Surge também a classe dos comerciantes, aqueles que diferente da troca primitiva de escambo que até então ocorria, é responsável por pegar uma grande quantidade da produção, e transportá-la por uma grande distância de território. Para isso, era necessária a segurança deste território, razão para que também os sistemas de governo até então desenvolvidos precisassem ser institucionalizados.

Por isso, se é possível dizer que o Estado e das demais instituições surgem da necessidade de organizar a vida social, nestes grupos maiores e mais complexos, atua este também não como mero organizador imparcial das tensões sociais, mas como mantedor da ordem, pois, como explica Darcy Ribeiro (1997, p.110-120), a manutenção da ordem interna em sociedades tornadas inigualitárias só é possível através da criação de complexos serviços de controle social e repressão.

Por isso, tratar o conflito e dissolvê-lo, é atuar na preservação dos laços de solidariedade da sociedade, mas também é em dada medida, parte do sistema complexo de controle do indivíduo e a sua conformação a ordem vigente, preservando a desigualdade tal como está. A pacificação da lide tem a função simultânea de manter o grupo coeso, mas também de mantê-lo conformado com as relações diferentes das camadas estratificadas.

Há, contudo, um duplo aspecto que deve ser debatido. O Estado sequestrado pelo grupo de poder é moldado e legitimado pelas correntes filosóficas que a esse grupo interessa. Em um primeiro momento da história, o poder político correspondia ao poder econômico: o dono da terra dominava os meios de produção e explorava aquele que nela trabalhava, e também exercia o poder político, a exemplo da nobreza, no feudalismo. Surge um novo poder econômico, e consequentemente a pressão para a mudança do paradigma teórico do Estado, segundo o interesse econômico que ascende: o clamor pelo recuo do Estado na economia e na regulação da vida social. Entretanto, de certa forma, ainda que o novo paradigma filosófico seja o de recuo, não deixa de ser uma pressão para que o Estado adote o desenho que melhor favorece a classe dominante, justificando a desigualdade, e não, combatendo-a. Substitui-se a antiga crença sobre a legitimidade divina do exercício do poder, pela do "merecimento": quem é rico, é por que merece, pois trabalhou mais, fez sacrifícios, foi mais inteligente, mais criativo...

Marilena Chauí, em comentário sobre a obra de Boaventura de Souza Santos (2013), explica esta dualidade como a oposição entre regulação e emancipação. O direito é contaminado, "perpassado" por uma contradição insuperável entre o seu caráter emancipatório, que é o de vencer a tirania, e sua função regulatória, a juridificação do social e do político pelo poder estatal. A Teoria Moderna do Direito volta-se exclusivamente para a figura do Estado, mobilizada para apaziguar as tensões sociais e lograr objetivos regulatórios, enquanto a forma atual do capitalismo se apresenta como a recusa da regulação estatal da economia e, por extensão, da sociedade (SANTOS; CHAUÍ, 2013). Diante das novas teorias da sociologia, a aparente neutralidade do Estado e do direito não resiste a análise crítica e sucumbe, revelando estratégias mascaradas para moldar o pensamento hegemônico, conforme o interesse do grupo dominante.

É preciso, contudo, para se discutir a tensão entre liberalismo e regulação, compreender a complexidade do momento histórico vivido, principalmente quando os discursos repetidos no ambiente virtual, nas redes sociais, sobretudo, demonstram a polarização de opiniões, e o entendimento de que uma ideia necessariamente se liga a outra, tal como um pacote filosófico a que o sujeito é obrigado a aderir, sem ressalvas, quando se aproxima de um argumento a favor da regulação ou do liberalismo.

Algumas medidas e reformas que vem sendo propostas no ano de 2017, no Brasil, pelos grupos atualmente no poder revelam um viés altamente alinhado com a ótica do Estado mínimo, o que dá um indício de uma agenda neoliberal de política. Basta que se analise as propostas de reforma do regime de previdência e de leis laborais. Contudo, na contramão, de

toda tentativa de instituição de medidas econômicas e políticas de viés neoliberais, o Poder Judiciário ainda atua, na sociedade brasileira, em certa medida, como salvaguarda dos excessos do capitalismo, ainda que críticos como Boaventura de Souza Santos e Pierre Bourdieu se posicionem claramente quanto ao papel das normas jurídicas como mecanismo dissimulado de dominação. Isso se expressa em duas situações bem claras no contexto brasileiro: é o Judiciário que exerce o controle das práticas de mercado, através de ações individuais ou coletivas, de consumidores, bem como é o Judiciário que garante o mínimo de direitos sociais, através das diversas ações, igualmente individuais ou coletivas, movidas contra o Poder Público, exigindo medicamento, tratamento médico, vaga em hospital ou escola, exigindo determinada providência pela administração, etc. Trata-se de um povo cuja carga histórica já é a de exploração, submetida a graves processos históricos de colonialismo, que perpetuam-se em consequências na ordem atual, como profunda desigualdade econômica, social, de direitos e oportunidades. É uma massa populacional expressiva, que não recebe direitos mínimos, condições mínimas de sobrevivência, quanto mais de desenvolvimento. É em última análise, ainda explorada pelas instituições até os dias de hoje, submetida a políticas públicas ineficientes e explorada pelo mercado de consumo, através de práticas predatórias. O pouco que lhe resta de instrumento de defesa é apelar ao Poder Judiciário (FISS, 2004, p.145). Assim, esta noção de Poder Judiciário como tábua de salvação contra os excessos será um dado importante quando for colocado, adiante, o conflito e sua disciplina em pauta.

2. O MOVIMENTO ACADÊMICO PRO-ACORDO: A HEGEMONIA DA EXALTAÇÃO DA CULTURA DA PAZ

Abundantes as estatísticas que demonstram que o Sistema Judiciário brasileiro está em crise, pois conta com mais processos do que a força de trabalho permite. Não só o número de processos aumenta a cada ano como a natureza das demandas no século XXI não é mais igual ao que se via 100 anos antes. O surgimento das relações de consumo em massa, a expansão de alguns direitos, até mesmo a mudança nas regras de disciplina das relações familiares, muitas foram as frentes que contribuíram para que mais pessoas tivessem assunto para levar ao Poder Judiciário. O número de ações então só cresce, a cada ano. Além disso, muitos destes novos direitos que emergem não são compatíveis com a maneira tradicional de solução de conflitos. A complexidade presente em determinadas situações exige uma certa delicadeza no tratamento desse conflito, delicadeza essa que a sentença não consegue alcançar. É como fazer uma neurocirurgia com uma tesoura de poda. O resultado desse

quadro todo é uma prestação jurisdicional morosa, cara e ineficiente, porquanto na maior parte das vezes, falha em entregar o bem da vida ao jurisdicionado.

O sistema precisava ser reformado. Surge então um pacote de reformas que vem acontecendo, deste a década de 90, buscando resolver este problema. Uma das medidas que faz parte deste pacote de soluções foi a assunção das soluções consensuais e autocompositivas com uma política pública, a ser implementada, efetivada e incentivada. A inspiração surgiu do Sistema norte-americano de justiça, de onde saiu muitas das outras medidas que compõe esse pacote de reformas, dentre elas as ações coletivas e o sistema de precedentes. Tal qual a jurisdição brasileira, no caso norte-americano há uma grande procura da população pelo Poder Judiciário, e também há um grande número de processos, bem como o interesse dos administradores da máquina judicial de diminuir este abarrotamento.

Entretanto, embora o acordo sempre fosse permitido pelos dois sistemas, o acordo e a negociação não eram parte da cultura jurídica e nem parte do hábito social. Por isso sua implantação não se limitou a mera alteração legislativa, foi preciso alterar profundamente o sistema, atingindo até mesmo suas bases filosóficas. Isso demandou de fato, muita energia, não só material, mas, sobretudo intelectual. Foi preciso criar estrutura física, criar órgãos, centros de mediação, formar mediadores, formar formadores de mediadores, criar uma ideologia capaz de convencer a comunidade de operadores do direito a alterar o hábito da prática profissional que vinham exercendo, até mesmo por décadas, e aceitar a nova ideia. E operadores do direito no caso inclui todos os sujeitos da justiça, desde o magistrado, a quem era atribuído o papel de conciliar, e o fazia muitas vezes com pouca propriedade e nenhuma técnica, e até mesmo dos advogados, que viam com desconfiança a negociação. Foi necessário o mesmo investimento, material e intelectual, para convencer a população a procurar os novos serviços disponibilizados, e deles participar sem desconfiança, quando submetida.

Neste ponto, em dada medida, a importação da mediação e dos ADR´s, como instrumento para resolver um problema de acúmulo de demandas foi mais um projeto implantado de cima para baixo, do que uma evolução da sociedade brasileira, nem mesmo da comunidade jurídica. E aí, o conjunto técnico científico vem, não para explicar, mas para justificar, conformar e convencer, mais do que conhecer, criticar, decompor. A produção acadêmica, neste sentido, relaciona-se muito mais com uma conformação do *habitus*, de uma política pública de conformidade de comportamento, do que serve ao conhecimento propriamente dito.

Na academia o marco teórico da teoria do acordo é atribuído ao professor da Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Kazuo Watanabe, em 2005, quando publica seu célebre artigo intitulado "*Cultura da Sentença e Cultura da Pacificação"*. Em linhas gerais, o professor apontava a predominância na sociedade brasileira da cultura do litígio, entendida como a mentalidade profundamente arraigada da preferência pela resolução de conflitos através da sentença e da adjudicação, através da lide e do processo judicial, do combate argumentativo e oposto entre dois indivíduos. O artigo também apontava a questão da formação acadêmica dos operadores de direito, que é predominantemente voltada para a litigância em tribunal, e a questão da política dos próprios órgãos do Poder Judiciário, que se organizavam de forma a recompensar a produção de sentenças ao invés de iniciativas de conciliação (WATANABE, 2005).

Mais de 10 anos depois da publicação deste artigo, o panorama descrito pelo professor já não se verifica. Pelo contrário, a situação se inverteu, e claramente ocorrida tendo em vista o investimento recebido, em esforço conjunto das 3 esferas de poder Estatal para isso ocorrer. O Poder Judiciário não só já não negligencia os métodos consensuais de resolução de demandas, como os prioriza cada vez mais, e estimula e premia as iniciativas com estes relacionadas, os novos projetos, práticos ou teóricos, que apresentem novas formas de mediar, novas técnicas de mediar e novos ambientes em que essa mediação possa ser realizada. Nos últimos 10 anos, novas leis, códigos e dispositivos foram criados e reformados, alterando toda a organização da máquina judiciária, complexificando-a, aparelhando-a, enquanto cristaliza o acordo como política pública, como objetivo a ser alcançado no processo, a ser buscado pelo Estado, bem como introduziram no Sistema Judiciário brasileiro um microssistema de solução consensual do conflito. Alterações nas políticas de avaliação do próprio Conselho Nacional de Justiça, que a partir de 2015 passou a incluir no seu relatório "Justiça em Números" os índices de conciliação e acordos realizados, premia as atuações de qualquer agente que trabalhe para promover a mediação. É sensível, também, a reorganização dos meios acadêmicos para incluir em suas pautas os *Alternative Dispute Resolution Methods* como tema. Muitos cursos de prestígio, dentre eles a própria Universidade de São Paulo, já incluíram alguma disciplina ou parte de disciplina para tratar de acordo e negociações ou para estudar os meios alternativos de resolução de demandas. Grandes congressos e encontros brasileiros de Direito incluem em suas pautas grupos de estudo, palestras, painéis e temáticas dedicados a discutir a mediação, estimulando a produção acadêmica neste sentido.

Com o estímulo e a abertura de oportunidades, uma enxurrada de produção técnica e científica inundou a academia, explorando o tema do acordo, da cultura da paz, dos meios

alternativos de solução de conflitos e todos os outros afins, sob diferentes perspectivas. As produções técnicas passaram a relacionar a mediação com outras áreas afins da ciência humana, como a psicologia, sociologia e economia.

A questão, neste ponto, é que o panorama descrito pelo professor paulista se inverteu tanto que a grande maioria das produções acadêmicas que se dedica a estudar os temas afins ao acordo tem um nítido tom de ideologia, de propaganda, de frenesi pela novidade, e de exaltação do acordo. O próprio curso de formação de mediadores, que muitas vezes é o primeiro contato que o operador do direito tem com o tema da mediação, tendo em vista que as alterações de grades dos cursos de direito é um fenômeno recente, é mais uma doutrinação do que uma instrução. Sem falar que para alguém atuar como conciliador frente aos tribunais deve ser diplomado por este curso, do qual o Conselho Nacional de Justiça detém o monopólio ideológico. As correntes contra acordo, não encontram tanto espaço, tornando-se nitidamente minoritárias. As produções técnicas e científicas que surgiram influenciadas por este viés filosófico parecem orbitar ao redor mote comum de promover as vantagens dos meios consensuais de resolução de conflitos sobre a jurisdição contenciosa.

3. EMPODERAMENTO E ASSIMETRIAS SOCIAIS

Como discorrido anteriormente, a vantagem da mediação e dos meios alternativos de resolução de conflitos encontra fundamentação em alguns argumentos relativamente recorrentes nas obras. Dentre eles, está o do empoderamento, que consiste no fenômeno pelo qual o indivíduo, quando toma para si a solução de seu próprio problema, investe-se de poder, e nesse ato emancipa-se, torna-se senhor ou senhora de si mesmo, livre, amadurecido e independente.

Quando se coloca em um contexto de processo terapêutico, o empoderamento é um processo de reavaliação dos elementos de um problema, para que o sujeito que se submete a intervenção possa encontrar uma saída para o dilema em que vive, aparentemente sem solução. Exemplifica-se a teoria com o caso de uma dona de casa sem proveitos econômicos que permanece em um casamento infeliz, dentro do qual inclusive sofre violência doméstica, sob o pretexto de que sair a levará ao desamparo material total, fazendo com que a situação da agressão seja preferível a situação da miséria. Através do processo terapêutico e do autoconhecimento, as opções são reavaliadas, a elas são dados novos valores e a tomada de decisão então se modifica, a mulher pode passar a achar a opção da liberdade, ainda que custe certo sacrifício material preferível a violência.

Um dos trabalhos mais premiados sobre o tema é o de Stephen Karpman. Basicamente e de maneira simplista, Karpman analisou as diversas estruturas de contos de fadas, reduzindo os diversos personagens das narrativas a determinada função na história. A primeira conclusão a que chegou era de que estes enredos se repetiam em uma estrutura mais ou menos constante, compostas de 3 papéis fundamentais: vítima, perseguidor e salvador. Os males e a salvação eram então atribuídos a terceiro, e externos ao indivíduo, o perseguidor e salvador, enquanto a vítima era a parte passiva do enredo. A segunda conclusão derivada do trabalho era a de que estas estruturas narrativas poderiam ser transferidas para as relações interpessoais, e que consistiriam na base de uma estrutura social presente quando havia um jogo neurótico. Há recompensas egóicas em cada um dos papéis, autor, perseguidor e vítima, tanto quanto variam as recompensas daqueles que tomam para si o poder nas relações interpessoais, e aqueles que os entregam a terceiros. Embora a literatura do campo esteja repleta de estudos neste sentido, por uma questão de recorte e foco, não se prosseguirá por este aspecto. Apenas basta elucidar que a roda dramática composta de 3 sujeitos consiste em um jogo sem fim, de papéis dinâmicos, mutáveis, ou seja, quem hoje é o perseguidor, amanhã se tornará vítima, ou salvador, e assim por diante. A vítima nunca sairá deste jogo e o salvador jamais conseguirá seu intento. Esta estrutura neurótica, destrutiva e retroalimentada só se interrompe quando um dos indivíduos quebra a dinâmica e se responsabiliza. Toma para si o protagonismo da própria vida, e sai pelas próprias pernas (KARPMAN, 1968, 1973)

Entretanto, empoderamento terapêutico não é um fenômeno que deva ser enxergado no aspecto macro, mas nas experiências individuais. Nesta ótica, é possível que realmente ocorra algum amadurecimento advindo de uma experiência de mediação. Assim como é possível que o acordo fechado não produza melhores resultados dentro da vida do sujeito. Pode ser que uma técnica mal aplicada, um conciliador mal preparado ou qualquer outro fator não só não promovam mudança alguma na maneira como os sujeitos encarem os problemas de suas vidas, que os levaram ao litígio, como pode agravar mais ainda a assimetria entre os sujeitos que litigam. O ponto chave é que o empoderamento é um fenômeno que deve ser compreendido como um processo individual de emancipação, e não um fenômeno social. E nem muito menos atribuído um caráter coletivo de imaturidade, pois na esfera social há outras forças atuando das quais o processo terapêutico não se interessa. É preciso considera-las antes de se fazer qualquer leitura. Atribuir à teoria de empoderamento a solução de um problema de política pública, ou mesmo apontar a ausência dele como motivo do fracasso de qualquer coisa na realidade social é um raciocínio perigoso.

Antes de se falar em responsabilização individual, é preciso considerar que as sociedades são desiguais, algumas mais do que as outras. No caso brasileiro, sobretudo, a desigualdade entre as camadas sociais é paradigmática: o país pertence ao grupo dos 10% mais desiguais do mundo, a renda apropriada pelo 1% da população brasileira mais rica é igual à renda apropriada pelos 50% mais pobres. A renda média dos 20% mais ricos é igual a 25 vezes a renda média dos 20% mais pobres, enquanto em países menos desiguais esta razão não ultrapassa 5. Como explica Diogo Coutinho, o caso brasileiro é uma grande massa populacional relativamente homogênea em torno da pobreza e uma pequena, porém muito rica elite (COUTINHO, 2013, p. 65). Diante disso, é impossível se falar em qualquer caráter individual, de empoderamento. As forças da desigualdade são praticamente intransponíveis, salvo um acidente ou outro de percurso, seja por que as barreiras da ascensão são inquebráveis, seja por que os detentores da riqueza a usam para moldar para si o modelo de Estado que lhes favoreça e perpetuem essa situação.

O horizonte de assuntos que são submetidos ao acordo é amplo e irrestrito. A mediação pode ocorrer para resolver desde um caso de família até um acordo comercial entre duas grandes empresas. Devido a esta diversidade, é preciso primeiro olhar para o caso concreto que está sendo submetido a esse procedimento de conciliação. Mesmo dentro de mesmas categorias o grau de assimetria é variado, seja pelo poder econômico, político e/ou social, em geral o que ocorre é a coincidência dos 3 critérios. Trata-se de uma disputa entre indivíduos, indivíduos e pessoas jurídicas, ou entre duas pessoas jurídicas? Qual a diferença de poder econômico entre eles? Qual a diferença de informação que cada um deles possui? Qual a frequência com que cada uma das partes lida com situações negociais, e qual a *expertise* de cada uma delas no assunto? Um sujeito de classe média baixa, assalariado, de pouca instrução formal, e ainda por cima trabalhador rural muito provavelmente não se submete a situações de negociata com tanta frequência como um homem de negócios. Nas causas de família, por exemplo, ainda que se trate duas pessoas (no sentido de ser humano, pessoa natural), dependendo da configuração da família, podem aparecer as diferenças entre os cônjuges, por um critério cultural, por uma diferença de ganhos econômicos entre o par, ou qualquer outro motivo, ainda que até o momento anterior ao divórcio os dois provavelmente, se coabitavam, viviam em condições de igualdade material.

A desigualdade de condições entre dois litigantes já é um problema em um contexto de processo. Óbvio que melhores condições econômicas conseguem comprar uma melhor assessoria jurídica, advogados privados, grandes escritórios, profissionais mais competentes e que provavelmente contam com uma estrutura de apoio e pesquisa apta a amparar o trabalho,

inclusive conseguindo através de expedientes procrastinatórios atrasar o processo, e a entrega do bem jurídico para a parte contrária, isso em um contexto em que há uma vigilância, ainda que formal, do juiz da causa. Agora, pressuponha-se em situação na qual esta figura desaparece e as partes são deixadas à sorte de suas próprias forças.

Não se pode falar em críticas ao acordo sem mencionar Owen Fiss. No debate original, realizado por ocasião da conferência Pond, em 1983, nos Estados Unidos, foi ele o principal responsável por levantar muitos dos argumentos mencionados neste trabalho. Fiss argumenta, em seu artigo "Contra o acordo" (2004) que essa bandeira do poder de pacificação da mediação/conciliação, é ilusória. Uma vez que os sujeitos sentem motivação suficiente para procurar um meio de resolução de conflitos mais formal como as cortes de justiça, o vínculo social já foi rompido há muito tempo. Em última análise, o acordo não faz justiça, por que prevalece quem tem o melhor poder de barganha, e também tira a chance de o juiz fazer, já que afasta do Poder Judiciário do conhecimento da causa.

O poder econômico das companhias não só compra melhor assistência legal, como também tem condições de barganhar compensações e acordos, enquanto é quase certo que o cidadão contra quem estejam litigando não tem tantas condições de esperar receber sua compensação, o que acaba fazendo com que provavelmente aqueles que litiguem contra empresas recebam uma fração daquilo que lhes é devido (STIGLITS, 2013, p. 237). Sobre este ponto, ainda há que se argumentar que o volume de causas que compõem o acervo de processos que pendem de julgamento, é composto em grande parte pelos litigantes de massa: o Estado, e suas autarquias; bancos e grandes empresas, multinacionais. Ao contrário do que se quer transparecer, o que sobrecarrega o sistema de justiça não é a briga de vizinho, mas os milhares de ações repetidas sobre o mesmo tema, em geral fruto de práticas abusivas por parte de grandes conglomerados.

Há duas maneiras pelas quais o Estado pode desenhar seu sistema de resolução de demandas, sob a perspectiva do regime multiportas. Tanto o tribunal pode funcionar como porta de entrada para os diversos métodos, como ser paralelamente oferecido entre eles. Nesse caso a pessoa pode optar pela demanda através da corte, ou levar a qualquer instituição privada de resolução de conflitos que atue legitima, mas paralelamente, ao sistema estatal. Mesmo quando for assim, o Estado pode participar do sistema multiportas na medida em que organiza o serviço, através de leis, portarias, decretos, disponibiliza órgãos e funcionários para atendimento da população, forma profissionais, institui códigos de ética, etc. (LORENCINI, 2013). No Brasil, o sistema é misto, visto que não há obrigatoriedade de o sujeito resolver seus conflitos por meio do sistema judiciário. Uma vez exercida a opção de

levar a demanda pela via formal do processo, pela lei brasileira, a parte será obrigatoriamente submetida à sessão de conciliação. Dessa forma, acontecendo o acordo, a mediação é o meio de resolução do conflito utilizado, ou haverá a sentença como alternativa a ele. Caberá à parte escolher.

Diante disso, um argumento que poderia ser levantado é o de que o Estado brasileiro não foi totalmente negligente na maneira como desenhou seu sistema alternativo de resolução de demandas, pois, da análise do conjunto legislativo a respeito do tema, percebe-se que mesmo deixando a cargo da iniciativa privada, ainda sim, está extremamente presente na disciplina do assunto. Percebe-se que há um reconhecimento desta desigualdade que permeia o processo, de forma que o cidadão não pode restar totalmente abandonado. Existe um cuidado contra o excesso, instituído em forma de leis e regulamentos: o Estado organiza o serviço, através do CEJUSC, toma para si a tarefa de formar os mediadores, através do NUPEMEC, engessa o conteúdo ideológico do curso, e mesmo na esfera privada de exploração do serviço, ainda se imiscui quando determina regras éticas e limites que deverão ser observados pelos que irão explorar o serviço no âmbito privado.

Mesmo assim, as questões aqui levantadas são pertinentes ainda que se fale no serviço mais controlado de todos, o oferecido pelo próprio Príncipe, através dos CEJUSCS. Dentro de uma ótica do sistema capitalista, e de recompensa pela quantidade de produção, o mediador provavelmente tem uma agenda própria, seja por motivos egóicos (ser o herói que resolveu aquele conflito), seja por índices de produção, afinal é pela quantidade de acordos que conseguirá realizar que será avaliado e recompensado. Na perspectiva de produção, os ideais aos poucos vão dando espaço para a pressão em obter resultados, e, provavelmente, com o tempo, devidamente adestrado pelas recompensas, o mediador passará a forçar o acordo, para isso utilizando-se de todas as técnicas a sua disposição.

A medida em que o Estado cede espaço e estimula o particular a assumir o papel de pacificação dos conflitos, pode-se dizer que em certa medida a Justiça está sendo privatizada. E esta constatação traz consequências, boas e ruins. Dos problemas que podem ser levantados desta conclusão, alguns fazem parte do velho debate sobre a dicotomia regulação x liberdade, que permeia todos os outros campos. Alguns outros problemas são novos e alguns específicos. Não é, contudo, a pretensão deste trabalho levantá-los, um a um, examinar ou resolvê-los. Até por que isso seria trabalho de uma vida inteira.

O foco neste artigo se dirige especificamente ao tom das produções cientificas que estão aparecendo sobre o assunto, uniformes e mais idealistas do que críticas. Sobretudo quando promovem um conceito como empoderamento, sem olhar para outros dados

relevantes como o contexto histórico, socioeconômico e cultural em que está sendo exigido. Em última análise, é possível reproduzir no ano de 2017 o discurso proferido por Fiss (2004), em 1985, depois republicado em seu livro clássico, "Um novo processo Civil": ainda que bem-intencionados, e movidos por um sentimento de busca do amor fraternal, da paz e da harmonia, os que estudam o acordo, com seu discurso sobre "mentalidade", estão fora de foco. Os motivos que defendem a não-litigância não são os mesmos que os idealizadores de políticas públicas os fazem. Assim como Fiss afirmava que não era por amor que o juiz da suprema corte, Warren Burger, buscava incentivar os ADRs, e certamente não é nem o amor, nem o desejo de harmonia que os dirigentes dos tribunais brasileiros também o fazem ao incentivá-los. Há um problema institucional, um excesso de processos, que precisa ser resolvido, em nome da manutenção de uma ordem política. O problema é que, na prática, quando os ideais de amor e harmonia se confrontarem com o verdadeiro propósito dos ADRs, que é resolver o maior número de processos, no menor tempo possível, com o menor custo para o Estado, os ideais sucumbem, deixando de herança maldita um sistema ideologicamente blindado para qualquer tipo de ajuste ou reforma. Achar que os discursos de paz fornecem uma fundamentação filosófica para o movimento é uma ilusão, e uma ilusão perigosa, pois cega o restante da doutrina para a possibilidade de crítica a respeito das incongruências do sistema.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado e todas as suas instituições correlacionadas, leis, juiz, jurisdição, processo, entre outras, surgem da necessidade de organizar os grupos sociais, cada vez maiores, mais complexos e desiguais. A coesão social é necessária à sobrevivência e à evolução como espécie. Ao mesmo passo que a especialização do trabalho garantiu a desigualdade de condições materiais e de consequente poder político, também foi imprescindível para o processo de revolução tecnológica que se seguiu, com que inclusive permitiu haver excedentes de produção. O fato é que nas sociedades primitivas, os agrupamentos humanos eram deixados à sorte de seus próprios embates. O desenvolvimento de instituições foi um processo necessário, nascido da experiência, que demonstrou que a autocomposição e a autotutela não davam conta da manutenção da coesão social. Foi um processo histórico evolutivo longo para o Estado chegar ao desenho que se encontra atualmente, e estas escolhas foram dadas na medida em que se revelou prejuízo social de alguma outra forma. Embora as diversas teorias a respeito do papel deste Estado perpassem por sua função original e suas

subversões, o fato que em dada medida, ainda que minimamente, este papel institucional não deva ser desprezado completamente, pois exerce através de suas funções reguladoras, o múnus de guardião das assimetrias sociais.

É natural que em um mundo onde há uma hegemonia da ótica capitalista, o ataque ao Estado apareça em diferentes frentes ideológicas. É um processo complexo de tensão entre a regulação e a liberalidade, que acaba atingindo os diversos aspectos e as diversas instituições. Parece que finalmente, estas tensões atingiram o solo sagrado, a última fronteira que configurava até o momento como o porto de salvação máximo, que é o Poder Judiciário. E este ataque se deu de um mecanismo de dominação muito hábil e inteligente, que é através da acusação de barbárie no comportamento, na moral e ética social, crítica que toca em feridas coloniais.

Para resolver um problema administrativo, o excesso de processos, cria-se todo um instituto filosófico apto a justificar as mudanças. Quanto mais complexo este discurso, mais profundas são as mudanças providenciadas. As reformas para incluir os meios alternativos de resolução de demandas não foram fruto de uma evolução social, mas objeto de uma política bem planejada e instituída de cima para baixo.

Por isso, a crítica do presente trabalho não se dirige ao sistema da mediação em si, mas ao tom que perpassa a produção pseudo-acadêmica brasileira. Não é que a mediação não deva ser implantada, não é que a arbitragem não deva ser regulamentada, mas quando são tão abertamente incentivadas, a qualquer custo e sem qualquer crítica, através de um discurso ilusório, há algo de podre no discurso. São institutos que trarão muitos ajustes, apresentarão muitos problemas, haverá uma dissonância enorme entre os discursos teóricos e as aplicações práticas do serviço, e é nesse momento que o acadêmico deve intervir. Essa é a função da academia.

Quando quem se dedica ao assunto é mais um entusiasta que um cientista, nada de proveito surge, nem à academia, nem à sociedade. Só estaremos iguais a papagaios, reproduzindo discurso cuidadosamente criado pelos grupos detentores do poder, e acreditando que estamos trazendo algo novo.

REFERÊNCIAS

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 29 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

COUTINHO, Diogo Rosenthal. *Direito, desigualdade e desenvolvimento*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

FISS, Owen. *Contra o Acordo*. In: FISS, Owen; um novo processo civil. Tradução Daniel Porto Godinho da Silva, Melina de Medeiro Rós. São Paulo: RT, 2004.

_____. *Fora do Paraíso*. In: FISS, Owen; um novo processo civil. Tradução Daniel Porto Godinho da Silva, Melina de Medeiro Rós. São Paulo: RT, 2004.

KARPMAN, Stephen B. *Fairy Tales and script drama analysis.* Transactional Analysis Bulletin, 7(26), 1968, p. 39-43.

_____. *1972 Eric Berne Memorial scientific award lecture. (1973)* [On line] Disponível na internet via WWW.URL: <https://www.karpmandramatriangle.com/dt_article_only.html>. Consultado em 05 de maio de 2017.

_____. *The New Drama Triangles.* 2007. [On line] Disponível na internet via WWW.URL: <https://www.karpmandramatriangle.com/dt_article_only.html>. Consultado em 05 de maio de 2017.

LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes. *Sistema multiportas*: opções. In Salles, Lorencini e Silva (coord.), Negociação, Mediação e Arbitragem. São Paulo: Ed Gen Método, 2013.

SANTOS, Boaventura de Souza; CHAUI, Marilena. *Direitos Humanos, democracia e desenvolvimento*. São Paulo: Cortez, 2013.

SILVA, Paulo. E. A., *Solução de controvérsias: métodos adequados para resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados*, in Salles, Lorencini e Silva (coord.), Negociação, Mediação e Arbitragem. São Paulo: Ed Gen Método, 2013.

STIGLITZ, Joseph E. *The price of inequality: how today's divided society endangers our future*. [s.1]: W.W. Norton & Company, 2013.

WATANABE, Kazuo. *Cultura da sentença e cultura da pacificação*. In: SALETTI, Achille. (Org.). Estudos em homenagem à Professora Ada Pelegrini Grinover. 1ed.São Paulo: DPJ Ed., 2005, p. 684-690.

_____. *Acesso à justiça sociedade moderna.* In: GRINOVER, Ada Pellegrini. (Org.). Participacao e Processo. São Paulo: Ed Revista dos Tribunais, 1988, p. 128-135.

_____. *Organização judiciária brasileira e a nova ordem constitucional*. In: PAUL, W.. (Org.). Die Brasilianisch Verfassung von 1988. Frankfurt: Peter Lang, 1989, p. 61-69.

_____. *Pesquisa das causas da litigiosidade*. Revista da Escola Paulista de Magistratura, v. 1, p. 297-301, 1993.

_____. *Novas atribuições do Judiciário: necessidade de sua percepção e de reformulação da mentalidade*. Revista da Escola Paulista da Magistratura, São Paulo, v. 1, n.1, p. 149-151, 1996.

_____. *Política pública do Poder Judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses*. Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, v. 86, p. 76-88, 2011.

_____. *Mediação como Política Pública social e judiciária*. Revista do Advogado, v. 123, p. 35-39, 2014a.

_____. *Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses.* In: Armando Sérgio Prado de Toledo; Jorge Tosta; José Carlos Ferreira Alves. (Org.). Estudos Avançados de Mediação e Arbitragem. 1ed.Rio de Janeiro: Elservier Editora Ltda., 2014b, p. 1-5.