

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
E INSTITUIÇÕES DO SISTEMA DE JUSTIÇA

MAÍRA LOPES DE CASTRO

**TEORIA DO AGIR COMUNICATIVO E MEIOS ADEQUADOS DE RESOLUÇÃO
DO CONFLITO:** uma avaliação dos Centros Judiciários de Solução de Conflito e Cidadania
do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão na perspectiva do jurisdicionado

São Luís

2019

MAÍRA LOPES DE CASTRO

**TEORIA DO AGIR COMUNICATIVO E MEIOS ADEQUADOS DE RESOLUÇÃO
DO CONFLITO:** uma avaliação dos Centros Judiciários de Solução de Conflito e Cidadania
do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão na perspectiva do jurisdicionado

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão, como requisito para obtenção do diploma de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Giovanni Bonato.

São Luís

2019

Ficha gerada por meio do SIGAA/Biblioteca com dados fornecidos pelo(a) autor(a).
Núcleo Integrado de Bibliotecas/UFMA

Castro, Máira Lopes de.

Teoria do agir comunicativo e meios adequados de
resolução do conflito : uma avaliação dos centros
judiciários de solução de conflito e cidadania do Tribunal
de Justiça do Estado do Maranhão na perspectiva do
jurisdicionado / Máira Lopes de Castro. - 2019.
144 p.

Orientador(a): Giovanni Bonato.

Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-graduação em
Direito/ccso, Universidade Federal do Maranhão, São Luís,
2019.

1. Acesso à justiça. 2. Agir comunicativo. 3. Poder
Judiciário. I. Bonato, Giovanni. II. Título.

MAÍRA LOPES DE CASTRO

**TEORIA DO AGIR COMUNICATIVO E MEIOS ADEQUADOS DE RESOLUÇÃO
DO CONFLITO:** uma avaliação dos Centros Judiciários de Solução de Conflito e Cidadania
do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão na perspectiva do jurisdicionado

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão, como requisito para obtenção parcial do título de Mestre em Direito.

Aprovada em: 30/05/2019

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Giovanni Bonato, Universidade Federal do Maranhão
(Orientador)

Profª. Dra. Isis Boll de Araújo Bastos, PUC RS
(Examinadora)

Prof. Dr. Delmo Mattos da Silva, Universidade Federal do Maranhão
(Examinador)

Dedico este trabalho à minha mãe, Claudia
Regina Lopes de Castro.

AGRADECIMENTOS

Agradecer talvez seja a ação humana mais difícil de se fazer, pois as palavras nem sempre conseguem expressar o tamanho da gratidão que sentimos, mais fácil seria se eu pudesse abraçar a todos que aqui nominarei (e alguns certamente o farei).

Em primeiro lugar agradeço a Deus, que em sua magnitude me sustentou nos momentos de dor, e me permitiu chegar até aqui. Em seguida, agradeço imensamente aqueles que são o reflexo de Deus na minha vida, meu porto seguro: minha mãe, Cláudia Castro, meu pai, Oscar Castro, e meus irmãos Tázia e Igor Castro.

Com a certeza de que todos entenderão, dedico um espaço especial para minha mãe, para agradecê-la por ser responsável por essa conquista! Por ter me dedicado o seu melhor todos os dias, por ter me ensinado a valorizar a educação e a respeitar o ser humano em suas diferenças, por ser para mim sinônimo de força e dedicação! Foi por você mãe!

Nesse agradecimento igualmente incluo aquelas que sempre tem um abraço de conforto, e um bom café a oferecer, minhas avós: Sônia Garcez, Aldina Gracinda, bem como a família 281 e seus agregados: Antônia Furtado, Francisca Pires e Nilce.

Agradeço ainda aos meus primos, Afonso Castro e Tainá Castro, bem como a minha tia Kátia Castro, por acreditarem em mim.

De forma especial agradeço ao meu orientador, Prof. Dr. Giovanni Bonato, quem me concedeu o prazer de poder compartilhar diversas experiências acadêmicas e profissionais, de quem sou eterna admiradora. Muito obrigada por confiar nessa proposta, e me auxiliar no seu desenvolvimento.

Agradeço de igual forma a todos os professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Maranhão, que, nos seus espaços de competência e de modos diversos, auxiliaram na construção desta pesquisa. Em especial à Profa. Dra. Artenira Silva, ao Prof. Dr. Delmo Mattos e a Profa. Dra. Monica Teresa Sousa.

Agradeço ainda ao suporte institucional que me foi dado pelo 1º Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, na pessoa de sua coordenadora Bruna Diniz.

Agradeço às instituições que me deram suporte no decorrer do mestrado, em especial a Defensoria Pública do Estado do Maranhão, na figura das Defensoras Públicas Kamila Barbosa e Luciana Lima (e de todos os amigos que ali fiz). Bem como ao Centro Universitário Dom Bosco (UNDB), que fez parte da minha história como acadêmica, e hoje me possibilita o

exercício do magistério. De maneira especial à: Arnaldo Vieira, Thaís Viegas, Roberto Almeida e Amanda Thomé.

Não posso deixar de agradecer aos companheiros de jornada, com quem dividi as salas de aula, aos quais saúdo em nome dos meus queridos amigos: Washington Coelho e Lavínia Coelho. Muito obrigada por partilharem comigo os momentos de conquista, e principalmente os de incertezas.

Por falar em amizade, chega o momento de agradecer as pessoas que estão nessa caminhada sempre dispostos a ser suporte e motivação, e pelos quais nutro imensa admiração e carinho! Infelizmente sou incapaz de nomear a todos, mas tenho certeza de que sabem do meu amor e reciprocidade. De forma especial, agradeço à Manuela Lima, Carlos Hélder e Renara Melo, por além de amigos, serem família!

De forma singular, devo agradecer à Isis Boll de Araújo Bastos, a quem carinhosamente chamo de “mãe acadêmica”, por ser fonte de inspiração e cuidado. E a quem, sem sombra de dúvidas, devo minha caminhada de pesquisadora pelo viés dos métodos adequados de resolução de conflitos! Muito obrigada!

Não poderia deixar findar esse agradecimento sem mencionar, de forma muito especial, e com toda gratidão que carrego no peito, o ser humano que topou dividir a vida comigo, e que compartilha dos meus sonhos, que os compra como se fossem seus, e que seguramente está tão feliz quanto eu: Valter Veras, muito obrigada!

“[...] diálogo aconteceu quando deixou algo dentro de nós. Não é o fato de que nós experimentamos algo novo, o que faz o diálogo um diálogo, mas que algo outro veio ao nosso encontro que ainda não havíamos encontrado em nossa experiência própria de mundo [...] o diálogo possui uma força transformadora.”

(Hans-Georg Gadamer)

RESUMO

O trabalho propõe-se a avaliar os Centros Judiciários de Solução de Conflito e Cidadania do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, à luz da teoria do Agir Comunicativo do filósofo Jurgen Habermas. Nesse sentido as questões centrais da pesquisa aqui desenvolvida são: em que medida a institucionalização dos meios adequados de resolução de conflitos no âmbito do Poder Judiciário, aproxima-se da Teoria do Agir Comunicativo de Jurgen Habermas, propiciando a reconstrução dos vínculos democráticos entre sociedade e Poder Judiciário? E, de forma subsidiária: de que maneira a racionalidade aplicada pela política pública possibilita maior participação e reconhecimento do jurisdicionado no deslinde de suas demandas? Para tanto, em seu primeiro capítulo, enfrenta as facetas da crise vivenciada pelo Poder Judiciário, buscando ressignificar a concepção de acesso à justiça, adotando a perspectiva de acesso à justiça enquanto acesso à ordem jurídica justa. Em seguida, no capítulo dois, aduz-se a estrutura da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos de interesses, para, somente assim, evidenciar as proximidades e distanciamentos entre o agir comunicativo habermesiano e a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos. Em termos metodológicos, a pesquisa é classificada como bibliográfica, dedutiva, exploratória e descritiva. Quanto aos procedimentos técnicos, classifica-se enquanto estudo de campo, sendo aplicada técnica de entrevista totalmente estruturada junto aos usuários do 1º Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, para aferir a sua percepção acerca do serviço prestado pelo Poder Judiciário. Por fim, fez-se uso do método de análise de conteúdo para analisar o microssistema legislativo que pauta a implementação da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos: a Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, a Lei 13.105/2015 (Código de Processo Civil Brasileiro) e a Lei 13.140/2015 (Lei de Mediação), com fito de identificar os elementos “não-ditos” pela legislação.

Palavras-chave: Poder Judiciário. Agir comunicativo. Acesso à justiça.

ABSTRACT

The paper proposes to evaluate the Judicial Centers for Conflict Resolution and Citizenship of the Court of Justice of the State of Maranhão, in light of the theory of Communicative Action of the philosopher Jurgen Habermas. In this sense the central questions of the research developed here are: to what extent does the institutionalization of adequate means of conflict resolution within the scope of the Judiciary approximates Jurgen Habermas's Theory of Communicative Action, propitiating the reconstruction of democratic ties between society and Judicial power? And, in a subsidiary way: in what way does the rationality applied by public policy allow greater participation and recognition of the jurisdiction in the delimitation of its demands? To do so, in its first chapter, it faces the facets of the crisis experienced by the Judiciary, looking to re-signify the concept of access to justice, adopting the perspective of access to justice as access to the just legal order. Then, in chapter two, the structure of the National Judicial Policy is presented as an adequate treatment of conflicts of interest, in order to highlight the proximity and distances between the Habermas communicative action and the National Judicial Policy for the adequate treatment of conflicts. In methodological terms, the research is classified as bibliographic, deductive, exploratory and descriptive. As for the technical procedures, it is classified as a field study, and a fully structured interview technique was applied to the users of the 1st Judicial Center for Conflict Resolution and Citizenship of the Court of Justice of the State of Maranhão, in order to gauge their perception about the service provided by the Judiciary. Lastly, the content analysis method was used to analyze the legislative micro-system that guides the implementation of the National Judicial Policy for the adequate treatment of conflicts: Resolution 125/2010 of the National Council of Justice, Law 13.105 / 2015 (Code of Brazilian Civil Procedure) and Law 13.140 / 2015 (Mediation Law), in order to identify the elements "not said" by the legislation.

Keywords: Judicial Power. Act communicative. Access to justice.

LISTA DE ABREVEATURAS

ADR	Alternative Dispute Resolution
ART.	Artigo
CF	Constituição Federal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNV	Comunicação não violenta
CEJUSC	Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania
CPC	Código de Processo Civil
MERCOSUL	Mercado Comum do Sul
NUPEMEC	Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos
TJMA	Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	14
2	ACESSO A JUSTIÇA E PODER JUDICIÁRIO: UMA RELEITURA NECESSÁRIA.....	16
2.1	A jurisdição no Estado Constitucional.....	16
2.1.1	<i>Jurisdição estatal.....</i>	<i>20</i>
2.1.2	<i>Jurisdição arbitral.....</i>	<i>25</i>
2.1.3	<i>Equivalentes Jurisdicionais.....</i>	<i>29</i>
2.2	Acesso à Justiça como Acesso à Ordem Jurídica Justa.....	32
2.3	A crise do Poder Judiciário.....	35
2.3.1	<i>Crise numérica e suas concausas.....</i>	<i>36</i>
2.3.2	<i>A crise de efetividade.....</i>	<i>39</i>
2.3.3	<i>O modelo positivo-legalista do ensino jurídico brasileiro.....</i>	<i>41</i>
3	POLÍTICA JUDICIÁRIA NACIONAL DE TRATAMENTO ADEQUADO DOS CONFLITOS DE INTERESSES.....	44
3.1	<i>Alternative Dispute Resolution (ADR)</i> e Tribunal Multiportas.....	45
3.2	Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça.....	48
3.2.1	<i>Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos...</i>	<i>50</i>
3.2.2	<i>Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania.....</i>	<i>51</i>
3.2.3	<i>Dos anexos da Resolução 125/2010 – Diretrizes Curriculares (Anexo I) e Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais (Anexo III)</i>	<i>54</i>
3.2.4	<i>Outras determinações da Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça</i>	<i>56</i>
3.3	Lei 13.105/2015 – o Novo Código de Processo Civil brasileiro.....	57
3.3.1	<i>O conciliador e o mediador.....</i>	<i>60</i>
3.4	Lei 13.140/2015 – A Lei da Mediação	64
4	INTERSEÇÕES ENTRE A PROPOSTA HABERMESIANA DO AGIR COMUNICATIVO E OS MEIOS ADEQUADOS DE RESOLUÇÃO DO CONFLITO	67
4.1	A comunicação humana	68
4.2	Por uma racionalidade comunicativa.....	70

4.2.1	<i>Racionalidade comunicativa e racionalidade instrumental.....</i>	76
4.3	A mediação como ferramenta do agir comunicativo no âmbito da resolução de conflitos	80
5	ANÁLISE DE CONTEÚDO DA POLÍTICA JUDICIÁRIA NACIONAL DE TRATAMENTO ADEQUADO DOS CONFLITOS NO ÂMBITO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO Á LUZ DO AGIR COMUNICATIVO	84
5.1	O método – Análise de Conteúdo	84
5.2	Pré-análise da legislação	86
5.3	O tratamento do resultado, inferências e interpretação	87
5.3.1	<i>Categoria A: existem indicadores do agir comunicativo na legislação referente a implementação da política pública?</i>	87
5.3.1.1	A Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça	88
5.3.1.2	A Lei 13.105/2015 – Código de Processo Civil	92
5.3.1.3	A Lei 13.140/2015 – Lei de Mediação	95
5.3.1.4	Resolução GP 10/2011 e Resolução GP 18/2015 do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão	97
5.3.2	<i>Categoria B: existem indicadores do agir estratégico na legislação referente a implementação da política pública?</i>	97
5.3.2.1	A Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça	97
5.3.2.2	A Lei 13.105/2015 – Código de Processo Civil	103
5.3.2.3	A Lei 13.140/2015 – Lei de Mediação	106
5.3.2.4	Resolução GP 10/2011 e Resolução GP 18/2015 do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão	109
5.3.3	<i>Categoria C: a percepção dos jurisdicionados acerca da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos no âmbito do Estado do Maranhão</i>	112
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS	123
	REFERÊNCIAS	126
	APÊNDICE A – Questionário	133
	APÊNDICE B – Termo de Consentimento Livre e Esclarecido	136

APÊNDICE C – Resultados das entrevistas aplicadas junto aos jurisdicionados	137
--	------------

1 INTRODUÇÃO

Parafraseando o jurista Lenio Luiz Streck (2019, n. p.), o presente trabalho pretende falar dos “não-ditos por trás daquilo que está dito”, ou seja, visa explorar o “não dito” pelo microsistema legislativo que embasa a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos.

Em linhas iniciais abordou-se a concepção de acesso à justiça e o contexto de crise vivenciado pelo Poder Judiciário. No primeiro capítulo foram trabalhados os fundamentos para reformulação do conceito de acesso a justiça enquanto mero acesso ao Poder Judiciário, passando a considerar acesso à justiça como acesso à ordem jurídica justa.

Evidenciam-se aqui as facetas do momento de reconfiguração que o Judiciário tem vivenciado, analisando-se sobretudo as facetas de sua crise, tais como: a crise numérica, a crise de eficiência e a crise do ensino jurídico brasileiro.

Em um país no qual, de acordo com ICJ Brasil (Índice de Confiança na Justiça), produzido pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (2017, p.13), apenas 24% da população confia no Poder Judiciário, é urgente a necessidade de reavaliar-se a qualidade do serviço prestado, e em que medida ele tem sido efetivo para solver conflitos sociais, e promover a pacificação social.

Diante deste quadro político-institucional do Poder Judiciário, passou-se a análise do que ficou conhecido como Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos, e do microsistema legislativo que a apoia: Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, a Lei 13.105/2015 (Código de Processo Civil Brasileiro) e a Lei 13.140/2015 (Lei de Mediação).

A Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça instrumentalizou a política pública em questão, e determinou a criação dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, e ainda, dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania.

Esses Centros Judiciários de Solução de Conflitos têm por objetivo propiciar a realização de sessões de conciliação e de mediação como métodos adequados de resolução de conflitos, propiciando um espaço de diálogo entre as partes.

Toda a instrumentalização da política pública foi desenvolvida em capítulo específico, no qual igualmente trabalhou-se a concepção do Fórum Multiportas, atribuindo-se uma nova faceta de atuação ao Poder Judiciário.

Sob esse novo enfoque, cabe ao Poder Judiciário propiciar espaços de fala e de construção do diálogo ao jurisdicionado. E é nesse sentir que o terceiro capítulo ocupa-se em

associar a adoção de métodos auto compositivos com a teoria do agir comunicativo de Jürgen Habermas.

A teoria do agir comunicativo pressupõe que os agentes de fala estejam voltados a obtenção do entendimento, que deve ser alcançado por meio da troca de pretensões de validade acerca do mundo da vida. Ou seja, pressupõe a construção do diálogo autêntico entre as partes, por meios de elementos racionais.

Neste ponto encontra-se a questão central da presente dissertação: em que medida a institucionalização dos meios adequados de resolução de conflitos no âmbito do Poder Judiciário, aproxima-se da Teoria do Agir Comunicativo de Jürgen Habermas, propiciando a reconstrução dos vínculos democráticos entre sociedade e Poder Judiciário? E ainda, de forma subsidiária: de que maneira a racionalidade aplicada pela política pública possibilita maior participação e reconhecimento do jurisdicionado no deslinde de suas demandas?

Para viabilizar a resposta a estes questionamentos, no quarto capítulo fora desenvolvida análise de conteúdo da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão à luz do agir comunicativo.

Em termos metodológicos, adotou-se como estratégia de pesquisa a análise de conteúdo. E ainda, quanto aos procedimentos técnicos, a pesquisa caracteriza-se enquanto estudo de campo, sendo realizada a coleta de dados no 1º Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC's) situado no Fórum Des. Sarney Costa na cidade de São Luís/MA.

Para coleta de dados, a pesquisa faz uso da técnica de entrevista estruturada. A entrevista foi disponibilizada para aplicação com 100% dos jurisdicionados atendidos no 1º Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania situada na capital do Estado do Maranhão (modelo em Apêndice A), utilizando-se o critério da saturação das respostas obtidas para definição do encerramento.

Por fim, realizou-se igualmente a coleta de dados por meio da plataforma digital Atende, utilizada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, para controle dos dados acerca dos Centros Judiciários de Resolução de Conflitos e Cidadania.

Estes portanto são os desafios a serem vencidos pela presente dissertação, para que ao final seja possível identificar potencialidades e fragilidades da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos, sobretudo no âmbito do Estado do Maranhão.

2 ACESSO A JUSTIÇA E PODER JUDICIÁRIO: UMA RELEITURA NECESSÁRIA

2.1 A jurisdição no Estado Constitucional

Como decorrência de uma construção doutrinária secular, jurisdição tem sido conceituada como “objeto de hermético monopólio estatal” (DINAMARCO, 2013, p. 121), neste sentido, caracteriza-se “como função do Estado, destinada à solução imperativa de conflitos e exercida mediante a atuação da vontade do direito em casos concretos” (DINAMARCO, 2013, p. 315).

A absorção estatal do poder de solucionar conflitos de interesses deu-se com a instauração das *cognitiones extra ordinem*, do sistema processual romano (séc III DC). Neste período passou-se do sistema *ordo judiciorum privatorum*, no qual o julgamento era feito pelo *judex* (cidadão privado – árbitro), para um sistema em que era o próprio pretor o responsável por instruir o processo e julgar a causa (DINAMARCO, 2013).

No sistema *ordo judiciorum privatorum* o *judex* nomeado pelo pretor tinha a função apenas de decidir a causa, competindo a execução ao próprio credor. Neste período competia ao *judex* apenas a função de “dizer o direito”, seguindo fielmente a etimologia da palavra jurisdição, que, vem do termo *juris-dicto*, dicção do direito ou pronúncia do direito (DINAMARCO, 2013).

Nas palavras de Ovídio Baptista da Silva (1997, p. 31-32):

O conceito de jurisdição que nos foi legado pelo direito romano pressupunha a distinção clara e radical entre a função declaratória do direito, enquanto *ius dicere*; e o *facere* com que o magistrado haveria de socorrer o litigante, impondo uma *ordem*, a ser cumprida pelo demandado, vale dizer, se o direito não fosse ‘*da se sufficiente*’ para realizar-se através de uma atividade própria e exclusiva do titular. Se, todavia, o direito se mostrasse ‘*plenum et sufficiens*’, então bastava declará-lo exercendo, neste caso, atividade jurisdicional, enquanto *ius dicere*, confiando em que o demandado, ante a exortação (*rectius*, condenação), cumprisse a sentença.

A experiência romana pautava-se na oposição entre jurisdição e poder e entre fato e direito. Nesse sentido “não havia decisão sobre direito, apenas sobre fato”. Muito do que foi cunhado neste período, teve reflexos no direito moderno, que conservou as instituições próprias do direito privado romano, adotando a separação entre julgamento e ordem, e concebendo jurisdição enquanto declaração de direitos (SILVA, 1997, p. 33-34).

Exemplo da adoção da concepção de jurisdição enquanto simples declaração pode ser retirada da doutrina do processualista italiano Calamandrei (1961, p. 45 apud SILVA, 1997, p. 45) para quem:

*el juez ejerce función jurisdiccional solamente cuando, de conformidad con el precepto de derecho procesal subentendido en toda norma jurídica, decide sobre la existencia de voluntades concretas de la ley de que son destinatarios los sujetos de la relación controvertida.*¹

A discussão acerca do escopo da jurisdição perpetuou-se por meio do confronto entre duas posições metodológicas clássicas: a de Chiovenda e a de Carnelutti. Para o primeiro, a jurisdição tem como finalidade atuar a vontade concreta da lei, ou seja, compete-lhe tão somente realizar o direito nos casos trazidos a juízo, não sendo possível aos magistrados, a criação de normas jurídicas. De outro lado, Carnelutti defende a justa composição da lide como escopo jurisdicional, nesse sentido, a norma do caso concreto necessita da sentença para obter seu acabamento final, inexistindo direitos antes desta (DINAMARCO, 2013).

Jurisdição, nos termos da teoria clássica de Chiovenda relaciona-se à atuação da vontade concreta da lei, com ênfase na subordinação do magistrado ao legislador. Em suas próprias palavras, “não pode haver sujeição à jurisdição senão onde pode haver sujeição à lei” (CHIOVENDA, 1965, p. 55 apud MARINONI, 2016, p. 86).

Carnelutti também foi responsável pela construção de uma teoria que vinculava jurisdição a concepção formal da legalidade, neste sentido, construiu a teoria da “justa composição da lide”. Para ele, ao contrário do que Chiovenda dizia, a jurisdição atua para compor a lide mediante a edição de uma norma individual. Norma individual que deveria estar necessariamente ligada a uma norma superior, não se afastando assim do princípio da supremacia da lei e do Estado legislativo (MARINONI, 2016).

A principal diferença entre as duas teorias é que para Carnelutti o ordenamento jurídico era composto de um plano unitário, inexistindo direitos e obrigações anteriores à sentença, o que ficou conhecido como teoria unitária. De outro modo, Chiovenda era adepto da teoria dualista, segundo a qual direitos e obrigações preexistem à sentença (DINAMARCO, 2013).

No que pese as diferenças, é comum notar que todas as chamadas definições funcionais de jurisdição não divergem entre si, exceto ao acentuar um ângulo particular do único elemento

¹ Tradução livre: o juiz exerce uma função jurisdicional somente quando, de acordo com o preceito de direito processual entendido em qualquer norma jurídica, decide sobre a existência de vontades concretas da lei, de que são destinatários os sujeitos da relação controvertida.

ao qual elas se referem, a saber, a função da atividade jurisdicional como uma das funções do Estado (MANDRIOLI, 1993).

Mandrioli (1993, n. p.), chama a atenção para o risco de definir-se jurisdição apenas pelo seu aspecto funcional, devendo-se considerar que no viés da atividade cognitiva desenvolvida pelos juízes, jurisdição consiste na:

attività con la quale, a seguito di una domanda al giudice, di tutela o di accertamento di un diritto o di uno status o di attuazione di una modificazione giuridica effettuabile solo dal giudice tra soggetti in posizione di contrasto, ed eventualmente prevista solo come dovere del giudice, questo ha il potere e il dovere di tenere una serie di comportamenti destinati a concludersi in un provvedimento contenente un accertamento idoneo a determinare la cosa giudicata²

Em uma concepção mais contemporânea, a jurisdição estatal não se limita somente a “dizer o direito”, mas, inclui também, a fase executória, cabendo ao Estado garantir ao jurisdicionado tutela efetiva de seus direitos (DINAMARCO, 2013).

Por mais relevantes que sejam estas teorias e definições clássicas na construção da Teoria Geral do Processo Civil, refletem valores e ideias da época em que foram editadas, não mais encontrando eco no cenário do Estado Constitucional (MARINONI, 2017).

A redistribuição das funções do Estado, o reconhecimento da força normativa da Constituição e de seus princípios, o desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais, a criação de instrumentos processuais tais como o mandado de injunção, a alteração da técnica legislativa de edição de cláusulas gerais que comportam interpretações, a evolução do controle de constitucionalidade difuso, dentre outros eventos, impossibilitam a adoção da concepção clássica de jurisdição (DIDIER JUNIOR, 2017).

A jurisdição, em sua acepção tradicional, traduz-se na aplicação da lei aos fatos da lide pelo Estado-juiz. No entanto, hoje, cobra-se uma leitura mais voltada a resolução do conflito por meio de uma composição justa, tempestiva, permanente, numa boa equação entre custo-benefício, ainda que para alcançá-la deva-se fazer uso de meios autos e heterocompositivos via órgãos que não integram os quadros da Justiça oficial (MANCUSO, 2015).

Para melhor compreender esse movimento de alteração do conceito de jurisdição, retoma-se o seu delinear histórico.

² Tradução livre: “atividade com a qual, após uma solicitação ao juiz, de proteção ou de averiguar um direito ou status ou implementar uma modificação legal que só pode ser realizada pelo juiz entre sujeitos em posição de contraste, e possivelmente fornecida apenas como um dever do juiz, isso tem o poder e o dever de manter uma série de comportamentos destinada a ser celebrada numa disposição que inclua uma avaliação adequada para determinar o processo”.

Com o advento do Estado Liberal, o princípio da legalidade erigiu a lei a um ato supremo, objetivando eliminar as tradições jurídicas do absolutismo e do regime ditatorial. Neste sentido, a legislação acabou tornando-se um critério de identificação do direito, ou seja, o direito estaria na norma jurídica, tendo sua validade fundada no fato de ser produzida por uma autoridade competente e de acordo com um procedimento regular (MARINONI, 2017).

A criação do Estado legislativo implicou na transformação das concepções de direito e de jurisdição, isto porque cabia ao Poder Legislativo, de forma exclusiva, o poder de criar o direito, ficando aos magistrados apenas o papel de dizer as palavras da lei (conforme preceitua a clássica teoria da separação de poderes de Montesquieu) (MARINONI, 2017).

Ocorre que, um modelo que pretendia limitar a tirania dos dirigentes estatais, acabou favorecendo a tirania do Legislativo, uma vez que à “lei vale em razão da autoridade que a edita, independentemente da sua correlação com os princípios de justiça, não há como direcionar a produção do direito aos reais valores da sociedade” (MARINONI, 2017).

Esta postura trouxe consigo a implementação do positivismo jurídico, que limita a atividade do jurista a descrever a lei e buscar a vontade do legislador. O positivismo foca na mera observação e descrição da norma, funcionando como uma ciência cognoscitiva ou explicativa da norma positivada, que não se confunde com a tarefa de produzir o direito (exclusiva do Poder Legislativo) (MARINONI, 2017).

Para o juspositivismo a atividade cognoscitiva “consiste numa atividade puramente declarativa ou reprodutiva de um direito preexistente, isto é, no conhecimento puramente passivo e contemplativo de um objeto já dado”. Assim, a tarefa da jurisprudência não é criar, mas sim interpretar o direito (BOBBIO, 1995, p. 211).

Cabe ao jurista, por meio de uma operação de dedução lógica, extrair as normas que servem para resolução do caso concreto. A concepção formalista da ciência jurídica impõe a prevalência das formas, “com prejuízo da realidade social que se encontra por trás de tais formas, dos conflitos de interesse que o direito regula, e que deveriam (segundo os adversários do positivismo jurídico) guiar o jurista na sua atividade interpretativa” (BOBBIO, 1995, p. 221).

Este modelo começou a sofrer questionamentos quando da derrocada do Estado Liberal de Direito, e ascensão do Estado Social e Democrático de Direito, quando se passou a evidenciar o movimento de substituição do paradigma liberal-individualista no modo de produção do Direito pelas novas tarefas de realização da democracia material e efetivação dos direitos fundamentais (MARRAFON, 2015).

A passagem do Estado Legislativo para o Estado Constitucional trouxe consigo uma tríplice alteração com relação a compreensão do Direito. A primeira delas está vinculada à

teoria da norma, tendo em vista que no Estado Constitucional as normas podem ser enquadradas como princípios, regras e postulados, atribuindo-se assim força normativa aos princípios (o que era impensável no Estado Legislativo) (MITIDIEIRO, 2017).

A segunda alteração refere-se à técnica legislativa. Assim, o legislador passa a se valer de técnicas que misturam casuística, ou seja, normas específicas, para casos já determinados, mas, também se vale de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais (MITIDIEIRO, 2017).

E a terceira grande alteração foi quanto ao significado de interpretação jurídica, neste sentido: “parte-se do pressuposto de que a atividade jurisdicional constitui uma atividade de reconstrução do sentido normativo das proposições e dos enunciados fático-jurídicos à vista do caráter não cognitivista e lógico-argumentativo do Direito” (MITIDIEIRO, 2017, p. 20-21).

Aqui evidencia-se a enorme diferença entre o Estado Legislativo e o Estado Constitucional: o primeiro pressupunha uma unidade entre texto e norma, sendo função do julgador apenas declarar a norma pré-existente para solução do caso concreto; já para o segundo, “o Direito deixa de ser um objeto total e previamente dado que o jurista tem de simplesmente conhecer para ser uma harmoniosa composição entre atividades semânticas e argumentativas” (MITIDIEIRO, 2017, p. 21).

Nesse sentido, o princípio da legalidade deve estar em consonância com as normas constitucionais, exige-se a conformação da lei com a Constituição e com os direitos fundamentais. O direito transformou-se e trouxe com ele um positivismo crítico, que possibilita ao magistrado a afirmação do conteúdo da lei com base na Constituição (MARINONI, 2017).

Portanto, a jurisdição não pode mais ser lida apenas pelo prisma do monopólio estatal, desdobrando-se em outras facetas que passam a ser exploradas a seguir.

2.1.1 Jurisdição estatal

Exposta esta resignificação da jurisdição a luz dos preceitos constitucionais, passa-se a versar sobre a jurisdição estatal, e seus elementos caracterizadores.

Pode-se conceituar jurisdição estatal, como “função do Estado, destinada à solução imperativa de conflitos e exercida mediante a atuação da vontade do direito em casos concretos” (DINAMARCO, 2018, p.78).

A jurisdição estatal funda-se na tríplice qualificação: poder, função e atividade, enquadrando-se entre as atividades jurídicas do Estado, tendo por elementos essenciais o caráter substitutivo e a busca pela pacificação social (DINAMARCO, 2018). Assim, enuncia o Código

de Processo Civil 2015, em seu artigo 16 que: “a jurisdição civil é exercida pelos juízes e pelos tribunais em todo o território nacional, conforme as disposições deste Código”.

Dois são os elementos que identificam a jurisdição: o caráter substitutivo e os escopos a realizar. O escopo fundamental do exercício jurisdicional é a pacificação social, neste sentido, deve o Estado garantir a satisfação dos interesses dos jurisdicionados, na medida em que elimina conflitos com justiça (DINAMARCO, 2013).

A jurisdição propõe-se ainda a um escopo político, traduzido na estabilidade das instituições políticas e na participação dos cidadãos. Assim, quando o Poder Judiciário responde satisfatoriamente às demandas sociais, garantindo a plena observância do ordenamento jurídico, acaba por fortalecer o Estado enquanto instituição (DINAMARCO, 2013).

Ademais, a participação popular no seio da administração da Justiça, também é algo a ser buscado pelo Estado. Não por outro motivo a sentença judicial, via de regra, é pública e fundamentada, senão para propiciar o controle do exercício jurisdicional pela via interna (partes interessadas), bem com o controle externo (social).

Com fulcro de caracterizar a jurisdição estatal, pode-se elencar como primeiro elemento a sua inevitabilidade. Dessa forma, há uma inegável relação de sujeição entre Estado e os particulares, que se repete na relação Poder Judiciário e jurisdicionado (DINAMARCO, 2013).

É em razão dessa inevitabilidade que não há necessidade de anuência do demandado para figurar no processo, sendo suficiente a citação regular para incluí-lo nessa relação. Soma-se a isso a imperatividade das sentenças judiciais, que refletem o poder de *imperium* no qual está investido o juiz (DINAMARCO, 2013).

A imunização dos atos realizados também é uma característica das decisões emanadas do exercício jurisdicional. Das funções estatais, a única dotada de definitividade é a jurisdição. O grau mais elevado de imunidade a futuros questionamentos é certamente a autoridade da coisa julgada material (DINAMARCO, 2013).

Somente o Poder Judiciário pode beneficiar-se da chamada reserva de sentença – pela qual uma decisão judicial só poder ser revista por outra do mesmo poder. Ademais, somente os comandos judiciais de mérito possuem, por meio da coisa julgada material, a capacidade de estabilizar a eficácia do elemento declaratório e imunizar o resultado, vedando-se a rediscussão em momento futuro (MANCUSO, 2015).

Ainda sobre o Poder Judiciário, cabe ressaltar que este é uma instância de sobreposição em face dos demais poderes, na medida em que lhe é possibilitado controlar a legalidade, eficiência, moralidade, economicidade, dos atos e condutas daqueles (MANCUSO, 2015).

Jurisdição, portanto, caracteriza-se por ser uma função atribuída a terceiro imparcial, que detém a capacidade de realizar o direito de modo imperativo, criativo, reconhecendo e efetivando situações jurídicas, concretamente deduzidas, em decisão insuscetível de controle externo e com aptidão para tornar-se indiscutível (DIDIER JUNIOR, 2005).

Em que pese todas as características elencadas até aqui, a jurisdição estatal tem sofrido flexibilizações a partir, principalmente, do advento do Código de Processo Civil de 2015, que incorpora ao ordenamento jurídico a noção de processo cooperativo, retomando a questão da instrumentalidade do processo, visando sobretudo a garantia do acesso à justiça como acesso à ordem jurídica justa.

A instrumentalidade do processo admite duas espécies: a finalística e a metodológica. Na primeira, o processo deve ser instrumento de atuação do direito material, e na segunda, o processo se estrutura a partir do estudo dos conflitos existentes na sociedade, admitindo-se a adequação da tutela processual e do procedimento a ser adotado (GRINOVER, 2018).

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 houve uma ampliação do direito material, consagrando-se vasto elenco de direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais, como o direito à saúde, educação, moradia, trabalho, e acesso à justiça. Este processo de ampliação foi intensificado por meio das legislações infraconstitucionais tais como o Código de Defesa do Consumidor e leis de criação de políticas públicas, o que tem dado origem à hiperjudicialização do social (WATANABE, 2018).

Além das demandas individuais, também os macroconflitos reclamam por soluções, por justiça distributiva de bens e valores coletivos. Aqui observa-se um fenômeno importante, que é a judicialização da política³. Esses macroconflitos tem, na sua maioria, natureza política, devendo ser objeto da ciência política e não jurídica, mas, diante da insuficiente implementação de políticas públicas, acabam por se socorrer do Poder Judiciário (WATANABE, 2018).

Diante desta complexidade, o ordenamento jurídico brasileiro sentiu a necessidade de flexibilizar e adaptar seus ritos e procedimentos fortemente arraigados na rigidez e legalidade das formas.

Na sua exposição de motivos, a Lei 13.105/2015, aponta que “o processo, em si considerado, não é mais o centro da atividade jurisdicional, e passa a ser visto por sua natureza

³ As decisões judiciais sobre macrolides, envolvendo interesses metaindividuais, revestem-se de inevitável peso político, na medida em que tem reflexos sobre a coletividade como um todo, ou sobre algum segmento expressivo desta. A judicialização da política, portanto, cinge-se ao sentido de acesso à justiça de controvérsias envolvendo as diversas políticas públicas do Estado (MANCUSO, 2015, p.80 e seg.).

fundamental de método de resolução de conflitos, por meio do qual se realizam valores constitucionais” (CURY, 2018, p. 496).

O Código de Processo Civil de 2015 privilegiou assim o modelo cooperativo de processo, prevendo de forma expressa, no seu artigo 6º, que: “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

O ordenamento jurídico brasileiro ao introduzir a cooperação enquanto norma fundamental orientadora do processo, propõe-se a reconfigurar o princípio do contraditório, assumindo esse uma faceta constitucional democrática, não mais resumindo-se à bilateralidade do dizer e contradizer. O contraditório apresenta-se assim enquanto “direito de participação na construção do provimento, sob a forma de uma garantia processual de influência e não surpresa para a formação das decisões” (JUNIOR, 2015, p. 75).

A proibição de tomada de decisões surpresas por parte do magistrado, requer que todas as questões de fato e de direito sejam submetidas à discussão com as partes. Disso decorre não somente o embate argumentativo entre estas, mas, também o dever ônus do juiz de promovê-lo, e mais que isso, de igualmente submeter-se ao contraditório (JUNIOR, 2015).

Esta nova redistribuição dialógica, consistente na divisão equilibrada de trabalho entre juiz e partes enquanto comunidade de trabalho, corporifica o princípio da cooperação. Nesse sentindo, o modelo cooperativo propõe um equilíbrio entre as funções do magistrado, retirando-o de seu patamar centralista de poder ao instituir deveres colaborativos, sem, no entanto, destituí-lo do poder de decidir a causa em caráter de definitividade (BONATO; CASTRO, 2017).

Em decorrência deste modelo cooperativo de processo, fica o magistrado adstrito à três deveres: a) dever de esclarecimento; b) dever de consulta; e, c) dever de prevenção (BONATO; CASTRO, 2017).

O dever de esclarecimento expressa-se na proibição do magistrado decidir de forma equivocada ou infundada, por ausência de clareza nas alegações, pedidos ou posições postas em juízo pelas partes (DIDIER JUNIOR, 2005). Neste sentindo, o Código de Processo Civil de 2015, nitidamente aduz no seu artigo 357, §3º, o dever do magistrado esclarecer-se acerca dos pontos ainda obscuros ou controvertidos apresentados em juízo. Portanto:

se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações (BONATO; CASTRO, 2017, p. 27).

Existe também outra faceta do esclarecimento, que se reflete no dever do magistrado motivar suas decisões judiciais. Neste sentido, o artigo 489, §1ª do CPC/2015, pontua que não configura motivação suficiente a “mera reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida”, bem como, o emprego de “conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso”, e ainda, “invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão”, ou, “não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”, ou, “se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos”, e por fim, “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento” (BONATO; CASTRO, 2017, p. 28).

Assim, o dever de esclarecimento, é um dever de mão dupla, devendo o magistrado esclarecer-se acerca dos pontos que ainda lhe faltam para exaurir o processo cognitivo, bem como, deve ele possibilitar que as partes se mantenham esclarecidas acerca das razões decisórias utilizadas para sentenciar (BONATO; CASTRO, 2017).

O dever de consulta garante que as partes sejam ouvidas acerca das questões não alvitrada no processo, antes que o magistrado conclua seu processo de convencimento. Trata-se, assim, de manifestação do princípio do contraditório enquanto poder das partes de tentar influenciar na solução da controvérsia (DIDIER JUNIOR, 2005).

Destarte, “o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”, sendo este o teor do artigo 10 do CPC/2015 (BONATO; CASTRO, 2017, p. 28).

Por fim, outro dever inerente ao processo cooperativo, é o dever de prevenção. Compreende-se assim, que é dever do órgão jurisdicional prevenir as partes do perigo do êxito de seu pedido ser frustrado pelo uso inadequado do processo. Portanto, deve o juiz apontar as deficiências das postulações das partes, possibilitando a correção desses vícios, e consequentemente o deslinde da demanda rumo a decisão de mérito (DIDIER JUNIOR, 2005).

No novo diploma processual de 2015, este dever veio expresso no artigo 321, conforme se lê:

O juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado (BONATO; CASTRO, 2017, p. 28).

Tomando por bases os deveres de cooperação apresentados é perceptível a reestruturação metodológica vivenciada pelo processo civil brasileiro, passando-se de um processo mais formal, arraigado ainda em alguns traços do processualismo puro, para uma leitura mais dinâmica e cooperativa, na qual se atribui destaque a todos os sujeitos processuais (BONATO; CASTRO, 2017).

Outros exemplos podem ser destacados deste novo diploma processual, como é o caso da flexibilização processual prevista no art. 190 do CPC, nos termos deste dispositivo:

Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Nesse contexto, nota-se que o princípio da autonomia da vontade ganhou força frente a concepção do monopólio estatal. Por meio da metodologia instrumental, o processo passa a ser construído e analisado a partir dos conflitos que busca solucionar, visando sempre garantir acesso à justiça de forma efetiva, justa e adequada (GRINOVER, 2018).

Esta mesma autonomia da vontade é reforçada com a possibilidade de adoção de outros métodos de resolução de conflitos, tal como a arbitragem, que será melhor analisada no item que segue.

2.1.2 Jurisdição arbitral

A arbitragem é o meio privado de solução de litígios, pelo qual um terceiro, com poderes constituídos mediante uma convenção das partes, impõe sua decisão, que terá a mesma eficácia da sentença judicial. Neste sentido, a intervenção do Poder Judiciário só será invocada quando houver necessidade de utilizar a força diante de resistência de uma das partes ou de terceiros (CARMONA, 2009).

A concepção de arbitragem como atividade jurisdicional não se refletia no Código Civil de 1916, tampouco na redação original do CPC/1973. Esses diplomas adotavam a ideia de jurisdição enquanto função do Estado que tinha por escopo a vontade concreta da lei, por meio da substitutividade (SCAVONE JUNIOR, 2016).

Assim como outros ordenamentos jurídicos, à exemplo do italiano, e do francês⁴, o Brasil adotou, até o advento da Lei de Arbitragem em 1996, uma postura adversa e desconfiada a respeito da arbitragem, encarando-a como uma “ofensa à unidade da função judiciária estatal” (BONATO, 2014, p. 64).

Diante da falta de uma unidade normativa acerca da cláusula compromissória, a jurisprudência brasileira acabou por não lhe atribuir o alcance necessário. Ademais, a homologação da sentença arbitral era obrigatória para que esta pudesse ter força de título executivo judicial (BONATO, 2014).

O Código Civil brasileiro de 1916 previa a arbitragem como meio indireto de pagamento, nos artigos 1.037 a 1.048. Já o CPC/1973, impunha como requisito de validade a homologação do laudo arbitral por sentença judicial, ocupando o Judiciário uma espécie de “segundo grau de jurisdição” da arbitragem (SCAVONE JUNIOR, 2016).

Foi a Lei 9.307 de 1996 que extinguiu a necessidade de homologação judicial da sentença arbitral, atribuindo ao árbitro o papel de juiz de fato e de direito, não estando a sentença que este proferir sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário (art. 18, Lei 9.307/96).

A configuração dada à arbitragem por força da Lei 9.307/1996, foi responsável pelo reconhecimento de sua índole jurisdicional. A ampliação do espectro de órgãos encarregados a realizar atividade jurisdicional tem se estendido para possibilitar a composição de todos os conflitos ocorrentes na sociedade (TARTURCE, 2016).

O artigo 31 da Lei 9.307/96 aduz que: “a sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo”. Neste sentido, parece ter o legislador adotado a tese da jurisdicionalidade da arbitragem, vez que a sentença arbitral não precisa mais passar pelo controle prévio dos órgãos do Estado (CARMONA, 2009, p. 26).

Soma-se a isto, a disposição do Código de Processo Civil de 2015 que nos termos dos artigos 485, VII, e 337,X, carrega a previsão de extinção do processo sem resolução de mérito pela existência de convenção de arbitragem, entre as partes, desde que alegada a preliminar em sede contestatória (SACAVONE JUNIOR, 2016).

⁴ Nas palavras do professor Giovanni Bonato (2014, p. 64), apoiados na ideologia da centralização do poder e da estatalidade da função jurisdicional o Código de Processo Civil francês de 1806 e o Código de Processo Civil italiano de 1865 incorporaram óbices à prática da arbitragem. Na França, a Corte de Cassação declarou a nulidade da cláusula compromissória como forma de convenção em 1843, e na Itália, no que pese fosse aceita a cláusula compromissória, vigorava a regra da homologação obrigatória da sentença arbitral.

Tomando por base o conceito de jurisdição aduzido por Fredie Didier Jr (2017), e previamente adotado por esse trabalho, jurisdição é a função atribuída à terceiro imparcial de realizar o Direito de modo imperativo e criativo (reconstrutivo), reconhecendo/efetivando/protegendo situações jurídicas concretamente deduzidas em decisão insuscetível de controle externo, com aptidão para tornar-se indiscutível.

Nestes termos, é possível admitir a arbitragem enquanto exercício jurisdicional, conforme passa-se a examinar.

Quanto ao primeiro elemento, a jurisdição estatal é técnica de solução de conflitos por heterocomposição, na qual um terceiro substitui-se na vontade dos litigantes para resolver o conflito com definitividade (DIDIER JUNIOR, 2017).

Se assim é verdade, mantém-se ainda aqui, no âmbito da jurisdição arbitral, a característica da substitutividade, uma vez que o árbitro passa a se substituir na vontade das partes (DINAMARCO, 2018).

O árbitro é juiz de fato e de direito (art.18, Lei da Arbitragem), ou seja, durante o desempenho de suas funções, é equiparado ao magistrado e pode decidir de forma impositiva o caso que lhe é submetido (SACAVONE JUNIOR, 2016).

De forma semelhante a jurisdição estatal, onde o terceiro que se substitui à vontade das partes deve ser imparcial, o juízo arbitral também requer do seu árbitro que este seja estranho ao conflito e isento de interesses neste. Nos termos do §6º, art.13 da Lei 9.307/96, “no desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição”.

Ademais, tal qual o magistrado, o árbitro, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, fica equiparado ao funcionário público, para os efeitos da legislação penal (art. 17, Lei 9.307/96) (CARMONA, 2009).

A jurisdição requer ainda para sua caracterização a imperatividade própria da manifestação de um poder, neste sentido as partes devem se submeter ao quanto decidido por força da inevitabilidade da jurisdição (DIDIER JUNIOR, 2017).

Na arbitragem, em existindo convenção de arbitragem (cláusula compromissória)⁵, nenhuma das partes poderá recusar o procedimento arbitral, ou furtar-se do que ali for definido, aplicando-se aqui, com certo grau de mitigação, a inafastabilidade do juízo arbitral (DINAMARCO, 2018).

⁵ Entende-se por cláusula compromissória “a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato” (art.4º, Lei 9.307/1996).

O juiz não resolverá o mérito quando acolhida a alegação de existência de convenção de arbitragem, ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência (art. 485, VII, CPC). Essa imperatividade, em verdade, decorre do princípio da autonomia da vontade das partes (*pacta sunt servanda*), ou seja, uma vez convencionada a arbitragem por meio de cláusula compromissória⁶ inclusa no negócio jurídico, a questão deve ser decidida pela via arbitral (SACAVONE JUNIOR, 2016).

A convenção de arbitragem, tem, portanto, um duplo efeito: enquanto acordo de vontade, vincula as partes no que se refere a litígios atuais ou futuros, obrigando-as à submissão ao juízo arbitral; e como pacto processual, tem por objetivo derrogar a jurisdição estatal, ou seja, retirar a competência do juiz estatal para conhecer determinado litígio (CARMONA, 2009).

Jurisdição perpassa ainda pela função criativa do julgador, pela qual há uma reconstrução da norma jurídica do caso concreto, e por vezes, até mesmo da norma abstrata para adaptação ao caso concreto. Possui assim duas dimensões: cria-se a regra jurídica do caso concreto e a regra jurídica servirá de modelo para solução de casos semelhantes àquele (DIDIER JUNIOR, 2017).

Neste quesito, ressalta-se que uma das características do procedimento arbitral é que ele conta com a especialização do árbitro na matéria controvertida objeto do litígio (SACAVONE JUNIOR, 2016). Assim, tem o árbitro, atributos técnicos mais aprimorados que o próprio magistrado para aplicar a norma jurídica ao caso concreto, observando todas as suas peculiaridades.

Um dos aspectos mais marcantes da jurisdição é o fato dela tutelar direitos e garantias constitucionais, sejam estes individuais ou coletivos. No âmbito da jurisdição estatal, esta tutela ocorre pelo reconhecimento judicial do direito (tutela de conhecimento), ou pela sua efetivação (tutela executiva), ou mesmo pela sua proteção (tutela de segurança, cautelar, inibitória) (DIDIER JUNIOR, 2017).

Assim como o Estado, o processo é a via pela qual o árbitro ou tribunal arbitral exercem a função jurisdicional, aplicando o direito material. Optando pela arbitragem, caberá as partes, no compromisso arbitral, apontar as regras procedimentais que serão aplicadas a demanda⁷ (SACAVONE JUNIOR, 2016).

⁶ Art. 853.CC. Admite-se nos contratos a cláusula compromissória, para resolver divergências mediante juízo arbitral, na forma estabelecida em lei especial.

⁷ A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento (art.21, Lei da Arbitragem).

A jurisdição atua sempre sobre uma situação concreta, o órgão jurisdicional debruça sua atuação para solver um problema concreto, tópico (DIDIER JUNIOR, 2017). De forma semelhante atua o juízo arbitral, que se volta à resolução de demandas concretas, que lhe são direcionadas.

Por todo o exposto, não subsiste a crença em um monopólio estatal da jurisdição. Admite-se igualmente a arbitragem como exercício jurisdicional. A jurisdição arbitral é igualmente exercida com fundamento em um poder, mas diferentemente do que se dá na jurisdição estatal, este poder não deriva do *imperium* soberano do Estado, mas sim da autonomia da vontade das partes que optaram pela arbitragem (DINAMARCO, 2018).

Portanto, embora a arbitragem tenha origem contratual, ela se desenvolve com a garantia do devido processo legal e termina com ato que tem a mesma força da sentença judicial, tal como ocorre na jurisdição estatal (CARMONA, 2009).

O Código de Processo Civil adota essa dualidade jurisdicional ao trazer expressamente em seu artigo 3º, §1º, que é permitida a arbitragem na forma da lei, logo após reforçar que não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito (SACAVONE JUNIOR, 2016).

Portanto, “a prestação jurisdicional do Estado não é, definitivamente, o único mecanismo eficiente de distribuição de justiça, nem constitui a exclusiva sede de atividade jurisdicional” (TARTUCE, 2016, p. 166) sendo plenamente viável (e necessário) expandir os horizontes da atividade jurisdicional em prol da pacificação social.

Nesse sentido que se passou a discutir a introdução dos ditos métodos adequados de resolução de conflitos, tais como mediação e conciliação, e seu reconhecimento como verdadeiros equivalentes jurisdicionais.

2.1.3 *Equivalentes jurisdicionais*

Como visto até então, tradicionalmente atribui-se a solução judicial estatal o *status* de meio primário de resolução de conflitos (TARTUCE, 2016). Ocorre que, não cabe mais, no cenário constitucionalizado, a admissão apenas da adjudicação de uma demanda judicial como instrumento para alcançar-se a pacificação social.

Jurisdição - em seu conceito reformulado - nada mais é do que “a composição justa e tempestiva dos conflitos, antes que uma singela subsunção da letra fria da lei aos fatos da lide”, pouco importando se essa composição ocorrerá via justiça estatal, ou mesmo por meios adequados de resolução de conflitos (MANCUSO, 2015, p. 60).

Fala-se, portanto, em equivalentes jurisdicionais para definir os meios pelos quais os próprios litigantes, ou terceiros designados por estes, atuam em busca da composição da lide (TARTUCE, 2016).

Assim, enquadram-se enquanto equivalentes jurisdicionais a mediação e a conciliação. Tanto a conciliação, como a mediação, são formas de autocomposição bilateral facilitada, nas quais um terceiro imparcial auxilia as partes a alcançarem uma posição mais favorável diante da situação controvertida (TARTURCE, 2016).

No que pese a proximidade entre os métodos autocompositivos, o mediador, diferentemente do conciliador, não induz propriamente as pessoas a um acordo, a sua função é mais gerencial, de provocar reflexões no intuito de reestabelecer a comunicação. Já o conciliador atua de forma mais pontual, buscando a obtenção de acordos, podendo inclusive gerar opções em conjunto com as partes (TARTURCE, 2016), mas esses são elementos que serão retomados mais adiante.

Os meios autocompositivos de resolução de conflitos, mesmo que não detenham a definitividade própria à jurisdição estatal, por funcionarem como técnica de tutela de direitos merecem equivalência (DIDIER JUNIOR, 2017). Neste sentido, Carnelutti já enunciava que “a composição da lide também se pode obter por meios diferentes do processo civil; colocada como função dele tal composição, entende-se que, para denotar tais meios, pode servir o conceito de equivalente” (CARNELUTTI, 2000, p. 156 apud CURY, 2018, p. 506).

O processualista, continua aduzindo que:

a noção de equivalente processual resolve-se em duas hipóteses: ou a lide compõe-se por obra das próprias partes, ou compõe-se por obra de um terceiro diferente do ofício judicial. No primeiro caso pode-se falar de autocomposição da lide; já que não intervém o emprego daquele método que recebe o nome de processo, a autocomposição e também a composição extraprocessual da lide (CARNELUTTI, 2000, p. 156 apud CURY, 2018, p. 506).

Pelo ponto de vista jurídico, as diferenças entre jurisdição estatal e meios adequados de resolução de conflitos eliminariam a ideia de que estes se equivalem, posto que somente a jurisdição estatal teria entre seus objetivos o de dar efetividade ao ordenamento jurídico substancial. Mas, por uma leitura teleológica do sistema processual, tem-se que o escopo magno da jurisdição, bem como dos mecanismos consensuais é a busca de pacificação das pessoas e grupos mediante a eliminação de conflitos sociais, motivo pelo qual os últimos devem ser considerados equivalentes jurisdicionais (DINAMARCO, 2013).

A jurisdição estatal, tradicionalmente concebida, justifica-se por diversos escopos, dos quais se destaca o espoco social, voltada a pacificação dos conflitos. Neste sentido, é possível afirmar, que tal qual a jurisdição estatal, a resolução de conflitos por meios autocompositivos também se justifica por diferentes facetas.

O investimento na introdução e efetivação dos meios de resolução adequada de conflitos justifica-se por três facetas: funcional, social e política. No que tange ao fundamento funcional, busca-se a racionalização na distribuição da Justiça, no sentido de melhorar seu desempenho e funcionalidade, permitindo a recuperação de controvérsias que permaneceriam sem solução pela via da adjudicação (GRINOVER, 2008).

Por esse viés efficientista, “a mediação e a conciliação passam ao *status* de instrumentos utilizados no quadro da política judiciária”, considerados verdadeiros equivalentes jurisdicionais (GRINOVER, 2008, p. 24).

Outro fundamento da justiça conciliativa é a busca pela pacificação social, assim, seria insuficiente considerar que os meios adequados de resolução de conflitos atendem apenas aos reclamos de funcionalidade e eficiência do aparelho jurisdicional, quando, em verdade, o que almejam os equivalentes jurisdicionais é primordialmente alcançar a solução de controvérsias que frequentemente não chegam a ser apreciadas pela justiça tradicional (GRINOVER, 2008).

Portanto, os instrumentos conciliatórios tendem a enfrentar a lide sociológica de cunho mais amplo do que a lide meramente processual, adotando uma perspectiva prospectiva da conflitiva (GRINOVER, 2008).

Elenca-se ainda, dentre os escopos da justiça conciliativa, a participação popular na administração da justiça, como meio de fortalecimento da democracia participativa, na medida em que se atribui ao jurisdicionado a responsabilidade pela resolução de sua própria demanda (GRINOVER, 2008).

Não se trata aqui de estabelecer uma concorrência entre a atuação estatal, e os meios adequados de resolução de conflitos; mas sim de estabelecer uma convivência harmoniosa, respaldada e legitimada no sentido renovado de jurisdição (MANCUSO, 2015).

Ao que tudo aponta, e à luz da exposição de motivos da Lei 13.105/2015, o legislador parece ter absorvido o sentido democrático do constitucionalismo moderno, possibilitando a flexibilização do sentido da jurisdição e do processo adversarial como única ferramenta para promoção da pacificação social (CURY, 2018).

O Código de Processo Civil 2015 ratificou a consagração de um sistema de justiça multiportas, pelo qual a solução judicial dos conflitos de interesse deixa de ter a primazia frente a multiplicidade de mecanismos de resolução de conflitos disponíveis no ordenamento. O

acesso aos tribunais não é mais o único e primeiro caminho a ser trilhado em busca do acesso à justiça (DIDIER JUNIOR, 2018).

O fomento de outros meios de resolução de conflitos alinha-se a tendência mundial de desjudicialização dos conflitos, bem como ao conceito contemporâneo de jurisdição:

[...] acepção que se foi descolando da tradicional imagem majestática da justiça oficial, para ficar mais aderente ao plano prático, a saber, o da composição dos conflitos com justiça, não necessariamente mediante intervenção da magistratura togada, podendo hoje falar-se num ambiente de jurisdição compartilhada (MANCUSO, 2015, p. 155).

Dessa maneira, jurisdição passa a ser definida como “garantia de acesso à justiça para solução de conflitos, utilizando seus instrumentos – processo e procedimento – na busca da tutela jurisdicional justa e adequada e da pacificação social” (GRINOVER, 2018, p. 7).

Adota-se a partir então uma nova concepção acerca do acesso à justiça, pautado em um exercício de jurisdição compartilhada entre diferentes metodologias aplicáveis para resolução de conflitos.

2.2 Acesso à Justiça como Acesso à Ordem Jurídica Justa

Toda essa reformulação acerca do conceito de jurisdição e seus equivalentes, tem como reflexo um debate sobre acesso à justiça, uma vez que o acesso à justiça passa a integrar o próprio conceito de jurisdição, sendo elemento fundamental para sua caracterização (GRINOVER, 2018).

Abre-se espaço para novas tendências voltadas a desjudicialização de conflitos, por meio de órgãos e instituições além da estrutura judiciária estatal, fora do rol dos órgãos ditos jurisdicionais (MANCUSO, 2015).

Nos termos da Resolução 70/2009 do Conselho Nacional de Justiça: “o direito de acesso à justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da CF/1988, além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa”. Neste mesmo sentido, Kazuo Watanabe (2011, p. 5), entende que tal dispositivo deve ser interpretado não apenas como garantia de acesso ao Judiciário, mas sobretudo, como garantia de acesso à ordem jurídica justa, de forma efetiva, tempestiva e adequada.

Este movimento de garantia do acesso à justiça não é recente, e para que se possa efetivamente tratar do acesso à justiça como acesso à ordem jurídica justa é essencial a remissão

ao trabalho dos juristas Mauro Cappelletti e Bryan Garth, quando da exposição das ondas renovatórias do acesso à justiça.

Para Cappelletti (1994, p. 83) o movimento de Acesso à Justiça tem por foco buscar “caminhos para superar as dificuldades ou obstáculos que fazem inacessíveis para tanta gente as liberdades civis e políticas”. Nesse sentido, ele propõe a superação da leitura unidimensional do direito e da ciência jurídica, e propõe uma leitura tridimensional pautada no: a) problema ou exigência social que induz à criação de um instituto jurídico; b) na resposta ou solução jurídica; c) nos resultados ou impacto dessa resposta jurídica sobre as necessidades, problemas ou exigências sociais.

Posto isto, o jurista identifica três ondas renovatórias no que tange ao acesso à justiça, sendo a primeira delas voltada para superação do obstáculo econômico, demonstrando a necessária assistência judiciária aos pobres. Volta-se, nesse momento, a atenção para modelos que possam propiciar a inclusão e defesa daqueles que não detém condições de arcar com os honorários advocatícios (CAPPELLETTI, 1988).

No Brasil, os influxos da primeira onda renovatória, foram sensíveis, principalmente após a Constituição Federal de 1988, sobretudo pela implementação da Defensoria Pública, enquanto instituição voltada à orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. Garante-se assim, a assistência jurídica aos necessitados. (MANCUSO, 2015).

De igual maneira, a concepção dos Juizados Especiais de Pequenas Causas, no início da década de 1980, auxiliou no combate da “litigiosidade contida”, que consiste no fenômeno de “renúncia aos direitos violados em razão da dificuldades várias que impediam o acesso à justiça, como morosidade, custo elevado, excessivo formalismo e necessidade de prévia contratação de advogado” (WATANABE, 2018, p. 836).

O segundo grande movimento no esforço de garantir o acesso à justiça reporta-se à representação de interesses difusos, importando em verdadeira reforma ao processo civil e ao papel dos tribunais. Até então o processo civil tradicional não permitia a proteção desses direitos, em razão do processo ser visto apenas como um assunto entre duas partes, sobre seus interesses individuais, não compatível com ingresso de uma coletividade (CAPPELLETTI, 1988).

Passo importante quanto ao movimento da segunda onda, foi dado no Brasil, também a partir da Constituição Federal de 1988, que legitimou o Ministério Público a propor Ação Civil Pública para defesa dos interesses difusos e coletivos (art.129, III), que posteriormente

teve seu espectro de objeto, legitimidade ativa, e eficácia da coisa julgada expandidos (MANCUSO, 2015).

A terceira onda trata do novo enfoque dado ao acesso à justiça, a reforma por ela proposta inclui a prática da advocacia judicial ou extrajudicial, por advogados particulares ou públicos, centrando-se em mecanismos para processar e ao mesmo tempo prevenir disputas nas sociedades modernas. Os novos direitos emergentes exigiam mecanismos criativos de enfrentamento, nesse sentido adere-se ao acesso à justiça os ditos métodos adequados de resolução do conflito, à exemplo do juízo arbitral, a conciliação e incentivos econômicos; e ainda procedimentos especiais tais como os Juizados de pequenas causas (CAPPELLETTI, 1988).

A terceira onda também teve reflexos importantes no contexto brasileiro, tendo o ordenamento propiciado aproximações entre os planos judicial e outros meios de resolução de conflitos. Podendo-se citar, de maneira exemplificativa: compromissos de ajustamento de condutas e acordos em geral, que, submetidos a homologação judicial, formam título executivo judicial (art. 515, III, CPC); Juizados Especiais (Lei 9.099/95); estímulo aos métodos consensuais de solução de conflitos no Código de Processo Civil 2015; Lei de Mediação (Lei 13.140/2015); Lei da Arbitragem (Lei 9.307/1996); Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça; dentre outros diplomas que preveem ou autorizam, procedimentos outros que não a adjudicação de demandas judiciais (MANCUSO, 2015).

Em estudos subsequentes, o professor Kim Economides deu seguimento a leitura das ondas do acesso à justiça, e identificou o que ficou conhecido como a quarta onda de acesso à justiça. O foco agora é o campo da ética legal, voltado à inclusão não apenas dos cidadãos, mas sobretudo dos próprios operadores do direito (ECONOMIDES, 1999).

Segundo o autor, é necessário que o acesso à justiça seja visto não apenas pela dimensão macro (relativa à distribuição do recurso à lei), mas também pela dimensão micro (relativa à responsabilidade profissional). Assim, passa-se a questionar se o profissional do direito está sendo efetivamente preparado para ofertar o acesso à justiça, na perspectiva do acesso à ordem jurídica justa, o que desaguará em um questionamento acerca do modelo de ensino jurídico praticado no Brasil (ECONOMIDES, 1999).

O acesso à justiça ocupa, em um contexto democrático, a função de “habilitar o cidadão a tutelar seus interesses e possibilitar à sociedade a composição pacífica de conflitos” (TARTUCE, 2016, p. 77).

Espera-se, em uma ordem democrática, que o aparelho judiciário atue como instrumento de administração de conflitos sociais e intersubjetivos, pautado na consecução de

garantias constitucionais. Nesse sentido, deve promover a progressiva remoção dos obstáculos econômicos, sociais e culturais que acarretam na impossibilidade de acessar à ordem jurídica justa (SADEK, 2010).

Por uma releitura do acesso à Justiça, passa-se a compreender o usuário do Poder Judiciário, não como um polo da relação processual, mas sim como ser humano capaz de aprender a melhor resolver seus conflitos, por meio de comunicações eficientes.

O verdadeiro acesso à Justiça abrange não apenas a prevenção e reparação de direitos, mas a realização de soluções negociadas e o fomento da mobilização da sociedade para que possa participar ativamente dos procedimentos de resolução de disputas como de seus resultados (AZEVEDO, 2011, p. 17-18).

Cabe ao jurisdicionado desvencilhar-se dessa dependência, historicamente construída, de socorrer-se de terceiros (principalmente vinculados ao Estado) para resolver conflitos. É necessário que haja a retomada da consciência de sua condição de protagonista, pautando-se na dignidade humana como poder de autodeterminação, de definir seu próprio destino (TARTUCE, 2016).

Fato é que, em razão dos obstáculos apontados, o Poder Judiciário vem vivenciado um estado de incerteza com relação a efetividade de seus préstimos enquanto garantidor do acesso à ordem jurídica justa, o que denota um momento de crise institucional.

2.3 A crise do Poder Judiciário

Este cenário de reformulação da jurisdição só serviu para evidenciar o fenômeno da crise do Poder Judiciário. Em verdade, a relação entre a reformulação da jurisdição e o da crise é dialética: quanto mais elementos restam sem respostas eficientes no âmbito prático do Poder Judiciário, mais recorre-se a novas formas de resolução dos conflitos. De outro lado, quanto mais mecanismos de resolução de conflitos são desenvolvidos, mais evidenciam-se as lacunas do modelo binário praticado pelo Judiciário.

Engana-se quem acha que a crise do Poder Judiciário brasileiro é um fenômeno isolado da realidade mundial. Nos países de tradição *common law* o elevado custo do processo é a pauta a ser superada, ao passo que, nos países de tradição *civil law*, como o Brasil, o custo do processo até figura entre as causas da crise, mas, é a excessiva demora no trâmite processual que tende a se destacar dentre as causas da ineficácia do Judiciário (MARCATO, 2013).

A garantia da razoável duração do processo não é uma preocupação nova no âmbito do Poder Judiciário, mas ganhou azo constitucional apenas com a Emenda 45/2004, que aduziu

o art.5º, LXXVIII, nos termos dos quais: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

A morosidade dos processos, o custo, a burocratização na gestão dos processos, a mentalidade dos profissionais do Direito, as deficiências no patrocínio gratuito, a ausência de informação e orientação dos jurisdicionais, todos são conhecidos elementos que levam à obstrução das vias de acesso à justiça (GRINOVER, 2008).

Existem diversas inadequações no âmbito do Poder Judiciário, muitas das quais incorporadas como “tradições intocáveis”, que colocam o Poder Judiciário brasileiro como fora do tempo, que, mesmo diante de muito trabalho, pouco produz, sobretudo quando o produto esperado é a garantia de direitos dos cidadão e resolução de conflituosas com eficiência (DALLARI, 1996)

Tentar-se-á, nos tópicos que seguem, enunciar algumas das facetas dessa dita crise do Poder Judiciário, que se expressam desde o caráter estrutural da instituição (gigantismo da máquina judiciária) até a (in) satisfação dos interesses dos jurisdicionais.

2.3.1 Crise numérica e suas concausas⁸

Não é árdua a tarefa de demonstrar, por meio de números, o abarrotamento vivenciado pelo Poder Judiciário na atualidade. Recorrendo-se ao relatório “Justiça em Números - 2018” elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça (2018, p.72), é possível identificar que de cada 100.000 habitantes, cerca de 12.519 ingressaram com uma ação judicial no ano de 2017⁹.

Indo além, identifica-se que Judiciário encerrou o ano de 2017 com 80,1 milhões de processos em tramitação, aguardando alguma solução definitiva (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2018), o que configura uma crescente, se comparado ao ano de 2016 no qual registrou-se, ao final do ano, a existência de 79,7 milhões de processo em tramitação (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2018).

Importa mencionar que, no que pese o indicador global no Poder Judiciário quanto ao Índice de Atendimento à Demanda (IAD) tenha alcançado o percentual de 106,5%, não houve redução do estoque (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2018). Ou seja, estar-se-á diante

⁸ Esta terminologia foi cunhada pelo jurista Rodolfo Mancuso em sua célebre obra “Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas” (2015).

⁹ Considerados aqui apenas os processos de conhecimento e de execução de títulos extrajudiciais, excluindo, portanto, da base de cálculo, as execuções judiciais iniciadas. Ver mais em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>.

de uma maior produtividade institucional, mas que ainda não é suficiente para responder satisfatoriamente à demanda.

No que concerne ao tempo de giro do acervo, ou seja, o tempo necessário para zerar o estoque, considerando o cenário em que não houvesse ingresso de novas demandas, e fosse mantida a produtividade atual, seriam necessários aproximadamente 2 anos e 7 meses de trabalho para alcançar tal objetivo. Este tempo é ainda maior quando diante do acervo da Justiça Estadual, chegando a 2 anos e 11 meses (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2018).

A intensa conflituosidade decorre de inúmeros fatores, dentre os quais destaca-se a economia de massa. Grande parte dos conflitos que são levados ao Judiciário chegam em forma de demandas individuais, contribuindo com o fenômeno de processos repetitivos (WATANABE, 2011).

A solução adjudicada dos conflitos, por meio do processo judicial que culmina com a sentença do magistrado, é reflexo da “cultura da sentença” que traz como consequência o aumento da quantidade de recursos, refletindo não apenas no congestionamento das vias ordinárias, mas, igualmente, dos Tribunais Superiores, e até mesmo da Suprema Corte (WATANABE, 2011).

Essa cultura demandista é pautada em um falacioso exercício de cidadania, sob a crença de que, ao levar qualquer aspecto do cotidiano para apreciação do Poder Judiciário, estar-se-ia em pleno gozo do *status* de cidadão. Ocorre que ao fazer-se uso desmedido do direito de ação, acaba-se por “esgarçar o tecido social e sobrecarregar a justiça estatal de controvérsias que, antes e superiormente, poderiam e deveriam resolver-se em modo auto ou heterocompositivo” (MANCUSO, 2015, p. 65).

Ao lado de fatores culturais, o diploma processual civil é pautado em uma concepção binária de resolução de conflito, priorizando o tratamento adversarial e a solução adjudicada do conflito, não conseguindo “traduzir em solução efetiva as demandas que passaram a aportar de modo incontido nos tribunais a partir da última década do século passado” (CURY, 2018, p. 499).

A morosidade do Poder Judiciário não se deve apenas às questões de natureza estrutural, mas, sem dúvidas, decorrem da excessiva formalidade das normas processuais (SADEK, 1994). Não por outro motivo o Código de Processo Civil foi reformulado no ano de 2015, senão como uma tentativa de amenizar os efeitos da crise vivenciada pelo Poder Judiciário.

O jurista Rodolfo Mancuso (2015), em sua célebre obra “Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas”, sistematiza aquelas que seriam as concausas que

resultam no excesso de demanda por justiça estatal: a) ausência de oferta de outras vias de auto e heterocomposição de litígios; b) hiper juridicização da vida em sociedade; c) ufanista e irrealista leitura do inciso XXXV do art. 5º da CF/88, transformando o direito de ação em um dever de ação; d) gigantismo da estrutura judiciária, contribuindo para uma retroalimentação da demanda.

Para que possa se visualizar o gigantismo da máquina judiciária, em 2017, o Poder Judiciário contava com um total de 448.964 pessoas em sua força de trabalho, sendo 18.168 magistrados (4%), 272.093 servidores (60,6%), 71.969 terceirizados (16%), 67.708 estagiários (15,1%) e 19.026 conciliadores, juízes leigos e voluntários (4,24%) (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2018).

Outra faceta dessa crise numérica, relaciona-se a questão do custo do acesso à justiça. Não se pode esquecer que onde há um direito, há também um remédio constitucional visando sua garantia. Portanto, todos os direitos que existem de forma legal são necessariamente positivos, uma vez que o Estado intervirá frente abusos. Assim, os direitos têm custos posto que os remédios os têm (SUSTEIN; HOLMES; 2012).

Todos os direitos custam, pois, pressupõem a existência de uma máquina eficaz de supervisão, custeada pelos contribuintes. Em outras palavras, todo direito gera um dever, e os deveres são exigidos por meio da intervenção pública, via recursos do erário. Os direitos são bens públicos, são serviços sociais financiados pelos contribuintes e administrados pelo Estado visando o bem-estar coletivo e individual (SUSTEIN; HOLMES; 2012).

Neste cenário acaba-se recorrendo ao Poder Judiciário para garantia e manutenção de direitos. No entanto, não se pode esquecer que nenhum sistema judicial se mantém no vazio orçamentário, é necessário a injeção de dinheiro para que o sistema caminhe (SUSTEIN; HOLMES; 2012). A justiça estatal é um serviço público, sustentado pelo contribuinte (MANCUSO, 2015).

Tanto é assim que, o Relatório Justiça em Números, do Conselho Nacional de Justiça (2018) demonstra que no ano de 2017, as despesas totais do Poder Judiciário somaram R\$ 90,8 bilhões, o que representou um crescimento de 4,4% em relação ao último ano, e uma média de 4,1% ao ano desde 2011.

As despesas totais do Poder Judiciário correspondem a 1,4% do Produto Interno Bruto (PIB) nacional, ou a 2,6% dos gastos totais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Em 2017, o custo pelo serviço de Justiça foi de R\$437,47 por habitante, R\$ 15,20 a mais do que no ano de 2016 (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2018).

Neste sentido, a estratégia quantitativa adotada pelo Judiciário, gera também reflexos orçamentários, na medida em que, se há aumento da máquina judiciária, deve haver também aumento orçamentário para sua manutenção.

O Judiciário tem se limitado a responder à crescente demanda com mero incremento dos recursos materiais (prédios, servidores, equipamentos, etc.), sem atentar para o fato de que “o modelo judiciário adversarial de solução adjudicada encontra-se em estado de saturação, e não há no cenário sociológico qualquer sinal de que os fatores determinantes irão arrefecer” (CURY, 2018, p. 501).

A gestão judiciária pautada na lógica quantitativa, tem levado a oferta de “mais do mesmo”, retroalimentando um círculo vicioso de efeitos deletérios para o Estado e para os jurisdicionados (MANCUSO, 2015, p. 165).

2.3.2 A crise de efetividade

A prática forense evidencia que os comandos condenatórios ou prestacionais passam por uma crise de efetividade prática, isto porque, as sentenças condenatórias em si mesmas, não são capazes de oferecer um resultado útil e efetivo, ou seja, por mais que decorram do poder de imposição próprio ao Poder Judiciário, não refletem os interesses das partes, não alcançando assim adesão ou colaboração por parte do obrigado (MANCUSO, 2015).

Neste sentido, a parte que teve seu direito reconhecido em sentença condenatória é submetida ainda a diferentes percalços até efetivamente ter seus interesses atendidos:

a controvérsia torna-se *res dúbia*, em decorrência da judicialização; advém o desgaste pela excessiva duração do pleito; acrescenta-se o estresse pela imprevisibilidade do julgamento final; quando, enfim, se agrega a coisa julgada material ao comando judicial, eis que nova *via crucis* se apresenta, desta vez com os percalços da execução (MANCUSO, 2015, p. 116).

A crise da execução, tem origem no próprio processo de cognição que a precede. Assim, em razão de uma fase cognitiva imperfeita, morosa, inadequada, tem-se uma execução imperfeita, morosa e inadequada (CALMON DE PASSOS, 1991, p.239-347, apud MANCUSO, 2015, p.118).

Recorrendo-se aos números, mais uma vez, é possível visualizar de forma cristalina a crise de efetividade enunciada até aqui. O Relatório do Conselho Nacional de Justiça demonstra que o Poder Judiciário contava com um acervo de 80,1 milhões de processos pendentes de baixa

no final do ano de 2017, sendo que mais da metade desses processos (53%) se referia à fase de execução (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2018).

Apesar de ingressar no Poder Judiciário duas vezes mais casos em conhecimento do que em execução, no acervo, a execução é 34,6% maior. Os casos pendentes na fase de execução apresentam aumentos regulares, numa clara tendência de crescimento do estoque (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2018).

Esta faceta da crise do Poder Judiciário reflete-se também no ICJ Brasil (Índice de Confiança na Justiça), produzido pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. De acordo com este relatório, 24% dos entrevistados confiam no Poder Judiciário, demonstrando que os brasileiros confiam mais nas redes sociais, na Imprensa Escrita, nas Emissoras de TV, nas Grandes Empresas e no Ministério Público, do que no Judiciário (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, 2017).

A crise de eficiência do Poder Judiciário decorre também do processo de simplificação que a categoria “conflitos” sofreu no decorrer dos anos, “os juristas uniram todas as tensões que ameaçavam a paz social no conceito de conflito”, desconhecendo os diferentes objetos que os compõe (COSTA, 2003, n. p.).

Esse processo de simplificação encobriu a diferença entre a disputa e o conflito, na medida em que a disputa nada mais é do que uma decorrência do conflito, assim, resolver a disputa não põe fim ao conflito subjacente (COSTA, 2003). Logo, a sentença judicial, por vezes, não será capaz de acessar o conflito em si, mas apenas a disputa transmutada nos autos.

Ao demandar em juízo, as partes apresentam ao magistrado apenas um recorte da realidade verificada, e, por vezes, sequer falam diretamente entre si ou com o juiz, mas atuam por meio de seus advogados, que munidos de instrumental técnico, traduzem em termos jurídicos os interesses manifestos dos seus clientes (TARTUCE, 2016).

Assim, por vedação legal, as sentenças judiciais não acessam a lide sociológica, ou seja, o conflito no plano material, em sua integralidade, limitando-se a solver a lide jurídica (TARTUCE, 2016).

Comentando sobre a pacificação social, leciona Ada Pellegrini Grinover (2008, p. 25):

Esta, via de regra, não é alcançada pela sentença, que se limita a ditar autoritariamente a regra para o caso concreto, e que, na grande maioria dos casos, não é aceita de bom grado pelo vencido – o qual contra ela costuma insurgir-se com todos os meios na execução –, e que, de qualquer modo, se limita a solucionar a parcela de lide levada a juízo, sem possibilidade de pacificar a lide sociológica, em geral mais ampla, da qual aquela emergiu, como simples ponta do iceberg.

Portanto, é possível que a sentença judicial não seja bem recepcionada pelas partes, justamente porque a mesma não reflete os interesses (não postos) dos jurisdicionados, levando a resistência/inobservância do julgado.

Outro aspecto dessa mesma crise, deriva do fato da sociedade moderna continuar trabalhando o Direito por meio de uma leitura liberal-individualista-normativista, configurada apenas para enfrentar conflitos interindividuais, bem nítidos nos diplomas legislativos (STRECK, 1999).

Nas palavras de Lenio Luiz Streck (1999, p. 35): “A magistratura é treinada para lidar com as diferentes formas de ação, mas não consegue ter um entendimento preciso das estruturas socioeconômicas onde elas são travadas”. Assim, a crise vivenciada pelo Judiciário é reflexo do descompasso existente entre sua atuação e as necessidades sociais.

Parte desse descompasso decorre da inobservância do art. 2º da Constituição Federal de 1988 que assim enuncia: “são poderes da União, **independentes e harmônicos** entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” [grifo nosso]. Isto porque vivencia-se hoje, no âmbito do Poder Judiciário, um momento de judicialização da política, decorrente sobretudo da ausência de respostas satisfatória por meio de políticas públicas programadas ou implementadas pelo Estado (MANCUSO, 2015).

Desse modo, o Judiciário, no afã de efetivar garantias fundamentais, acaba por imiscuir-se em uma seara que não propriamente jurídica. Esta intervenção, por vezes, desconsidera que o Estado necessita, para implementação de direitos sociais, de disponibilidade orçamentária, e assim, magistrados prolatam sentenças que carecem de efetividade, por não serem faticamente realizáveis.

Nesse sentido que afirmar-se faltar harmonia entre os poderes, não existindo fluxos de diálogos institucionais voltados para resolução desses macros conflitos que desagüam no Poder Judiciário, mas que poderiam ser melhor resolvidos na esfera dos Poderes Executivo e/ou Legislativo.

A ausência de diálogo institucional reforça assim o cenário de crise de efetividade vivenciado pelo Poder Judiciário.

2.3.3 O modelo positivo-legalista do ensino jurídico brasileiro

A crise vivenciada pelo Poder Judiciário é, também, de maneira reflexa, a crise do ensino jurídico brasileiro. A racionalidade binária e quantitativa aplicada no gerenciamento do Poder Judiciário, é reflexo de um ensino jurídico, ainda, hermético e legalista.

A grade curricular do curso de Direito não dedica espaço significativo aos meios consensuais de resolução de conflitos, a ênfase do estudo acaba sendo prioritariamente centrada no exercício da jurisdição estatal contenciosa. Acaba-se assim, por consolidar o entendimento de que, somente a partir da atuação do Estado e de seu poder de coerção, é possível acessar a justiça (TARTUCE, 2016).

Nas palavras de Kazuo Watanabe (2005, p. 685):

Toda ênfase é dada à solução dos conflitos por meio de processo judicial, em que é proferida uma sentença, que constitui a solução imperativa dada pelo representante do Estado. O que se privilegia é a solução pelo critério do “certo ou errado”, do “preto ou branco”, sem qualquer espaço para a adequação da solução, pelo concurso da vontade das partes, à especificidade de cada caso. É esse o modelo ensinado em todas as faculdades do país, sem exceção.

Partindo do questionamento “como está o ensino jurídico no país?”, Lenio Luiz Streck (1999), aduz que, desde de 1986, o relatório do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico- CNPq, apontava que as faculdades de Direito funcionavam como meros centros de transmissão de conhecimento jurídico oficial, não propiciando a produção de conhecimento científico.

Assim, “o professor fala de códigos, e o aluno aprende (quando aprende) em códigos”, somando-se isso ao despreparo metodológico dos docentes, explica-se a predominância da pesquisa bibliográfica no âmbito das pesquisas desenvolvidas no Direito (STRECK, 1999, p. 64).

Ignora-se desde o processo de formação, o contexto histórico e social no qual estão inseridos os atores jurídicos, bem como não se indaga a circunstância da qual emergiu a ementa jurisprudencial utilizada nas petições, e argumentações jurídicas (STRECK, 1999).

No que pese a distância temporal que separa a obra de Lenio Luiz Streck (1999), dos tempos hodiernos (2019), é inquestionável sua atualidade. O ensino jurídico permanece centrado “nun universo de silêncio: um universo do texto, do texto que sabe tudo, que diz tudo, que faz as perguntas e dá as respostas” (STRECK, 1999, p. 70).

Para superação desse paradigma, é necessário que o profissional do Direito entenda que, para além da defesa de seu cliente em juízo, a sua atividade tem por escopo a pacificação social, sendo imprescindível que ele atue como verdadeiro “*desing* de um enquadre que dê lugar a esforços colaborativos” (TARTUCE, 2016, p. 97).

De igual forma Kazuo Watanabe (2018, p. 835) aduz que a superação da atual “cultura da sentença” perpassa pela adequada formação dos futuros profissionais do Direito, sendo

necessário mudar o método de ensino do Direito, em especial do Direito Processual Civil, aderindo ao estudo dos conflitos de interesses e dos métodos adequados de sua prevenção e solução.

Neste sentido já é possível notar, no âmbito do ensino jurídico, algumas iniciativas que questionam o modelo instituído. Destacando-se, dentre as mais recentes, o parecer nº 635/2018 do Conselho Nacional de Educação/Câmara de Educação Superior (ainda em fase de homologação), que discute a revisão das Diretrizes Curriculares Nacionais do curso de graduação em Direito, e propõe a inclusão obrigatória da disciplina de “Formas Consensuais de Solução de Conflitos” na grade curricular, bem como indica que a regulamentação e o planejamento das atividades de práticas jurídicas incluirão práticas de resolução consensual de conflitos.

No que pese os novos esforços que tem sido feitos, o cerne na crise do Poder Judiciário, parece, ainda decorrer do fato de que “os juristas não se deram conta do fato de que o Direito é linguagem e terá de ser considerado em tudo e por tudo como uma linguagem” (STRECK, 1999, p. 48).

3 POLÍTICA JUDICIÁRIA NACIONAL DE TRATAMENTO ADEQUADO DOS CONFLITOS DE INTERESSES

Diante do cenário de crise constituído, o sistema tradicional de acesso à justiça passou a ser alvo de reformulações, das quais, evidenciou-se, o estímulo às práticas auto compositivas. Passou-se a buscar “uma longa tradição jurídica em que a solução dos litígios se dava pelos particulares sem vinculação com o Estado, embora este estivesse disponível para prestar a tutela jurisdicional” (TARTURCE, 2016, p. 149).

Esse movimento em busca da desprocessualização de controvérsias teve reflexos para além do Poder Judiciário, tendo influenciado na produção normativa por parte do Poder Legislativo, bem como na edição de políticas públicas voltadas para resolução adequada dos conflitos de interesses.

Nesse sentido, passa-se a analisar o que a professora Ada Pellegrini Grinover (2015, p.1) denomina de microssistema dos meios adequados de resolução de conflitos, composto pela: Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça¹⁰, a Lei 13.105/2015 (Código de Processo Civil Brasileiro) e a Lei 13.140/2015 (Lei de Mediação).

Antes, no entanto, em razão de tratar-se da análise de uma Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses, ou seja, de uma política pública, faz-se necessário definir o conceito e abrangência do termo “política pública”.

Política pública pode ser definida como “um conjunto de medidas articuladas (coordenadas), cujo escopo é dar impulso, isto é, movimentar a máquina do governo, no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública” (BUCCI, 2006, p. 14).

Toda política pública é um processo de intervenção na sociedade, constituindo-se como um conjunto de ações e omissões do Estado, decorrente de decisões pautadas e limitadas nos interesses econômicos, políticos e sociais, afigurando-se assim como um mecanismo de mudança social (SILVA, 2001).

Isto significa dizer que, para estruturação e desenvolvimento de uma política pública é necessário a execução de um conjunto de momentos, não lineares, articulados e independentes, destacando-se: a) a constituição do problema ou da agenda governamental; b) formulação de alternativas de políticas (diagnósticos e alternativas de enfrentamento da questão); c) adoção da política pública pelo poder competente; d) implementação ou execução do programa social (SILVA, 2001).

¹⁰ Devido aos recorrentes avanços sobre a temática, a Resolução sofreu duas emendas: a Emenda nº 1/2013 e a Emenda nº 2/2016, que igualmente serão alvo de análise.

A Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses brasileira encontra-se hoje, portanto, em fase de implementação do seu programa, assumido por unidades administrativas do Poder Judiciário que, nos termos da Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, mobilizam recursos humanos, financeiros e materiais para consecução dos objetivos e metas pretendidas, sobretudo, a pacificação social.

3.1 *Alternative Dispute Resolution (ADR)* e Tribunal Multiportas

A ideia de um Tribunal Multiportas (*Multidoor Courthouse*) surgiu nos Estados Unidos, no seio do movimento dos meios alternativos de resolução de conflitos, por iniciativa do professor Frank Sander, na década de 1970 (LUCHIARI, 2011).

Em 1976, foi realizado nos Estados Unidos a Conferência Pound, que reuniu diversos teóricos para debater o sistema tradicional de distribuição estatal de justiça. Nesse momento, o professor Frank Sander propôs que as cortes americanas disponibilizassem aos jurisdicionados diferentes portas de acesso à justiça (TARTURCE, 2016).

Nas palavras do próprio Frank Sander (1979, p. 68):

There seems to be little doubt that we are increasingly making greater and greater demands on the courts to resolve disputes that used to be handled by other institution of society (...) Not only has there been a warning of traditional dispute resolution mechanisms, but with the complexity of modern society, many new potential sources of controversy have emerged as a result of the immense growth of government at all levels, and the rising expectation that have been created. Quite obviously, the courts cannot continue to respond effectively to these accelerating demands. It becomes essential there-fore to examine other alternatives.¹¹

A constatação a que chega o autor, é a mesma que atualmente se vivencia no âmbito do Poder Judiciário brasileiro: é inadmissível diante da complexidade dos conflitos que reclamam por soluções efetivas do Poder Judiciário, permanecer centrado em apenas uma única forma de solucioná-los.

Conceber o Poder Judiciário como um Fórum de Múltiplas Portas, consiste em considerá-lo como um centro de resolução de disputas, no qual é possível ofertar ao

¹¹ Parece haver pouca dúvida de que cada vez mais exigimos dos tribunais que resolvam as disputas que costumavam ser tratadas por outras instituições da sociedade (...) Não só houve uma difusão informacional acerca dos mecanismos tradicionais de resolução de litígios, mas também com a complexidade da sociedade moderna, muitas novas fontes potenciais de controvérsia surgiram como resultado do imenso crescimento do governo em todos os níveis, e da expectativa crescente que foi criada. Obviamente, os tribunais não podem continuar a responder de forma eficiente a todas essas demandas. Torna-se essencial, portanto, examinar outras alternativas [tradução livre].

jurisdicionado, diversos procedimentos além do processo judicial, adotando-se uma postura de gerenciamento do conflito (LUCHIARI, 2011).

Ao procurarem o Poder Judiciário, antes de dar início a qualquer procedimento, as partes passam por uma espécie de triagem, realizada por servidor público qualificado, que, atentando às características do conflito, indicará qual das “portas” é mais adequada para resolução daquela conflitiva (LUCHIARI, 2011).

O sistema multiportas “é o complexo de opções que cada pessoa tem à sua disposição para buscar solucionar um conflito a partir de diferentes métodos” (TARTUCE, 2016, p. 68). Examinam-se as diferentes formas de abordagem dos conflitos, tais como a mediação, arbitragem, negociação, “med-arb” (combinação de mediação e arbitragem), dentre outros métodos, para que seja possível identificar qual o caminho mais adequado para resolução da conflitiva (ALMEIDA, 2012).

A proposta americana do Tribunal Multiportas compõe-se de uma diversidade de métodos de composição de conflitos, permitindo inclusive modelos híbridos, tais como o processo de med/arb, o qual tem início com o procedimento padrão de mediação, e, em caso de perdurarem questões a serem resolvidas, passa-se ao processo de arbitragem. Em suma, o processo med/arb pressupõe acordo prévio entre as partes, e demonstra-se adequado para partes que prezam pela confidencialidade e sigilo de todas as fases procedimentais (PAUMGARTTEN, 2015).

Outra flexibilização possível é a “arb/med”, no qual desenvolve-se primeiro a arbitragem e posteriormente a mediação. O primeiro passo é a realização de uma arbitragem padrão e a emissão de decisão arbitral, no entanto, o conteúdo da decisão não é revelado às partes de imediato. Ao final da arbitragem, as partes submetem-se a mediação, e rediscutem todos os pontos abordados no processo arbitral. Em sendo possível o acordo, o árbitro não emitirá a sentença e o termo de acordo será o documento final. De outro lado, resolvendo-se parcialmente a demanda em acordo, os pontos controversos serão abrangidos pela sentença arbitral (PAUMGARTTEN, 2015).

A grande vantagem deste método, é que, passando pela arbitragem num primeiro momento, as partes terão a oportunidade de conhecer os argumentos de defesa do outro lado, o que lhes dará oportunidade de verificar uma zona de possível acordo (PAUMGARTTEN, 2015).

A proposta do Fórum Multiportas compõe-se de um Poder Judiciário enquanto centro de resolução de disputas, o qual direciona as pessoas, conforme as especificidades de seu conflito, para processo mais adequado, assim, o magistrado assume uma função gerencial do

processo. Neste caso, o acesso à ordem jurídica justa ocorre pelas mais variadas “portas” do tribunal, na medida em que o processo judicial não é mais encarado como único meio possível e qualificado para enfrentamento de demandas (AZEVEDO, 2011).

Alguns critérios são elencados por Frank Sander (1979) para auxiliar na escolha do método mais adequado para resolução do conflito: a natureza da disputa, a relação entre disputantes, o custo do processo e a celeridade. Neste sentido, no modelo multiportas, todas as características inerentes ao conflito devem ser consideradas, e analisadas, para só então, definir qual a melhor “porta” para aquela demanda.

A experiência do Tribunal Multiportas, através da participação do agente na resolução de seus próprios conflitos, pode revelar-se uma ferramenta poderosa para empoderar os cidadãos e levá-los a perceber o conflito como uma oportunidade de redefini-lo, atribuindo-lhe nova perspectiva (ALMEIDA, 2012).

Seguindo a tendência norte-americana do Tribunal Multiportas, e com base no Livro Verde sobre os modos alternativos de resolução de litígios¹², o parlamento Europeu desenvolveu em 2004 um projeto para uma Diretiva relativa à mediação, que foi publicada em 2008 (PAUMGARTTEN, 2015).

A Diretiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, tinha por objetivo principal facilitar o acesso à resolução alternativa de litígios e promover a resolução amigável de litígios, por meio do incentivo da mediação, e pela busca do equilíbrio entre mediação e processo judicial (artigo 1º).

O fundamento da Diretiva consistia na garantia de um melhor acesso à justiça como parte da política da União Europeia para estabelecer um espaço de liberdade, de segurança e de justiça. Caberia assim, aos Estados-membros, em se tratando de conflitos transfronteiriços, aplicar as disposições da Diretiva, podendo inclusive transpor estas disposições a processos de mediação internos (considerando nº 8 da Diretiva 2008/52/CE).

No âmbito do MERCOSUL (Mercado Comum do Sul) o movimento em prol dos

¹² Os livros verdes são documentos publicados pela Comissão Europeia destinado a promover reflexões sobre determinados temas. No caso em tela, a Comissão das Comunidades Europeias apresentou, em 2002, o Livro Verde sobre os modos alternativos de resolução dos litígios em matéria civil e comercial. O principal objetivo deste diploma consistia em “lançar uma ampla consulta dos sectores interessados sobre algumas questões de ordem jurídica que se colocam no domínio dos modos alternativos de resolução dos litígios em matéria civil e comercial”. Ademais, justifica-se o interesse da comunidade europeia pela tomada de consciência quanto a melhoria do acesso à justiça a partir dos ADR (*Alternative Dispute Resolution*), bem como, em razão de viver-se em uma sociedade da informação em que, nomeadamente, o papel de novos serviços em linha de resolução dos litígios (“ODR” para designar “Online Dispute Resolution”) foi reconhecido em matéria de resolução dos litígios transfronteiras através da Internet. Para acesso ao teor do livro verde, vide: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52002DC0196&from=ES>.

métodos adequados de gestão de conflitos ainda é embrionário, encontrando-se genericamente regulado pelos Protocolos de Brasília e de Ouro Preto, que propõe a solução via arbitragem dos litígios entre Estados-partes (art. 1º), ou entre particulares e Estado (art. 2º) (PAUMGARTTEN, 2015).

Em razão da ausência de uma cultura negocial nos países da sul-americanos, a institucionalização destes meios de gestão do conflito por meio da implementação de políticas públicas gestadas pelo Poder Judiciário, tornou-se o caminho mais comum (PAUMGARTTEN, 2015).

3.2 Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça

No Brasil, passo importante em prol da institucionalização desses mecanismos foi dado com a Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, visto que ocorreu alteração na forma de enfrentamento da questão, passando-se do “como devo sentenciar em tempo hábil”, para, “como devo abordar essa questão para que os interesses que estão sendo pleiteados sejam realizados de modo mais eficiente e no menor prazo” (AZEVEDO, 2011, p. 17).

Em verdade, desde a década de 1990, é possível identificar estímulos na legislação processual à autocomposição, acompanhada na década seguinte de diversos projetos piloto nos mais diversos campos da autocomposição. Diante dos resultados positivos, e diante do contexto experienciado pelo Poder Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça aprovou, em 29 de novembro de 2010, a Resolução 125, instituindo a Política Judiciária Nacional de resolução adequada de conflitos (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016).

A Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses nasce em um cenário social de extrema conflitividade, no qual o Judiciário busca a solução de suas controvérsias, e superação de sua crise institucional (SPLENGLER, 2017).

O objetivo principal da política pública voltada ao tratamento adequado dos conflitos de interesse, é, impulsionar a participação dos conflitantes na construção de um resultado que satisfaça seus interesses, ou seja, devolver autonomia ao conflitantes para que estes assumam a responsabilidade por suas escolhas (SPLENGLER, 2017).

A resolução indica como seus objetivos: a) disseminar a cultura da pacificação social e estimular a prestação de serviços autocompositivos de qualidade (art. 2º); b) incentivar os tribunais a se organizarem e planejarem programas amplos de autocomposição (art. 4º); c)

reafirmar a função do agente apoiador da implantação de políticas públicas do CNJ (art. 3º) (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016).

Nesse contexto o usuário do Poder Judiciário ganha novo perfil, abandonado o papel de polo adversário, que deve munir-se de todas as armas para derrotar o adversário e convencer o juiz, para ocupar o papel de protagonista no conflito, capaz de melhor resolvê-lo através de comunicações eficientes (AZEVEDO, 2011).

De outro lado, o papel dos gestores, servidores, operadores do direito, membros do Poder Judiciário também sofreu uma modificação significativa com a adoção desta nova racionalidade, pautada no acesso à ordem jurídica justa, e na autonomia da vontade das partes, passando estes sujeitos a assumir a figura de gestores de conflitos, e não apenas de “operadores” técnicos.

É necessário que os tribunais e os magistrados abordem as questões como efetivos pacificadores (ainda que no âmbito de processos heterocompositivos). Assim, por meio desta política pública, busca-se “estabelecer uma nova face ao judiciário: um local onde pessoas buscam e encontram suas soluções – um centro de harmonização social” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016, p. 41).

A Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça propõe a introdução de meios consensuais de resolução do conflito, instituindo série de alterações estruturais e organizacionais nos Tribunais para bem desempenhar o exercício da conciliação e da mediação.

A Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos tem por objetivo, alcançar, por meio da institucionalização da conciliação e da mediação, no âmbito do Poder Judiciário, o escopo máximo da jurisdição, que é a pacificação social (LUCHIARI, 2011).

A Resolução considera “que o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa e a soluções efetivas”. Como decorrência, a Resolução 125/2010 do CNJ aponta que:

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.

A competência para institucionalização e estabelecimento dessa política pública é de certo do Conselho Nacional de Justiça, vez que o artigo 103-B, §4º, II da Constituição Federal

(responsável pela criação do CNJ) define como uma de suas atribuições a observância do art.37 da CF88, que elenca os princípios a serem observados pela Administração Pública, incluindo o princípio da eficiência (WATANABE, 2011).

Considerando que o Judiciário vive uma crise de eficiência, caracterizada pelo descompasso entre a oferta e procura de seus préstimos, nítido está também o descompasso entre as diretrizes do artigo 37 da Constituição Federal e a atuação do Poder Judiciário, devendo o mesmo ser minorado através da realização de políticas públicas.

Ademais, a própria Resolução 125/2010, atribui ao Conselho Nacional de Justiça o papel de “organizar programa com o objetivo de promover ações de incentivo à autocomposição de litígios e à pacificação social por meio da conciliação e da mediação”, devendo o programa contar com “a participação de rede constituída por todos os órgãos do Poder Judiciário e por entidades públicas e privadas parceiras, inclusive universidades e instituições de ensino” (art. 5º, Resolução 125/2010).

A Resolução visa, portanto, institucionalizar, no plano nacional, os meios adequados de resolução de conflitos como verdadeiros remédios jurisdicionais facultativos, à disposição do jurisdicionado. Dessa adoção decorrerá o desafogo dos órgãos judicantes, e maior celeridade dos processos, mas estes representarão mero subproduto da transformação social na direção da pacificação social, que se demonstra como imprescindível para reestruturação do Judiciário (PELUSO, 2010).

Para concretização e materialização da alteração de postura por parte do Judiciário, a Resolução ocupou-se de instituir o caminhar dos Tribunais, atribuindo-lhes a responsabilidade de introduzir os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC), e ainda, os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC).

3.2.1 Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos

Cada Tribunal, no momento da implementação da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos, deverá criar, no prazo de 30 (trinta) dias um Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução Conflitos, que, nos termos da Resolução 125/2010 do CNJ, serão coordenados por magistrados e compostos por magistrados da ativa ou aposentados e servidores, preferencialmente atuantes na área (art. 7º, Resolução 125/2010 CNJ).

A resolução foi construída sob três pilares de sustentação: inteligência, centralização de serviços e capacitação. Cabe aos Núcleos Permanentes atuar enquanto centros de

inteligência, responsáveis pela fixação de metas e diretrizes, bem como pela fiscalização da execução da política pública no Estado (NOGUEIRA, 2011a).

Nesse sentido, compete aos Núcleos Permanentes o desenvolvimento da Política Judiciária de tratamento adequado dos conflitos de interesses, através da instalação dos 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, bem como da capacitação, treinamento e atualização permanente de magistrados, servidores, conciliadores e mediadores nos métodos consensuais de solução de conflitos (art. 7º - Resolução 125/2010 CNJ).

Em outras palavras, a principal missão dos Núcleos concerne em desenvolver a Política Judiciária de tratamento adequado dos conflitos de interesses de que trata a Resolução 125/CNJ, no âmbito do Poder Judiciário, disponibilizando aos cidadãos mecanismos de solução consensual de conflitos, por intermédio da conciliação, mediação e orientação jurídica (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015).

Com a Emenda nº 01/2013, coube aos Núcleos Permanentes duas novas atribuições: os Núcleos poderão estimular programas de mediação comunitária, e nos termos do art. 73 da Lei nº 9.099/95 e dos arts. 112 e 116 da Lei nº 8.069/90, os Núcleos poderão centralizar e estimular programas de mediação penal ou qualquer outro processo restaurativo, desde que respeitados os princípios básicos e processos restaurativos previstos na Resolução nº 2002/12 do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas e a participação do titular da ação penal em todos os atos (PAUMGARTTEN, 2015).

Outra competência dos Núcleos Permanentes, que foi adicionada por força da Emenda nº 02/2016, versa sobre a criação de Sistema de Mediação e Conciliação Digital¹³ ou a distância para atuação pré-processual de conflitos, o que implica na modernização e em novas formas de instrumentalização da política pública.

3.2.2 Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania

Nos termos do artigo 8º, da Resolução, os Tribunais deverão criar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania que são unidades do Poder Judiciário, responsáveis pela realização ou gestão das sessões e audiências de conciliação e mediação que

¹³ A mediação digital tem por inspiração a Diretiva de nº 11/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho Europeu (JAQUES; SANTOS; ANTONELLO, 2016, p.121 apud SPENGLER, 2017, p.78).

estejam a cargo de conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão.

Na proposta inicial da Resolução 125/2010 do CNJ, o prazo para instalação dos Centros era de quatro meses a contar do início de vigência da Resolução, no entanto, com a Emenda nº 02/2016, foi revogada essa exigência, e não houve indicação de novo prazo em substituição, passou-se apenas a facultar, enquanto não instalados os Centros nas Comarcas, Regiões, Subseções Judiciárias e nos Juízos do interior dos Estados, que, se adote o sistema de conciliação e mediação itinerante.

Inspirado na proposta do Fórum de Múltiplas Portas, o Conselho Nacional de Justiça, via resolução, determina a implementação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, como forma de concentrar os vários serviços prestados pelo Poder Judiciário¹⁴, assumindo assim dois papéis principais: de centro de diagnóstico e de centralizar as conciliações e mediações de determinada região geográfica (NOGUEIRA, 2011b).

Enquanto centro de diagnóstico, devem recepcionar o jurisdicionado, realizando triagem inicial, e direcionando-o para a via que mais se adequar as características do seu conflito. E enquanto centro de conciliações e mediações, servem para aprimoramento da qualidade dos serviços prestados, formando cadastro único de conciliadores e mediadores qualificados a atuarem naquele Centro (NOGUEIRA, 2011b).

Os Centros contarão com um juiz coordenador e, se necessário, com um adjunto, aos quais caberão a sua administração e a homologação de acordos, bem como a supervisão do serviço de conciliadores e mediadores (Art. 9º, Resolução 125/2010 CNJ).

O procedimento a ser adotado nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania ficou a cargo dos seus respectivos Tribunais, podendo o juiz coordenador trabalhar com vários métodos de solução de conflitos utilizados no Brasil, remetendo-nos assim a característica Multiportas do CEJUSC (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015, p.20).

Três são os setores que devem compor os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania: a) cidadania; b) solução de conflitos pré-processual e c) solução de conflitos processual (art. 10, Resolução 125/2010 CNJ).

¹⁴ Da proposta de centralizar os serviços prestados pelo Poder Judiciário, decorre o risco de criar-se no ideário popular, a ideia de que a conciliação/mediação são obrigatórias, de que o que for relatado na sessão será encaminhado ao magistrado, e ainda, por se tratar de serviço que incorporará a estrutura do Poder Judiciário, poderá causar no jurisdicionado, a confusão entre as funções do mediador e do magistrado, dificultado a efetividade do momento conciliatório (SPLENGLER, 2017, p.72), motivo pelo qual é essencial que os profissionais que atuem nesses Centros sejam capacitados para desconstruir essas possíveis barreiras impostas ao acesso à ordem jurídica justa.

O setor de cidadania tem por fulcro propiciar ao cidadão acesso à informação, possibilitando a escolha pelo método de resolução de conflitos que melhor atenda às suas necessidades (PAUMGARTTEN, 2015).

O setor de demandas pré-processuais atenderá conflitos que ainda não foram judicializados. Neste sentido, o processo é inteiramente pautado na voluntariedade das partes, assim, a ausência de uma das partes não implica em nenhuma sanção de cunho processual (PAUMGARTTEN, 2015).

De outro lado, o setor de demandas processuais, é destinado a ações já ajuizadas, cujos processos são encaminhados através de despacho do magistrado, ou por solicitação das partes (PAUMGARTTEN, 2015). Nestes casos, sobretudo após a vigência do Código de Processo Civil de 2015, a ausência das partes poderá implicar na incidência de multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado (§8º, art. 334, CPC).¹⁵

Cada Centro contará com 1 (um) juiz coordenador e, se necessário, com 1 (um) adjunto, aos quais caberão a sua administração e a homologação de acordos, bem como a supervisão do serviço de conciliadores e mediadores (art. 9º, Resolução 125/2010 CNJ).

Visando facilitar a implementação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, o Conselho Nacional de Justiça elaborou um “Guia de Conciliação e Mediação: orientações para implantação de CEJUSC’s” (2015), no qual elenca como providências necessárias para instalação dos Centros, os seguintes passos: a) seguir orientações gerais; b) disponibilizar estrutura mínima necessária que comporte os setores processual, pré-processual e de cidadania; c) se for necessário, formular termo de cooperação para disponibilização de espaço físico; d) elaborar lista de indicação de servidores para atuar no centro; e) elaborar lista de conciliadores/mediadores para atuar no centro; f) solicitar capacitação da equipe que comporá o centro; g) solicitar designação de gestor do centro; h) solicitar instalação do centro; e por fim i) receber a placa inaugural.

Os conciliadores e mediadores que atuarem nos Centros, devem ser capacitados nos termos das diretrizes curriculares propostas pelo próprio Conselho Nacional de Justiça, submetendo-se a aperfeiçoamento permanente e a avaliação do usuário (art. 12, e parágrafos,

¹⁵ Neste ponto merece destaque que o CPC/2015 indica a obrigatoriedade quanto ao comparecimento à audiência de mediação/conciliação, o que se distingue da obrigatoriedade em submeter-se ao procedimento, ou em sua continuidade. Neste mesmo sentido, encontra-se na doutrina norte-americana a distinção ente “*coercion into*” e “*coercion within mediation*”, assim, os tribunais podem exigir a presença nas sessões de mediação (*front end*), mas não podem exigir a celebração do acordo (*back-end*) (PAUMGARTTEN, 2015, p.517).

Resolução 125/2010 CNJ), bem como ao Código de Ética estabelecido na Resolução (Anexo III).

3.2.3 Dos anexos da Resolução 125/2010 – Diretrizes Curriculares (Anexo I) e Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais (Anexo III)

De forma anexa à Resolução, o Conselho Nacional de Justiça introduz parâmetros básicos para formação e atuação do conciliador/mediador judicial, neste sentido disponibilizava quatro anexos, tendo sido o Anexo II (Setores de Solução de Conflitos e Cidadania) e o Anexo IV (Dados estatísticos), revogados por força da Emenda nº 1/2013. Portanto, compõe ainda a Resolução 125/2010, o Anexo I (Diretrizes Curriculares) e o Anexo III (Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais).

Por meio do Anexo I o Conselho Nacional de Justiça, impõe os moldes básicos da formação de mediadores e conciliadores judiciais, delimitando que o curso de formação tem por função capacitar terceiros facilitadores, por meio do binômio teoria/prática. Nesse sentido, o curso subdivide-se em duas etapas: um módulo teórico e outro módulo prático (de estágio supervisionado).

No módulo temático (teórico) deve ser trabalhado o conteúdo programático que perpassa pelo: panorama histórico dos métodos consensuais de solução de conflitos, a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos, a cultura da paz, a moderna teoria do conflito, a negociação, conciliação, mediação, bem como suas áreas de utilização e conhecimentos interdisciplinares que se apliquem.

Deve ainda ser explorado o papel do conciliador/mediador, bem como sua relação com os envolvidos no procedimento autocompositivo, ressaltando as competências e habilidades a serem desenvolvidas pelo mediador/conciliador. Por fim, devem ainda ser apresentadas as disposições éticas que norteiam a atuação deste terceiro facilitador.

O módulo teórico tem carga horária mínima de 40 (quarenta) horas/aula e, deve ser necessariamente complementada pelo módulo prático (composto de estágio supervisionado) de 60 (sessenta) a 100 (cem horas).

No módulo prático o conciliador/mediador em formação deverá ter contato com casos reais, acompanhando um membro da equipe docente em suas atividades enquanto mediador/conciliador, tendo, obrigatoriamente que realizar três diferentes funções: a) observador, b) co-conciliador ou co-mediador; c) conciliador ou mediador.

Após a realização destas etapas, concluída a participação no módulo teórico com 100% de presença, seguida da conclusão do estágio supervisionado (com a produção dos relatórios necessários), o aluno será certificado da conclusão do curso básico de formação, e poderá efetuar sua inscrição no cadastro de mediadores junto ao Tribunal que pretende atuar.

Em continuidade, em seu Anexo III, a Resolução introduz o Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais, pautado nos “princípios que formam a consciência dos terceiros facilitadores, como profissionais, e representam imperativos de sua conduta” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2010, n. p.).

Logo em seu primeiro artigo o Código de Ética define um rol de princípios fundamentais que devem nortear a conduta destes profissionais, sendo eles: a) confidencialidade; b) decisão informada; c) competência; d) imparcialidade; e) independência e autonomia; f) respeito à ordem pública e às leis vigentes; g) empoderamento; h) validação (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2010).

Estes princípios conversam com aqueles estipulados no Código Conjunto, que foi produzido pela Ordem dos Advogados Americana, Associação Americana de Arbitragem e Associação para Resolução de Conflitos, em 1994 e revisado em agosto de 2005 (BRIQUET, 2016).

Nove normas padrões foram estatuídas como básicas para condução da atividade do mediador: a autoderminação, a imparcialidade, a competência, a confidencialidade, o conflito de interesses e a qualidade do processo (diligência) (BRIQUET, 2016).

Pela autoderminação o mediador deve respeitar a autonomia de vontade das partes, auxiliando-as a alcançar uma decisão voluntária e não coercitiva. Ademais, por meio da confidencialidade, fica o mediador impedido de divulgar qualquer informação obtida em razão da sessão realizada, devendo prezar pelo sigilo das informações (BRIQUET, 2016).

Fica ainda o mediador, no momento de sua atuação, adstrito ao princípio da imparcialidade, de modo que não deverá estabelecer qualquer padrão de favoritismo, preconceito ou parcialidade. Bem como, deverá observar o princípio do conflito de interesse, que, em sendo detectado envolvimento do mediador com a questão objeto da disputa ou um relacionamento entre mediador e qualquer das partes, este deverá ser analisado a luz da imparcialidade (BRIQUET, 2016).

Em razão inclusive do que já foi proposto no Anexo I da Resolução 125/2010, o mediador deve ser competente para exercício de suas funções, devendo ser capacitado para desenvolvimento de habilidades e competências necessárias ao bom atuar. Cabe ainda ao

mediador, conhecer e divulgar as normas que regem o processo de mediação/conciliação (BRIQUET, 2016).

Quanto a qualidade do processo ou diligência, o mediador/conciliador está obrigado a conduzir o processo de acordo com as normas de conduta pré-estabelecidas, de maneira diligente e segura (BRIQUET, 2016).

Quanto ao procedimento, o Código de Ética (em seu artigo 2º) impõe como regras a serem observadas, o dever de esclarecer os envolvidos sobre o método do trabalho a ser empregado (informação); dever de respeitar os diferentes pontos de vista dos envolvidos, garantindo-lhes que cheguem a uma decisão voluntária e consciente (autonomia da vontade); dever de não forçar um acordo e de não tomar decisão pelos envolvidos (ausência de obrigação de resultado); dever de esclarecer aos envolvidos que atuam desvinculados da profissão de origem, e que, em sendo necessária orientação afeta a qualquer área de conhecimento, poderão convocar para sessão profissional qualificado a prestá-las (desvinculação do dever de origem); e, por fim, o dever de assegurar que os envolvidos, ao chegarem a um acordo, tem total compreensão do compromisso que estão assumindo (compreensão quanto à conciliação e à mediação) (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2010).

O descumprimento dos princípios e regras estabelecidos no Código de Ética, bem como a condenação definitiva em processo criminal, resultará na exclusão do conciliador/mediador do cadastro ao qual está vinculado, bem como gerará impedimento para atuar nesta função em qualquer outro órgão do Poder Judiciário nacional (art. 8º) (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2010).

3.2.4 Outras determinações da Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça

Cabe ainda, ao Conselho Nacional de Justiça, o acompanhamento estatístico da atuação de mediadores e conciliadores, assim, por meio do portal da conciliação¹⁶, o Conselho Nacional de Justiça disponibiliza os relatórios gerenciais da política pública. Ainda, para efeitos de estatística os Tribunais deverão criar e manter banco de dados sobre as atividades de cada Centro Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (PAUMGARTTEN, 2015).

Assim, nos termos do artigo 14 da Resolução 125/2010, cabe ao CNJ “compilar informações sobre os serviços públicos de solução consensual das controvérsias existentes no

¹⁶ Acesso disponível no link: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao>.

país e sobre o desempenho de cada um deles, por meio do Departamento de Pesquisas Judiciárias (DPJ)” (Redação dada pela Emenda nº 2, de 08.03.16).

No Portal da Conciliação devem ser disponibilizadas diretrizes da capacitação de conciliadores e mediadores e de seu Código de Ética; relatório gerencial do programa, por Tribunal, detalhado por unidade judicial e por Centro; compartilhamento de boas práticas, projetos, ações, artigos, pesquisas e outros estudos; fórum permanente de discussão, facultada a participação da sociedade civil; divulgação de notícias relacionadas ao tema, bem como relatórios de atividades da "Semana da Conciliação" (Art. 15, Resolução 125/2010 CNJ) (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2010).

3.3 Lei 13.105/2015 – O novo Código de Processo Civil brasileiro

Fortalecendo o que já havia sido implementado via Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, o Código de Processo Civil de 2015, enuncia como uma das normas fundamentais do processo civil a promoção da solução consensual dos conflitos (art. 3º, §2º).

O CPC coloca a mediação e a conciliação em um amplo quadro de política judiciária, logo em seu artigo 3º, §2º quando enuncia ser dever do Estado promover sempre que possível a solução consensual dos conflitos (GRINOVER, 2015). Nos termos do §3º, art. 3º: “A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

O Código de Processo Civil, no seu artigo 165 determina aos Tribunais, que estes criem “Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição”, em consonância com as disposições da Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça.

Caberá ainda aos conciliadores, mediadores e as câmaras privadas de conciliação e mediação sua inscrição em cadastro nacional e em cadastro de Tribunal de Justiça ou de Tribunal Regional Federal, que manterá registro de profissionais habilitados, com indicação de sua área profissional (art. 167, CPC).

Outra inovação deste diploma processual diz respeito a audiência de conciliação e mediação prévia, prevista no artigo 334, CPC, conforme se lê:

se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

A carta (art. 248, §3º CPC) ou mandado de citação (art. 250, IV, CPC), intimará o réu a comparecer, acompanhado de advogado ou defensor público, à audiência de conciliação/mediação. Cabe ainda ao oficial de justiça, nos termos do artigo 154, VI, do CPC: “certificar, em mandado, proposta de autocomposição apresentada por qualquer das partes, na ocasião de realização de ato de comunicação que lhe couber”. Feita a certificação da proposta, o juiz ordenará a intimação da parte contrária para manifestação no prazo de cinco dias, sem prejuízo do andamento regular do processo (art. 154, § único, CPC) (DIDIER JUNIOR, 2017, p.701).

Frisa-se que, o novo diploma processual prevê a realização da audiência de conciliação ou de mediação antes mesmo da apresentação da defesa pelo demandado. Esta previsão privilegia a solução consensual de conflitos, e concede à autonomia privada um espaço de destaque no procedimento (MARINONI, 2016).

A audiência apenas não será realizada mediante a manifestação expressa de ambas as partes pelo desinteresse na composição consensual, ou quando se tratar de conflito que, por sua natureza, não admita a autocomposição¹⁷ (art. 334, §4º, CPC). Nota-se que não é suficiente para obstar a realização da audiência que apenas uma das partes dispense sua realização, mas sim, que ambas as partes expressamente manifestem o desinteresse na composição (MARINONI, 2016).

Em síntese, a mediação pode ocorrer antes (pré-processual) ou depois (processual ou incidental) de instaurado o processo judicial, podendo também se realizar sem nenhuma conexão com o processo (extrajudicial), no caso por exemplo das serventias extrajudiciais. Em qualquer dos casos há a possibilidade de uso da coerção estatal caso seja necessário para efetividade e cumprimento do acordo, isto porque, o termo de acordo valerá como título executivo extrajudicial ou, uma vez homologado pelo juiz, como título executivo judicial de acordo com artigo 20, parágrafo único, CPC (GABBAY, 2013).

Ainda, o Código de Processo Civil brasileiro, adotou o comparecimento à audiência de conciliação ou mediação como um dever processual das partes, assim o não comparecimento

¹⁷ Importa esclarecer a diferença entre “não admitir autocomposição” com “ser indisponível o direito litigioso”. Hoje, por força mesmo do artigo 3º, da Lei 13.140/2015, “pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação”. Nesse sentido, o fato de tratar-se de direito indisponível não exclui por si só a possibilidade de autocomposição (DIDIER JUNIOR, 2017, p.703).

injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado (art. 334, §8º, CPC). Não há aqui obrigatoriedade de aceite de propostas, ou realização do acordo, mas tão somente de atender ao chamado do Poder Judiciário (DIDIER JUNIOR, 2017).

A audiência será conduzida por conciliador ou mediador, conforme o tipo de conflito submetido à sessão, e, somente em casos excepcionais, poderá ser conduzida pelo juiz¹⁸ (art.334, §1º, CPC). Adverte-se que, segundo melhor doutrina, em tendo o magistrado conduzido a sessão de conciliação/mediação não poderá continuar atuando nos atos sucessivos do processo, sob risco de ter sua imparcialidade enquanto julgador comprometida (GRINOVER, 2015).

O Código de Processo Civil deu ainda ênfase na aplicação desses métodos consensuais de resolução de conflitos, quando das ações de família. Dessa maneira, “nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação” (art. 694, CPC).

O Código Processo Civil permite ainda a suspensão do processo, quando as partes, por meio de requerimento, desejarem submeter sua demanda à mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar (art. 694, parágrafo único).

Como forma de minimizar os efeitos da polarização do conflito, no momento da citação, o mandado conterà apenas os dados necessários à realização da audiência, e deverá estar desacompanhado de cópia da petição inicial (sendo assegurado ao réu o direito de acessá-la a qualquer tempo) (§ 1º, art. 695, CPC).

Posto isto, evidencia-se mais uma vez, a nítida proposta do novo diploma processual, que pode ser traduzida na busca pelo acesso à justiça como acesso à ordem jurídica justa. Nas palavras da professora Ada Pellegrini Grinover (2018, p. 18):

O processo deve ser estruturado a partir do estudo dos conflitos existentes na sociedade (de índole individual ou coletiva), para que se obtenha a tutela jurisdicional (ou processual) adequada (ou seja, a resposta justa e alinhada com as pretensões das partes) e a tutela processual adequada só pode ser obtida por intermédio do procedimento adequado, ou seja, do procedimento apropriado à solução de cada conflito surgido no plano sociológico.

¹⁸ No que pese o Código de Processo Civil possibilite a condução da sessão por parte do magistrado, esta não se demonstra uma opção harmônica com os princípios norteadores da mediação/conciliação, sobretudo pela fragilização da imparcialidade, e da independência. A figura do magistrado carrega consigo uma simbologia própria da adjudicação de conflitos, o que, por si só, poderia comprometer o comportamento colaborativo entre as partes.

Pensando em tratar cada situação com o método que melhor atenda às suas necessidades, que o Código de Processo Civil se ocupou de tarefa que, até então, não havia sido feita pela Resolução 125/2010 do CNJ: diferenciou a atuação do conciliador, da do mediador, bem como reafirmou os parâmetros que norteiam a atuação desses dois profissionais.

3.3.1 O conciliador e o mediador

Por força do Código de Processo Civil o conciliador atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, podendo sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem (§2º, art. 165, CPC).

Assim, a conciliação visa, em última análise, a obtenção do acordo, e, em razão disto, o conciliador sugere, orienta, e interfere e aconselha as partes no processo criativo (SPLENGLER, 2017).

Em contrapartida, o mediador atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliando aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos (§ 3º, art. 165, CPC).

Não cabe ao mediador, portanto, o papel propositivo de acordos, mas sim a “tarefa de possibilitar que conflitantes expressem seus sentimentos e seus interesses dando a eles espaço para, de modo criativo, formular sugestões e propostas para a resolução adequada do conflito” (SPLENGLER, 2017, p. 73).

Sistematicamente, a mediação e a conciliação diferem-se quanto a natureza do conflito (existência ou inexistência de vínculo entre as partes); quanto ao papel do mediador/conciliador ((im)possibilidade de sugerir soluções) e quanto aos objetivos perseguidos (se busca o acordo ou a reestruturação do vínculo/diálogo fragilizado pelo conflito) (SPLENGLER, 2017).

No que pese as diferenças já apontadas, ambas as atividades têm por princípios deontológicos a independência, a imparcialidade, a autonomia da vontade, a confidencialidade, a oralidade, a informalidade e a decisão informada (art. 166, CPC).

Quanto ao princípio da independência, prima-se pela independência do conciliador e mediador frente as partes, bem como o respeito a própria autonomia das partes. Neste sentido,

conciliadores e mediadores não podem sofrer interferências externas, ou internas, capazes de prejudicar o controle e condução da sessão (TARTUCE, 2016).

Este mesmo princípio encontra-se transmutado em forma de dever, nos termos do artigo 1º, V, do Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais (Anexo III, Resolução 125/2010 CNJ):

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 dever de redigir acordo ilegal ou inexecutável (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2010, n. p.).

O Código de Processo Civil preocupou-se também em lastrear a conduta dos mediadores e conciliadores no princípio da imparcialidade. Neste sentido, adota a previsão do Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais, que impõe o

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 (art.1º, IV) (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2010, n. p.)

Em razão disto, mediadores e conciliadores estão sujeitos, no que couber, às mesmas hipóteses de impedimento¹⁹ e suspeição²⁰ previstas aos magistrados, no corpo dos artigos 144 e 145 do Código de Processo Civil brasileiro.

¹⁹ Art. 144. Há impedimento do juiz, sendo-lhe vedado exercer suas funções no processo: I - em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como membro do Ministério Público ou prestou depoimento como testemunha; II - de que conheceu em outro grau de jurisdição, tendo proferido decisão; III - quando nele estiver postulando, como defensor público, advogado ou membro do Ministério Público, seu cônjuge ou companheiro, ou qualquer parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive; IV - quando for parte no processo ele próprio, seu cônjuge ou companheiro, ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive; V - quando for sócio ou membro de direção ou de administração de pessoa jurídica parte no processo; VI - quando for herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de qualquer das partes; VII - em que figure como parte instituição de ensino com a qual tenha relação de emprego ou decorrente de contrato de prestação de serviços; VIII - em que figure como parte cliente do escritório de advocacia de seu cônjuge, companheiro ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, mesmo que patrocinado por advogado de outro escritório; IX - quando promover ação contra a parte ou seu advogado.

²⁰ Art. 145. Há suspeição do juiz: I - amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes ou de seus advogados; II - que receber presentes de pessoas que tiverem interesse na causa antes ou depois de iniciado o processo, que aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa ou que subministrar meios para atender às despesas do litígio; III - quando qualquer das partes for sua credora ou devedora, de seu cônjuge ou companheiro ou de parentes destes, em linha reta até o terceiro grau, inclusive; IV - interessado no julgamento do processo em favor de qualquer das partes.

Em sendo detectado impedimento, o conciliador ou mediador o comunicará imediatamente, de preferência por meio eletrônico, e devolverá os autos ao juiz do processo ou ao coordenador do Centro Judiciário de solução de conflitos, devendo este realizar nova distribuição (art. 170, CPC).

Ainda, “se a causa de impedimento for apurada quando já iniciado o procedimento, a atividade será interrompida, lavrando-se ata com relatório do ocorrido e solicitação de distribuição para novo conciliador ou mediador” (§ único, art. 170, CPC).

Importa mencionar que, ainda que não esteja configurado um dos casos legais de impedimento ou suspeição, por força da Lei 13.140/2015 (Lei da Mediação), qualquer vínculo pré-existente com uma das partes, ou condição que possa gerar insegurança nas partes, deve ser também reportado. Assim enuncia o artigo 5º § único da Lei 13.140/2015:

A pessoa designada para atuar como mediador tem o dever de revelar às partes, antes da aceitação da função, qualquer fato ou circunstância que possa suscitar dúvida justificada em relação à sua imparcialidade para mediar o conflito, oportunidade em que poderá ser recusado por qualquer delas.

Conciliadores e mediadores ficam ainda impedidos, pelo prazo de um ano²¹, contado do término da última audiência em que atuaram, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes (art. 172, CPC).

Em sintonia com a imparcialidade, tem-se o princípio da confidencialidade, traduzido no dever de manter sigilo sobre todas as informações obtidas na sessão de mediação/conciliação. Sua principal função, portanto, é proteger os participantes em caso de ausência de acordo, impedindo a utilização das informações ali obtidas, como elementos probatórios para possíveis ações judiciais (PEIXOTO, 2018).

A confidencialidade estende-se assim a todas as informações produzidas no curso do procedimento (art.166, §1º, CPC), bem como às partes, prepostos, advogados, assessores técnicos e todos aqueles que participaram direta ou indiretamente do processo autocompositivo (§1º, art.30, Lei 13.140/2015). Inclusive, por força da legislação pátria, mediadores, conciliadores e demais membros de suas equipes, são vedados de divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação (art. 166, §2º, CPC).

²¹ De igual modo prevê a Resolução 125/2010: Art. 7º, § 7º Nos termos do art. 172 do Código de Processo Civil de 2015, o conciliador e o mediador ficam impedidos, pelo prazo de 1 (um) ano, contado do término da última audiência em que atuaram, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes. (Incluído pela Emenda nº 2, de 08.03.16). Lei.13.140/2015: art. 6º. O mediador fica impedido, pelo prazo de um ano, contado do término da última audiência em que atuou, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes.

Somente em casos bem específicos a legislação permite a quebra da confidencialidade, sendo estes: a) se as partes expressamente a afastarem (art.30, Lei 13.140/2015); b) quando a divulgação for exigida por lei ou necessária para cumprimento do acordo obtido (art.30, Lei 13.140/2015); c) tratar-se de informação relativa à ocorrência de crime de ação pública (art. 30, §3º, Lei 13.140/2015) e d) para fins de prestar informações à administração tributária após o termo final da mediação, aplicando-se aos seus servidores a obrigação de manterem sigilo das informações compartilhadas nos termos do art. 198 da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional (art. 30, §4ª, Lei 13.140/2015) (TARTUCE, 2016).

Pressupõe-se ainda que os métodos autocompositivos são regidos sobretudo pela autonomia da vontade das partes, isso implica dizer que as deliberações expressas por uma pessoa plenamente capaz, com liberdade e observância dos cânones legais deve ser tida como soberana (TARTUCE, 2016).

Se o CPC/2015 já demonstrou preocupação em atribuir maior autonomia para as partes dentro do próprio processo litigioso, através dos chamados negócios processuais (art. 190, CPC), tal princípio tem ainda mais força no processo autocompositivo (PEIXOTO, 2018).

Na mediação as partes têm protagonismo no desfecho de suas demandas, privilegiando-se a autodeterminação em prol da decisão de um terceiro interventor (TARTUCE, 2016). O artigo 166, § 4º do Código de Processo Civil, endossa o princípio da autonomia da vontade, quando aduz que “a mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais”, devolvendo às partes o poder de resolução da conflitiva.

O respeito à autonomia da vontade das partes dialoga com o princípio do empoderamento, previsto no Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais (Anexo III da Resolução 125/2010 CNJ). Cabe, portanto, à mediadores e conciliadores o “dever de estimular os interessados a aprenderem a melhor resolverem seus conflitos futuros em função da experiência de justiça vivenciada na autocomposição” (art. 1º, VIII).

Sobre o princípio da oralidade, ressalta-se que a mediação se desenvolve sobretudo por meio de processos comunicativos, por vias orais de conversações e negociações, preza-se sobretudo pelo reestabelecimento da comunicação entre as partes (TARTUCE, 2016).

No que pese a Lei 13.140/2015 (Lei da Mediação), determine em seu artigo 20 que o procedimento de mediação judicial será encerrado com a lavratura do seu termo final, quando for celebrado acordo ou quando não se justificarem novos esforços para a obtenção de consenso, não há, em nenhum dos diplomas que compõe o microssistema dos meios consensuais de resolução de conflitos, nenhuma regulamentação detalhada sobre seu teor, o que favorece

sobremaneira a autonomia das partes, e os processos comunicativos desenvolvidos entre estas (TARTUCE, 2016).

A informalidade incentiva a naturalização do procedimento de negociação entre as partes, favorecendo a construção de um ambiente confortável e que possibilite amplas flexibilizações procedimentais, com fins de garantir a autonomia das partes (PEIXOTO, 2018).

O princípio da decisão informada nada mais é do que “o dever de manter o jurisdicionado plenamente informado quanto aos seus direitos e ao contexto fático no qual está inserido” (art. 1º, II, Código de Ética Conciliadores e Mediadores Judiciais) (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2010).

Assim, compete ao mediador/conciliador esclarecer aos participantes o procedimento e etapas aos quais serão submetidos, permitindo que estes optem por participar ou não daquele momento. Além do mais, a decisão informada está relacionada com a compreensão das escolhas e compromissos que estão sendo assumidos por meio daquele termo de entendimento (SPLENGLER, 2017).

3.4 Lei 13.140/2015 – A Lei da Mediação

Compondo o microssistema legislativo sobre os meios adequados de resolução de conflitos, temos a Lei 13.140/2015, também conhecida como Lei da Mediação, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

Fruto da compilação das propostas legislativas PLS 517/11, PLS 434/11, PLS 405/13, determina, em seus 48 artigos, a atuação dos mediadores judiciais e extrajudiciais, os procedimentos de mediação, sobre confidencialidade e suas exceções, bem como da autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público, e disposições finais (SPLENGLER, 2017).

As disposições gerais sobre a mediação foram parcialmente introduzidas quando da exposição da função dos mediadores e dos princípios constantes no Código de Processo Civil/2015, restando apontar o “como fazer” mediação, nos termos da Lei de Mediação.

A Lei 13.140/2015 preocupa-se em estabelecer o procedimento da mediação, dando início com o estabelecimento do dever do mediador, logo na primeira reunião de mediação, alertar as partes acerca das regras de confidencialidade aplicáveis ao procedimento (art. 14).

Em disposição seguinte, a lei dispõe sobre a possibilidade de mediante requerimento ou anuência das partes, serem admitidos outros mediadores para funcionarem no mesmo

procedimento, quando isso for recomendável em razão da natureza e da complexidade do conflito (art. 15, Lei 13.140/2015).

Ponto relevante da normativa diz respeito a suspensão do prazo prescricional, enquanto transcorrer o procedimento de mediação (art. 17, § único, Lei 13.140/2015). Disto retira-se que, ainda que uma das partes esteja agindo de má-fé, com fulcro em postergar a resolução da demanda, não há risco da outra parte restar impossibilitada de ingressar com ação junto ao Judiciário reivindicando seu direito em razão de inobservância do prazo prescricional (SPLENGLER, 2017).

No desempenho de sua função, o mediador poderá reunir-se com as partes, em conjunto ou separadamente²², bem como solicitar das partes as informações que entender necessárias para facilitar o entendimento entre aquelas, respeitando-se assim a independência do mediador (art. 19, Lei 13.140/2015).

Ao final do procedimento, será lavrado termo de entendimento, que valerá como título extrajudicial, e posteriormente a homologação judicial, como título executivo judicial (art. 20, Lei 13.140/2015).

Além de regular a atuação de mediadores e conciliadores judiciais e extrajudiciais a Lei de Mediação facultou aos entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) a criação de câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública (art. 32, Lei 12.140/2015).

Assim, as câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, detém competência para dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública; avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público; e ainda promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta (art. 32, I, II, III, Lei 12.140/2015).

Quanto as controvérsias jurídicas que envolvam a administração pública federal direta, suas autarquias e fundações, estas poderão ser objeto de transação por adesão, com fundamento em: autorização do Advogado-Geral da União, com base na jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal ou de tribunais superiores; ou parecer do Advogado-Geral da União, aprovado pelo Presidente da República (art. 35, Lei 12.140/2015).

²² A reunião do mediador com as partes de forma individualizada, constitui-se como técnica denominada *caucus* ou sessão privada. As sessões privadas são geralmente solicitadas quando os ânimos entre as partes estão muito exaltados ou quando há necessidade de esclarecer fatos de cunho muito pessoal ou intimistas, que possa vir gerar constrangimento de uma das partes se feito em sessão conjunta. Importa mencionar que não há quebra da imparcialidade uma vez que, caso seja feito uso de sessão privada com uma das partes, obrigatoriamente deve ser disponibilizado igual tempo de escuta para a outra parte (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016, p.188).

O Relatório Justiça em número do Conselho Nacional de Justiça, tem demonstrando, ano após anos, que dentre os maiores litigantes do país, encontram-se as pessoas jurídicas de direito público. Este dado revela a importância da Lei 13.140/2015, quando do seu pioneirismo em incentivar a adoção de práticas compositivas pelos maiores responsáveis pelo congestionamento do Poder Judiciário (SPENGLER, 2017).

No que pese essa inovação legislativa seja relevante, importa mencionar que existem limites à resolução consensual de conflitos que envolvem a Administração Pública, à exemplo da indisponibilidade dos interesses públicos; imposição de publicidade por força de norma constitucional; a impessoalidade; dentro outros (SPENGLER, 2017), mas que para fins desta dissertação não serão desenvolvidos de forma pormenorizada.

Em suas disposições finais, a Lei 13.140/2015 possibilita a criação de um banco de dados sobre boas práticas em mediação, pela Escola Nacional de Mediação e Conciliação, no âmbito do Ministério da Justiça (art. 41).

Estende ainda a aplicabilidade da legislação, a outras formas de resolução de conflitos, tais como mediações comunitárias e escolares, e àquelas levadas a efeito nas serventias extrajudiciais, desde que respeitadas suas competências (art. 42, Lei 13.140/2015).

Em linhas gerais, a Lei de Mediação veio para somar com as disposições já estabelecidas pela Resolução 125/2010 do CNJ, bem como com o Código de Processo Civil 2015, compondo, ao lado desses diplomas normativos o microsistema que orienta a implementação da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos no âmbito do Poder Judiciário.

4 INTERSEÇÕES ENTRE A PROPOSTA HABERMESIANA DO AGIR COMUNICATIVO E OS MEIOS ADEQUADOS DE RESOLUÇÃO DO CONFLITO

Apresentado preliminarmente o microssistema legislativo que permeia a implementação da Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos, é chegada a hora de desenvolver os pilares da teoria do agir comunicativo de Jürgen Habermas, como forma de suprir os elementos teóricos necessários para análise de conteúdo proposta nesta dissertação.

Jürgen Habermas, filósofo alemão, tem como proposta filosófica o desenvolvimento de uma teoria crítica da sociedade, e, no decorrer do desenvolvimento de suas obras, percebe que a linguagem é o caminho para se alcançar uma sociedade autorreflexiva e orientada rumo à emancipação (DUPEYRIX, 2012).

Uma reflexão verdadeiramente crítica pressupõe uma experiência de diálogo, composta por uma troca dinâmica de perspectivas, pondo-se à prova opiniões, crenças e certezas. Nesse sentido, a autorreflexão não é uma reflexão solitária do sujeito sobre si mesmo, mas sim uma obrigação comum, a ser realizada em sociedade (DUPEYRIX, 2012).

Ademais, para Habermas o papel de uma filosofia social crítica consiste em identificar situações em que a comunicação está prejudicada, em que interesses particulares e formações institucionais sufocariam aspirações legítimas e se colocariam como universais e verdadeiras. É nesse contexto que o autor reafirma o espaço público como uma das garantias essenciais da democracia, tendo por função assegurar uma transparência comunicativa nos debates sociais e políticos (DUPEYRIX, 2012).

Na percepção habermesiana, as sociedades atuais estão estruturadas em condições precárias de integração social, arranjos que potencializam conflitos. O homem contemporâneo dirige seu agir por uma racionalidade meramente instrumental, voltado a busca de interesses próprios, e pautados em cálculos de vantagens e decisões arbitrárias (BUSTAMANTE, 2013).

Para melhor compreensão da teoria habermesiana é necessário discorrer acerca dos elementos e características da comunicação, tendo em vista que ela ocupa papel decisivo na configuração de uma racionalidade comunicativa. Não por outro motivo Habermas a coloca como médium para obtenção de um agir comunicativo.

4.1 A comunicação humana

Todo ato humano ocorre na linguagem e, todo ato na linguagem produz o mundo que se cria com outros no ato de convivência que dá origem ao humano (MATURANA; VARELA, 1995).

Para desenvolvimento da complexa rede de relações humanas, é necessário a comunicação, a compreensão do outro. A capacidade para o diálogo é um atributo singular do ser humano, e manifesta sua maior característica, concretizada na busca pelo sentido das coisas que o cercam (BERTOLLA, 2018).

Toda reflexão, inclusive a reflexão sobre os fundamentos do conhecer humano, se dá necessariamente na linguagem, que é nossa forma particular de sermos humanos e estarmos no fazer humano. Por esse motivo, a linguagem também é nosso ponto de partida, nosso instrumento cognitivo e nosso problema (MATURANA; VARELA, 1995).

A linguagem humana permite “a quem opera nela descrever-se a si mesmo e às suas circunstâncias”. No entanto, a linguagem não é obra de um único sujeito isolado na apreensão de um mundo externo, mas sim, uma existência compartilhada de mundos linguísticos e semânticos que produzimos com os outros (MATURANA; VARELA, 1995, p. 233; 253).

A sociedade segue fundamentalmente da linguagem. O homem, enquanto ser aí no mundo, utiliza-se de ferramentas, tais como a palavra e seus respectivos significados para comunicar-se com o outro, e consigo mesmo (PICON; MINGOTTI; BUZZATO, 2015).

Etimologicamente falando, a palavra “comunicação”, deriva do latim *communicatione*, que, por sua vez, deriva da palavra *commune*, que significa comum. Assim, comunicação significa participar, por em comum, ou ação em comum. Neste sentido, é possível pensar a comunicação como um processo em que comunicadores trocam propositalmente mensagens codificadas; bem como uma atividade social, onde as pessoas, inseridas em um determinado contexto, criam e trocam significados visando responder a realidade que cotidianamente experimentam (SOUSA, 2006).

A comunicação pode se expressar de várias formas, a mais comum é a linguagem, que pode ser verbal, ou seja, palavras faladas ou escritas, mas também pode desenvolver-se por meio do não verbal, dos gestos, mímicas, desenhos, e mesmo dos silêncios (POKORSKI, 2012).

O silêncio carrega em si a singularidade do sujeito, que, por motivos subjetivos, se recusa a fazer uso da linguagem verbal. O silêncio não é vazio, o não-dito, carrega também significado a ser interpretado pelo outro (OLIVEIRA, 2007).

Uma das premissas elencadas pela Escola de Palo Alto²³ acerca da teoria comportamental da comunicação é que “é impossível não comunicar”, nesse sentido, em situações de interação, todo comportamento humano tem um significado de mensagem e constitui-se em uma unidade de comunicação. Ademais, toda comunicação tem um aspecto de conteúdo (a mensagem em si), e outro de relação (BRIQUET, 2016)

Esse aspecto relacional está no fato de que a linguagem apenas se dá no diálogo. E neste sentido, nas palavras de Gadamer (2000, p. 247):

Um diálogo é, para nós, aquilo que deixou uma marca. O que perfaz um verdadeiro diálogo não é termos experimentado algo de novo, mas termos encontrado no outro algo que ainda não havíamos encontrado em nossa própria experiência de mundo [...] o diálogo possui uma força transformadora. Onde o diálogo teve êxito ficou algo para nós e em nós que nos transformou.

As revoluções científicas e tecnológicas interferiam diretamente na forma de comunicar humana. Em tempos de redes sociais, fóruns de debates, e-mails, WhatsApp, e outras ferramentas de comunicação, o cidadão potencializou seu poder de interação, com a possibilidade de formação de redes (KOHN; MORAES, 2007).

Quanto a esse processo virtual de interação, é necessário ter cautela, sobretudo quando se investiga o estabelecimento de comunicações autênticas frente ao processo de anonimato (ausência de singularidade dos sujeitos) possibilitado pela rede. Nas palavras de Mead (1972, p.272 apud SANTOS, 2002, p. 102):

“...if the social relation can be carried on further and further then you can conceivably be a neighbor to every body in your block, in your community, in the world...What is essential is the development of the whole mechanism of social relationship which brings us together, so that we can take the attitude of the other in our various life-processes”.²⁴

O alerta feito pelo autor é no sentido de esclarecer que o elemento central da comunicação (seja ela estabelecida virtualmente ou pessoalmente), é justamente o estar com o outro. Quando o autor enuncia que por meios das redes é possível “*ser vizinho de cada pessoa*

²³ A Escola da Palo Alto, também conhecida como “Colégio Invisível” foi responsável por considerar a comunicação como uma interação social, passando a considerar todo comportamento humano como comunicação. Sobre a Escola de Palo Alto ler mais em: WATZLAWICK, P.; BEAVIN, J.H; JACKSON, D.D. Pragmática da comunicação humana – um estudo dos padrões, patologias e paradoxos da interação (1981). São Paulo: Cultrix. 1993.

²⁴ Tradução livre: “Se a relação social pode ser levada em mais e mais, então você pode ser um vizinho para cada pessoa em seu bloco, em sua comunidade, no mundo ... O que é essencial é o desenvolvimento de um mecanismo de relacionamento tão cíclico que nos leva a tomar atitudes do outro em nossos vários processos de vida”.

em seu bloco, em sua comunidade, no mundo”, ele expõe a potencialidade que a internet tem de quebrar barreiras geográficas, culturais e temporais.

No entanto, é preciso esclarecer que, não é só o fato de poder estar com outro em um ambiente virtual, que torna esse ambiente comunicacional, e sim o fato de ali serem estabelecidos processos cíclicos de trocas empáticas, o que nas palavras de Habermas poderia ser dito como estabelecimento de um agir comunicativo.

Nesse sentido, a comunicação pode ser definida como um estado de construção de significados em conjunto. O sujeito se constrói com o outro, na linguagem, e pela linguagem.

4.2 Por uma racionalidade comunicativa

A teoria da comunicação desenvolvida por Habermas, pauta-se no desenvolvimento de uma comunicação orientada para o entendimento e emancipação, filiada à linguística pragmática, ou seja, aquela que examina o contexto em que o enunciado foi produzido, bem como a intencionalidade do locutor (DUPEYRIX, 2012).

Dizer que uma comunicação é orientada para o entendimento significa dizer que se busca compreender as razões para que determinado enunciado se torne aceitável. Todo ato de linguagem possui uma dimensão locutória e uma dimensão ilocutória. A dimensão locutória refere-se ao próprio conteúdo do que está sendo enunciado (as referências que faz aos elementos do mundo); de outro lado, a dimensão ilocutória corresponde a força performativa da linguagem, a relação interpessoal existente entre o locutor e o interlocutor (DUPEYRIX, 2012).

Em processos comunicativos cotidianos, uma exteriorização nunca está lá por si mesma. O falante atribui a ela um significado que pressupõe ser também de compreensão do ouvinte (HABERMAS, 2012a).

Habermas se apropria neste ponto da teoria dos atos da fala, desenvolvida por Langshaw Austin em 1955, para quem a fala além de ato descritivo, é também ato performativo, que exerce efetiva influência na vida em sociedade. Para esta proposta a fala possui três tipos de atos: locucionário, ilocucionário e perlocucionário (PALERMO, 2013).

Ato locucionário é aquele que expressa ação ou estado de coisas utilizando-se da linguagem, ex. “eu prometo que vou à festa domingo”; de outro lado, o ato ilocucionários refere-se à realização de uma ação na linguagem, no caso da frase acima o ato substancia-se na promessa, neste sentido, deve-se cumprir a promessa feita. Já o ato perlocucionário é a utilização da linguagem para realização de uma intenção oculta do locutor, configurando um ato evasivo que se realiza pela fala e não na fala. Seria o caso do locutor ter dito “eu prometo

que vou à festa domingo”, mas apenas como uma estratégia para por fim aquela situação, em verdade não há intenção real de comparecer à festa no domingo (PALERMO, 2013).

Isso importa para fins da teoria da comunicação em Habermas, posto que o processo comunicativo está pautado em pretensões de validade. Assumir pretensões de validade, corresponde à tomada de decisão em termos de confirmação ou negação perante discursos diversos. Assim, diante de um enunciado é possível criticá-lo tomando por base um contexto normativo; ou no aspecto da veracidade da proposta enunciada, visando compreender se o enunciado foi expresso com sinceridade; e ainda, criticá-lo com embasamento social/cultural, verificando se é factível ou não o que fora proposto (PALERMO, 2013).

Em resumo, as pretensões de validade podem ser expressas da seguinte forma: “o enunciado feito é verdadeiro; segunda, a fala está em consonância com o contexto normativo vigente; terceira e última, a intenção expressa do falante corresponde à que ele pensa” (BERTOLLA, 2018, p. 59).

Quando alguém fala algo, ele o faz com pretensões à verdade; ou à precisão normativa; ou à expressividade subjetiva. Se o interlocutor percebe a dimensão ilocutória do enunciado que lhe foi dirigido, e assume aquelas mesmas pretensões, o diálogo irá fluir, pois não há pontos de discordância sobre os pressupostos ou pretensões assumidas (DUPEYRIX, 2012).

Se o interlocutor discorda ou questiona alguma dessas pretensões, a comunicação se interrompe e passa ao nível da discussão das razões que se tem para dizer determinado enunciado. A racionalidade até aqui implícita, e assumida por todos os agentes de fala, passa a ser explícita e se traduz em um processo argumentativo (DUPEYRIX, 2012).

As pretensões expostas nas falas ou atos, no mais das vezes são definidas pelo contexto em que estão inseridas. Assim, uma exteriorização (enunciado ou ato) expressa a perspectiva objetiva ou espacial e temporal assumida pelo falante quando este se refere a uma pretensão de validade (HABERMAS, 2012a).

Portanto, é necessário que os enunciados sejam lidos a luz do contexto em que foram produzidos, sob pena de incompreensão da pretensão de validade exarada através do mesmo. Exemplificando: se um sujeito comum em conversa com um amigo que pretende comprar determinado apartamento enuncia que “o prédio é de péssima qualidade”, ele pode estar fazendo com base em parâmetros subjetivos de avaliação, ou seja, sua pretensão de validade milita em um campo de argumentação específico. De outro modo, se um engenheiro civil enuncia que “o prédio é de péssima qualidade”, a pretensão de validade do seu enunciado é pautada em um campo argumentativo voltado não apenas a critérios subjetivos, mas sobretudo pautado em normas e conhecimentos técnicos, o que dá outra tônica ao enunciado.

Em continuidade, Habermas trabalha de forma comparativa duas correntes que servem para indicar se o agir foi ou não racional, neste sentido apresenta os requisitos da racionalidade para os “realistas”, e para os “fenomenólogos”.

Por uma perspectiva realista, pautada em um critério ontológico de um mundo objetivo, a racionalidade encontra-se no mero controle de condições a serem cumpridas pelo agente, assim, basta que esse tenha controle e conhecimento sobre a disponibilidade dos meios que propõe usar, e que seja capaz de fundamentar seu agir. Portanto, a conduta será racional se ela alcançar a sua finalidade e puder sustentar-se diante das críticas (HABERMAS, 2012a).

De outro lado, em contextos de ação comunicativa, o critério utilizado é o da corrente fenomenológica, ou seja, é necessário investigar as condições em que o consenso foi almejado, e não apenas considerar o fato dele ter sido obtido (como na perspectiva realista). É necessário investigar as condições de validade das exteriorizações simbólicas, e estas se encontram em um saber fundamental compartilhado intersubjetivamente (mundo da vida) (HABERMAS, 2012a).

Em linhas comparativas, se a racionalidade é mensurada pelo sucesso das intervenções orientadas para um fim (corrente realista), é suficiente exigir que elas possam escolher entre alternativas e controlar as condições do entorno. Diferente ocorre quando se pretende analisar a racionalidade pelo viés do agir comunicativo, é necessário averiguar se todos os participantes da comunidade de comunicação, partilham das mesmas pretensões de validade acerca do mundo da vida (HABERMAS, 2012a).

A racionalidade geralmente é vinculada às pessoas (ex. fulano é racional), ou a ações verbais ou não verbais (ex. tal conduta foi racional). As exteriorizações simbólicas para serem “racionais” devem refletir pretensões que podem ser criticadas e defendidas por seus locutores, ou seja, fundamentadas. Assim, atribui-se “a racionalidade de uma exteriorização à sua disposição de sofrer críticas e à sua capacidade de se fundamentar” (HABERMAS, 2012a, p. 32-34).

Nesse sentido, comunicação não é, para Habermas, um espaço ausente de conflitos. Pelo contrário, para o autor, a comunicação é um processo de questionamento permanente, que evolui exclusivamente pela força do melhor argumento (e não por meio da força, da tradição ou da imposição) (DUPEYRIX, 2012).

Discutir é uma tentativa de superar as incompreensões desenvolvidas no processo comunicativo, é buscar sanar as divergências quanto as pretensões assumidas pelos agentes de fala.

Desenvolver um agir comunicativo consiste em substituir a razão prática pela razão comunicativa, indo além de uma subjetividade solipsista, pautada apenas nas experiências

pessoais. É ultrapassar as perspectivas do processo tradicional, alcançando outra perspectiva mediante novos procedimentos de gestão do conflito que priorizem o empoderamento das partes (SPLENGLER, 2012).

A ação comunicativa, portanto, é aquela que ocorre entre duas ou mais pessoas, que se comunicam, buscando chegar a um entendimento. O agir comunicativo supõe uma racionalidade peculiar, presente na linguagem e na comunicação humana, as quais implicam referência a um conjunto de significados, valores e cultura, compartilhados pelos atores (HERRLEIN JR, 2007).

Visando identificar uma racionalidade que pudesse responder à complexidade social, Habermas trabalha a teoria do agir comunicativo partindo de uma comunidade articulada em dois níveis: o mundo da vida e o sistema (SPLENGLER, 2012).

O primeiro nível, do mundo da vida, constitui o pano de fundo onde os agentes comunitários atuam, podendo subdividir-se em um mundo objetivo (composto de entidades sobre as quais se possa produzir enunciados verdadeiros); mundo social (composto de todas as relações interpessoais legitimamente reguladas); e por fim, o mundo subjetivo (composto da totalidade de vivências do falante) (SPLENGLER, 2012).

Nesse sentido, o mundo da vida constitui-se de âmbitos de ação estruturados comunicativamente, que se traduzem na cultura (conhecimento), na sociedade (ordem legítima) e na personalidade (identidade individual) (HERRLEIN JR, 2007). O mundo da vida não pode ser enxergado apenas pela lente de uma das dimensões supracitadas, mas sim, deve percebê-las em conjunto (cultura/sociedade/personalidade), formando um quadro de referência cognitiva hermenêutico (PALERMO, 2013).

Todo ato de entendimento pode ser concebido como parte de um procedimento cooperativo de interpretação, voltado a alcançar definições situacionais intersubjetivamente reconhecidas. O conceito de mundo da vida, é correlato, portanto, aos processos entendimento. Sujeitos que agem comunicativamente, buscam o entendimento no horizonte do mundo da vida. O mundo da vida é este pano de fundo (HABERMAS, 2012a).

É no interior do mundo da vida, neste pano de fundo, que os participantes da comunicação se movem em comum, quando se referem tematicamente a algo no mundo (HABERMAS, 2012a). Quem busca o entendimento precisa submeter-se a padrões comuns, que servirão de base para definir se concordam ou não com as pretensões de validade expostas pelos outros interlocutores (HABERMAS, 2012a).

É importante que no processo de comunicação em busca do consenso, as partes efetivamente partilhem das mesmas pretensões acerca do mundo da vida, caso contrário,

poderão ocorrer distúrbios na comunicação. De maneira ilustrativa, se um sujeito propõe-se a interpretar um texto legado pela tradição (um enunciado do século passado), é possível que o intérprete, erroneamente, situe o texto sob a ótica do seu próprio século, em outro contexto que não aquele de produção pelo autor, quando em verdade, sua tarefa interpretativa, deveria partir do mundo da vida do autor e de seus destinatários, comportando as definições situacionais que o texto pressupõe (HABERMAS, 2012a).

O mundo da vida acumula o trabalho interpretativo prestado pelas gerações precedentes, neste sentido não se excluem os consensos obtidos até então, mas sim, incorporam-se as evoluções interpretativas. Portanto, a tradição cultural partilhada por uma comunidade é constitutiva do mundo da vida (HABERMAS, 2012a).

O processo de evolução social compreende assim os processos de aprendizagem individuais e coletivos que, criam, a cada época, novas regras para solução de conflitos. O aprendizado incorpora-se nos sistemas interpretativos da sociedade, formando estruturas sociais de consciência que abarcam ideias prático-morais e conhecimentos empíricos aos quais se pode fazer uso socialmente (HERRLEIN JR, 2007).

Assim, “um mundo da vida constitui o horizonte de processos de entendimento por meio dos quais os envolvidos se embatem ou se põe de acordo sobre algo que está no mundo objetivo, em seu mundo social ou em um mundo subjetivo” (HABERMAS, 2012a, p. 245).

De outro lado, o sistema, prescinde do entendimento como mecanismo de coordenação. Assim, é possível dizer que são ações organizadas formalmente, tais como o subsistema econômico e administrativo, e nesse sentido, em nada conversam com o mundo da vida (HERRLEIN JR, 2007).

Pautando-se nessa diferença entre mundo da vida e sistema, que Habermas propõe o necessário desenvolvimento de um agir comunicativo como forma de evitar a desestruturação do mundo da vida promovida pelos imperativos sistêmicos, que não se pautam no entendimento, e sim em relações de poder (HERRLEIN JR, 2007).

Os pressupostos da ação comunicativa perpassam pela mútua capacidade dos participantes do processo comunicativo responderem por seus atos, responsabilizando-se por eles; logo, os participantes devem estar mutuamente dispostos ao entendimento e atuar sobre um consenso (SPLENGLER, 2012).

Para que isso seja possível, os participantes devem partilhar de uma mesma tradição e a sua orientação é normativamente integrada de forma que ambos partam da mesma definição da situação e não discordem relativamente a pretensões de validade (SPLENGLER, 2012).

A racionalidade comunicativa pressupõe, portanto, um consenso baseado no reconhecimento intersubjetivo de pretensões de validade criticáveis. Um comum acordo precisa, ao fim e ao cabo, sustentar-se sobre razões. E a racionalidade dos que participam dessa prática comunicativa pode ser mensurada segundo sua capacidade de fundamentar suas exteriorizações sob circunstâncias apropriadas (HABERMAS, 2012a).

O agir comunicativo possibilita a coordenação de ações sem uso da coerção, resolvendo-se consensualmente conflitos decorrentes de dissonâncias cognitivas. Daí porque o consenso depende de reconhecimento intersubjetivo de pretensões de validade suscetíveis de crítica. A racionalidade dos falantes é medida pela capacidade de fundamentar suas manifestações (SPLENGLER, 2012).

O conceito de entendimento, portanto, remete a um comum acordo alcançado pelos participantes, e racionalmente motivo, que se mede segundo pretensões de validade criticáveis. Por pretensões de validade, entende-se as categorias de um saber que se corporifica simbolicamente em exteriorizações (HABERMAS, 2012a).

Esse modelo de agir comunicativo de Habermas, pautado na troca de argumentos, possibilitam um processo de ampliação do horizonte cognitivo dos agentes, em verdadeiro processo de aprendizado (DUPEYRIX, 2012).

A fundamentação do enunciado está assim, intimamente ligada ao conceito de aprendizado. É necessário que além de exteriorizar opiniões fundamentadas, o agente comunicativo seja capaz de aprender a partir das críticas que lhe são dirigidas. Assim, as exteriorizações racionais são também passíveis de correção (HABERMAS, 2012a).

A ação comunicativa se dá a partir da prática do consenso, gerando compromissos, numa estrutura social complexa na qual a coerção, caracterizada pela possibilidade de sanção, já não se apresenta mais como elemento condutor absoluto do agir social em relações conflituosas. Nestes termos, não obstante a importância do Direito enquanto elemento de promoção/manutenção da paz social, a mediação comunitária e por consequência a comunicação, o consenso, e a inclusão social por ela gerados surgem como meios de tratamento de controvérsias. (SPLENGLER, 2012, p. 173).

O comportamento do falante na argumentação revela se a ação é irracional (quando por exemplo retrai-se ou comporta-se dogmaticamente), ou se a ação é racional (quando aceita ou rechaça por meio de argumentos) (SPLENGLER, 2012).

O caráter relacional do homem ganha importância para o Direito na teoria habermasiana especialmente quando a preocupação é identificar critérios que acompanharão o cidadão num Estado em transformação, apontado os mecanismos que servirão para tratar os conflitos, possuindo como fundamento o consenso na convergência de uma proposta conciliadora (SPLENGLER, 2012, p. 180).

Desse modo, é possível compreender o Direito como uma ferramenta de estabilização de consensos no mundo da vida, uma vez que, constantemente o mundo dos participantes é modificado, gerando dissensos que irão requerer novos consensos (SPLENGLER, 2012).

Aquilo que manifestamente resulta de um cumprimento ou ameaça, não pode ser intersubjetivamente considerado um entendimento, pois vai de encontro com as condições sob as quais as forças ilocutórias despertam convicções e originam ligações (SPLENGLER, 2012).

A situação ideal de fala, no processo argumentativo, compõe-se dos seguintes pressupostos comunicativos: a) exclusão de qualquer forma de coação, devendo prevalecer apenas a força do melhor argumento; b) enquanto procedimento, a argumentação obedece a uma interação especialmente regulamentada entre proponentes e oponentes, nesse sentido, os falantes devem tematizar uma pretensão de validade problemática, assumir um posicionamento hipotético, e, em seguida, comparar, mediante razões, as pretensões assumidas; por fim, como último pressuposto, a argumentação deve se voltar a produzir argumentos procedentes e convincentes (HABERMAS, 2012a).

Argumentos convincentes nada mais são do que aqueles por meio dos quais é possível obter o reconhecimento intersubjetivo de uma pretensão de validade levantada pelo proponente de forma hipotética; com eles é possível transformar opinião em saber (HABERMAS, 2012a).

4.2.1 Racionalidade comunicativa e racionalidade instrumental

A linguagem comporta diferentes orientações, Habermas divide os conceitos de ação em quatro categorias: a) agir teleológico; b) agir regulado segundo normas; c) agir dramático; e, d) agir comunicativo (HABERMAS, 2012a).

Por agir teleológico entende-se aquele por meio do qual o ator tem sua ação voltada para realização de um propósito específico, e para seu alcance opta entre diversas alternativas. Esse modelo de agir teleológico evolui para um agir estratégico, quando, pelo menos um ator que atua orientado a determinados fins, revela-se capaz de integrar ao cálculo de êxito a expectativa de decisões (HABERMAS, 2012a).

Enquanto agir estratégico, a linguagem é utilizada para transmissão de informações ou comandos, suplantando o aceite do ouvinte (PEREIRA; ROSÁRIO; GÓES, 2017). Conforme já mencionado, o agir estratégico pressupõe a dinâmica entre dois atores que buscam, cada um, a um fim específico. Nesse sentido, “se comportam cooperativamente apenas na medida em que isso corresponda a seu cálculo egocêntrico das vantagens” (HABERMAS, 2012a, p. 169).

Por meio do agir estratégico os atores buscam vantagens individuais, agindo “sobre o outro e não com o outro, isto é, um agir racional com direção a fins, meramente estratégico” (BUSTAMANTE, 2013, p. 400). Assim, no agir estratégico, pelo menos um dos participantes pretende alcançar com sua fala efeitos perlocucionários, ou seja, que ela consagre os efeitos/intenções transversais/ocultos, e não efetivamente o que se declara (PALERMO, 2013).

O agir regulado por normas refere-se a membros de um corpo social, que orientam seu agir segundo valores em comum, representados pela norma. Assim, os atores geram expectativa de comportamentos generalizados pautados na norma vigente (HABERMAS, 2012a).

Uma norma possui validade social quando é reconhecida como válida por seus destinatários. Dizer que uma norma é válida, significa dizer, no plano ideal, que ela recebe assentimento de todos os atingidos, posto que atinge os interesses dos mesmos. De outro lado, no plano fático, ela é válida se tem reconhecimento quanto a sua pretensão de validade (HABERMAS, 2012a).

O modelo normativo de ação pressupõe, portanto, um mundo objetivo e outro social, mas, assim como o agir estratégico, não cobra do agente uma autorreflexão sobre si mesmo, própria do mundo subjetivo (HABERMAS, 2012a).

É possível falar-se também no agir dramático, pautado nas relações em que existe um público. Neste sentido, o ator suscita no seu público uma determinada imagem de si, para tanto realiza um controle sobre suas intenções, pensamentos, posicionamentos, etc. Há neste modo uma autorrepresentação regulada, uma estilização da expressão de vivências próprias, destinada aos espectadores (HABERMAS, 2012a).

O agir dramático poderá assumir traços estratégicos, quando o ator não mais trata os espectadores como público, mas sim como adversários. Nestes casos a tendência é a adoção de um direcionamento cínico de impressões que o ator desperta nos outros, manipulando-os sobre uma autorepresentação (HABERMAS, 2012a).

Para combate dessa utilização da linguagem voltada para fins perlocucionários (estratégicos), Habermas propõe a ação comunicativa, cujo fundamento é a finalidade ilocucionária da fala (performativa), voltada ao entendimento (PALERMO, 2013).

Habermas (2012a, p. 510), inclui no agir comunicativo “as interações mediadas pela linguagem nas quais todos os participantes buscam atingir fins ilocucionários, e tão somente fins como esses”. De outro lado, considera que o agir é estratégico, quando pelo menos um dos interlocutores, visa por meio de suas ações de fala, efeitos perlocucionários.

Efeitos perlocucionários, assim como os êxitos de ações teleológicas em geral, podem ser descritos como estados no mundo ocasionados por meio de invenções no mundo. Êxitos ilocucionários, por sua vez, são alcançados no plano das relações interpessoais, em que os participantes da comunicação entendem-se uns com os outros sobre alguma coisa que está no mundo; nesse sentido, Êxitos ilocucionários não são algo intramundano; são extramundanos. **Em todo caso, êxitos ilocucionários se dão no interior do mundo da vida que abriga os participantes da comunicação e constitui para eles o pano de fundo do processo de entendimento** (HABERMAS, 2012a, p. 508, grifo nosso).

No agir comunicativo, os atores da fala buscam um entendimento sobre a situação da ação para, de maneira concordante, coordenarem seus planos de ação (HABERMAS, 2012a). A ação comunicativa diferencia-se da ação estratégica, “porque nela os participantes perseguem fins ilocucionários com o propósito de chegar a um acordo que sirva de base à coordenação de planos de ação” (SPLEGLER, 2012, p. 171).

A linguagem, no modelo estratégico, é entendida com um, entre vários *media* com os quais os falantes orientados pelo próprio êxito atuam uns sobre os outros. Já no modelo normativo pressupõe-se a linguagem com um *médium* que transmite valores culturais e sustenta um consenso passível de reprodução. Para o modelo dramatúrgico a linguagem é um *médium* da autoencenação. E, é apenas no modelo de agir comunicativo que a linguagem assume o papel primordial, que nas palavras de Habermas seria de:

médium de entendimento não abreviado, em que falantes e ouvintes, a partir do horizonte de seu mundo da vida previamente interpretado, referem-se simultaneamente a algo no mundo objetivo, social e subjetivo a fim de negociar definições em comum para as situações (HABERMAS, 2012a, p. 183-184).

Apenas o modelo de agir comunicativo considera todas as funções da linguagem em igual medida, não obtendo apenas um entendimento indireto como no agir estratégico, nem apenas um consenso voltado a atualizar uma concordância normativa já subsistente; e, nem tampouco a autoencenação direcionada a espectadores (HABERMAS, 2012a).

No agir comunicativo, os atores tomam as três referências formais de mundo (objetiva, subjetiva e social) e integram-na em um sistema, como uma espécie de moldura interpretativa, sob a qual buscam entendimento. O entendimento pressupõe que os atores acordam quanto as pretensões de validade que manifestam reciprocamente (HABERMAS, 2012a).

Nesse sentido, as ações comunicativas exigem que a interpretação seja racional desde o seu início, quando os envolvidos devem estar de acordo sobre um julgamento intersubjetivamente válido de suas referências ao mundo (HABERMAS, 2012a).

A linguagem funciona assim como *médium* do processo de entendimento, ao longo dos quais os atores se referem a um mundo, manifestando suas pretensões de validade, que podem ou não ser aceitas pelos demais participantes (HABERMAS, 2012a).

Os participantes tem como tarefa a interpretação integrativa entre sua percepção da situação, com a percepção do outro sobre a mesma situação, de modo que “o mundo exterior “dele” e o meu “mundo exterior”, em uma versão revisada, se relativizem diante do pano de fundo de “nosso mundo da vida” e “do mundo” (HABERMAS, 2012a, p. 193).

A crítica habermesiana à sociedade moderna prossegue, apropriando-se da teoria de Marx Weber, para quem houve uma crescente racionalização das instituições e da vida por meio da burocratização (PALERMO, 2013).

Corroborando nesse entender, Habermas acredita que para fins de organização das massas e produções, foi necessário racionalizar instituições, tornando as ações humanas gradativamente mais controladas e mediadas por um agir teleológico, causando a perda do sentido na vida moderna, passando as relações sociais cada vez mais a serem orientada para fins (institucionais) e não para o entendimento (PALERMO, 2013).

As formas de coordenação intersubjetiva da ação, foram, em larga medida, substituídas pela coordenação objetiva e estratégica dos sistemas (URIBE RIVIERA, 1995).

A colonização do mundo da vida pelo sistema, explica em grande medida as patologias da sociedade moderna (URIBE RIVIERA, 1995): na cultura, como perda de sentido; na sociedade, como anomia; na pessoa, como doença psíquica (HABERMAS, 2012b).

Diversos efeitos decorrem da apropriação do mundo da vida pela racionalidade sistêmica, dentre os quais destacam-se o individualismo, a competitividade, a especialização elitizada do saber, e principalmente “a “coisificação” de todos os âmbitos comunicativos e uma orientação seletiva para o cognitivo-instrumental (URIBE RIVIERA, 1995).

Ao fim, o que pretende Habermas é demonstrar que, por meio do agir comunicativo, é possível resgatar a construção intersubjetiva do mundo da vida, descentralizando as decisões políticas dos meios burocráticos do Estado, possibilitando maior participação da sociedade civil (PALERMO, 2013).

Introduzir a possibilidade de intersubjetividade no âmbito da esfera pública, significa quebrar o monólogo estatal (na figura de suas instituições), e possibilitar novas formas de participação popular na administração da sociedade.

Evidentemente que, o modelo proposto não é “demasiadamente amarrado aos resultados empíricos – que nem sempre expressa justiça -, nem preso ao mero cumprimento normativo das regras do jogo democrático” (PALERMO, 2013, p. 13).

Transpondo-se essa teoria para o âmbito do Poder Judiciário, e sobretudo pela perspectiva do incentivo a novas formas de resolução de conflito, é possível, ao menos em nível teórico, verificar proximidades entre práticas auto compositivas (sobretudo a mediação) e o agir comunicativo habermesiano.

4.3 A mediação como ferramenta do agir comunicativo no âmbito da resolução de conflitos

A mediação é pautada na prática discursiva, na reestruturação do diálogo, e na tomada de consciência e responsabilidade de forma voluntária pelos envolvidos no conflito, fundamentos esses que igualmente pautam a teoria do agir comunicativo de Jurgen Habermas (BUSTAMANTE, 2013).

Por meio do diálogo é possível que os indivíduos construam decisões justas e legítimas, capazes de pacificar o conflito e possibilitar uma melhor compreensão dos fatos. Nesse contexto, surge a mediação como ferramenta para a transformação social por meio de obtenção de entendimentos, nos quais os sujeitos reconhecem reciprocamente seus direitos e deveres (BUSTAMANTE, 2013).

A mediação, tal qual o agir comunicativo, guia-se ao entendimento, mas não apenas o entendimento meramente instrumental (por vezes traduzido em um acordo de posições), mas sim em um entendimento alcançado pela força do melhor argumento, baseada no reconhecimento intersubjetivo de pretensões de validade criticáveis.

Habermas (2012a, p. 496), diferencia o processo de orientação para o êxito, do processo de orientação para o entendimento. O entendimento é “um processo de unificação entre sujeitos aptos a falar e agir”, portanto, o comum acordo precisa ser aceito pelos participantes como válido. Neste ponto, ele se distingue da concordância que subsista de maneira puramente fática.

Em outras palavras, “o comum acordo baseia-se em convicções compartilhadas” (HABERMAS, 2012a, p. 498), não basta que efetivamente ao final da mediação se tenha um documento assinado pelas partes, nominalmente descrito como “termo de acordo”, se em verdade, não foi possível expor pretensões de validade fundamentalmente passíveis de críticas.

Portanto, “os atos do entendimento unem os planos de ação de diferentes participantes (planos cuja estrutura é teleológica) e integram ações individuais, tornando-as um todo interacional” (HABERMAS, 2012a, p. 499), e esta deve ser a racionalidade desenvolvida no âmbito da mediação de conflitos.

Uma ferramenta utilizada na mediação, que propícia a obtenção de êxitos orientados ao entendimento, sobretudo porque facilita a exposição de pretensões de validade pelos interlocutores, é a “comunicação não violenta” (CNV).

Esta técnica, desenvolvida por Marshall Rosenberg, permite que as falas, em vez de serem reações repetitivas e automáticas, tornem-se respostas conscientes, firmemente baseadas na consciência do que o interlocutor está sentindo e desejando, expressando-se com honestidade, clareza, e ao mesmo tempo empática (ROSENBERG, 2006).

Os quatro componentes da comunicação não violenta são a observação, o sentimento, a necessidade e o pedido. Assim, em um primeiro momento cabe ao interlocutor observar o fato, sem julgar; em seguida, deve identificar como se sente em relação àquela ação/fato; em terceiro lugar, deve reconhecer e apontar suas necessidades, e por fim, expor isso por meio de um pedido específico e realizável (ROSENBERG, 2006). Esta forma saudável de comunicar-se, aproxima a mediação do agir comunicativo de Habermas.

Ademais, um dos princípios fundamentais que rege a atuação de conciliadores e mediadores (conforme Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais), é a decisão informada, transmutada no dever de manter o jurisdicionado plenamente informado quanto aos seus direitos e ao contexto fático no qual está inserido (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2010).

Assim, os envolvidos no processo de mediação devem estar plenamente cientes do contexto em que estão envolvidos, como forma de propiciar espaço para desenvolvimento de um agir comunicativo, em que os sujeitos possuem iguais condições de fala/ação.

Logo, cabe ao mediador assegurar que os envolvidos compreenderam perfeitamente as disposições do acordo, e quais os compromissos assumidos reciprocamente por meio daquele entendimento. Portanto, o processo de compreender o outro perpassa inevitavelmente pelo que Habermas expõe em sua teoria do agir comunicativo: é necessário conhecer as pretensões de validade do enunciado do outro, é necessário ter por pano de fundo o mesmo mundo da vida, sob pena de ineficiência do entendimento obtido. Ou seja, o significado daquele arranjo linguístico transcrito em um documento formal, precisa ser igual para os envolvidos no processo de entendimento.

A racionalidade de uma pessoa, ou de determinada conduta assim, não pode se limitar a obtenção de um consenso. Transportando isso para o âmbito dos métodos adequados de resolução de conflitos, é inviável considerar que foi atingida uma racionalidade comunicativa, pela mera obtenção de um acordo na sessão. É necessário ir além, e investigar se as partes compartilhavam das mesmas “pretensões acerca do mundo da vida”, em termos mais simples,

se ambas compreendem de igual forma os compromissos assumidos naquele acordo, se os termos finais do acordo representam a mesma coisa para ambas as partes.

Posto isto, o mediador funciona como intérprete dos enunciados exarados em sessão, tendo a função de parafrasear estes enunciados, para que seja possível a compreensão pelo outro ouvinte, a luz do mundo da vida que compartilha.

Apropriando-se do “recurso prévio à perfeição” de Gadamer (1960, p. 278, apud HABERMAS, 2012a, p. 248), Habermas sustenta que o intérprete precisa supor que o enunciado ou texto, apesar de sua inconsistência inicial com o contexto ao qual está inserido, representa uma exteriorização racional, isto é, passível de fundamentação sob determinadas pressuposições.

Ou seja, não cabe ao mediador julgar como indevido, ou incorreto, ou mesmo injusto, as pretensões das partes, e a forma como exteriorizou estes interesses. Do contrário, o mediador, enquanto terceiro facilitador, deve, por meio da técnica de perguntas abertas, investigar sob qual contexto aquele enunciado foi produzido, quais as pretensões de validade assumidas por aquele interlocutor, e possibilitar que o outro tenha acesso a estas pretensões, que o outro também possa compreender as razões por de trás do enunciado, assim como exarar as suas próprias pretensões.

Outro ponto de interseção entre a teoria do agir comunicativo, e a mediação, diz respeito a questão ética. “A linguagem, a palavra, o discurso têm importância categórica na tarefa de se chegar ao consenso, e por conseguinte, à ética” (PICON, MINGOTTI, BUZZATO, 2015, p. 2179).

O mediador tem sua atividade regida por um Código de Ética bem estruturado, que destaca enquanto princípios fundamentais da atuação profissional a confidencialidade, decisão informada, competência, imparcialidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação (art.1º, Anexo III, Resolução 125/2010 CNJ) (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2010).

Assim como em Habermas, o entendimento obtido na mediação pressupõe “a autenticidade do discurso e a prioridade do coletivo sobre o indivíduo” (PICON, MINGOTTI, BUZZATO, 2015, p. 2181), ou seja, tem-se no âmbito da mediação uma representação do que Habermas imagina para sociedade democrática em termos macros: a validação de um entendimento, pela compreensão e assunção de responsabilidades por todos os envolvidos no processo.

A ética está vinculada a forma como a linguagem se desenvolve no processo meditativo, a possibilidade das pretensões de validade serem colocadas à crítica, valida o acordo

obtido no final da sessão. A transposição “do que é bom para mim”, para “o que é bom para nós”, por meio da linguagem, é o que transforma a mediação em ferramenta do agir comunicativo.

A teoria habermesiana do agir comunicativo e a mediação trabalham o que há de mais complexo: a comunicação humana. Ambas buscam desenvolver instrumentos passíveis de viabilizar a retomada do diálogo autêntico e transformador entre os sujeitos.

Expostos os pilares de sustentação da teoria do agir comunicativo de Habermas, bem como suas interseções teóricas com os métodos adequados de resolução de conflitos, sobretudo, com a mediação, é chegado o momento de verificar se a implementação de uma Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos, no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, possui, de fato, proximidade com a proposta habermesiana do agir comunicativo.

5 ANÁLISE DE CONTEÚDO DA POLÍTICA JUDICIÁRIA NACIONAL DE TRATAMENTO ADEQUADO DOS CONFLITOS NO ÂMBITO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO Á LUZ DO AGIR COMUNICATIVO

O foco da presente dissertação é identificar em que medida a institucionalização dos meios adequados de resolução de conflitos no âmbito do Poder Judiciário, por meio dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, permite o desenvolvimento de uma racionalidade comunicativa entre Poder Judiciário e o jurisdicionado, sobretudo no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão.

Para fins de desenvolvimento metodológico, adotou-se como estratégia de pesquisa a Análise de Conteúdo, tendo por marco teórico, a obra “Análise de Conteúdo” (1977) da autora Laurence Bardin.

E ainda, quanto aos procedimentos técnicos, a pesquisa caracteriza-se enquanto estudo de campo, sendo realizada a coleta de dados no 1º Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC’s) situado no Fórum Desembargador Sarney Costa na cidade de São Luís/MA. A escolha por este Centro considerou o fator da maturidade de implementação, bem como, o da diversidade de demandas nele trabalhadas, abarcando tanto a esfera processual, quanto a pré-processual.

Para coleta de dados, a pesquisa fez uso da técnica de entrevista estruturada. A entrevista foi disponibilizada para aplicação com 100% dos jurisdicionados atendidos no 1º Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania situada na capital do Estado do Maranhão (APÊNDICE A), mediante assinatura de Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (APÊNDICE B) utilizando-se o critério da saturação das respostas obtidas para definição do encerramento.

Por fim, realizou-se igualmente a coleta de dados por meio da plataforma digital Attende, utilizada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, para controle dos dados acerca dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania.

5.1 O método – Análise de Conteúdo

Entende-se por análise de conteúdo o conjunto de técnicas de análise das comunicações visando obter, por meio de procedimentos sistemáticos e objetivos de descrição do conteúdo das mensagens, indicadores (quantitativos ou não) que permitam a inferência de

conhecimentos relativos às condições de produção/recepção (variáveis inferidas) desta mensagem (BARDIN, 1977).

O método volta-se, portanto, à análise de contextos comunicativos, tais como o produzido entre Poder Judiciário e jurisdicionado. Tendo uma dupla missão: “compreender o sentido da comunicação (como se fosse o receptor normal), mas também e principalmente, desviar o olhar para outra significação, outra mensagem entrevista através ou ao lado da mensagem primeira” (BARDIN, 1977, p. 41).

Não se pode perder de vista que, em última análise, o Direito é linguagem, e que “o universo jurídico deve ser compreendido como universo linguístico”. Nesse sentido, é por meio da linguagem que o Direito cria vínculos jurídicos entre pessoas, grupos sociais e instituições, é por meio da linguagem que o Direito cria compromissos, cria órgãos estatais, concede ou tira liberdades e garantias aos cidadãos (PICON; MINGOTTI; BUZZATO, 2015, p. 2171).

Ou seja, “se é pela linguagem que o Direito se estabelece, criando vínculos jurídicos entre pessoas e grupos sociais, não parece adequado persistir excluindo a linguagem do conhecimento jurídico” (PICON; MINGOTTI; BUZZATO, 2015, p. 2173). Não por outro motivo fez-se uso da análise de conteúdo, senão para valorar a linguagem enquanto elemento central da relação entre Poder Judiciário e jurisdicionado.

Em termos procedimentais, a análise de conteúdo organiza-se em: a) pré-análise; b) exploração do material; c) tratamento dos resultados, a inferência e a interpretação (BARDIN, 1977).

Na fase de pré-análise o objetivo é estabelecer um programa para desenvolvimento do método, compreendendo a escolha dos documentos a serem submetidos à análise, bem como a formulação das hipóteses e dos objetivos, e a elaboração de indicadores que fundamentem a interpretação final (BARDIN, 1977).

Quanto aos indicadores, optou-se por adotar uma leitura mais flexível dos mesmos, não aderindo a palavras ou frases pré-constituídas, e nem ao critério de repetição destas estruturas linguísticas, mas sim, a interpretação sistêmica dos textos, de forma a extrair maior proximidade com o agir estratégico ou com o agir comunicativo.

Para fase de exploração do material selecionado, foi necessário apenas administrar os pontos definidos na pré-análise, realizando procedimento de codificação, pelo qual os dados brutos do texto são transformados em unidades, e sistematicamente agrupados, permitindo uma descrição do conteúdo e posterior interpretação dos resultados obtidos (BARDIN, 1977).

Nas palavras de Bardin (1977, p. 31): “não existe o pronto-a-vestir em análise de conteúdo”, portanto, adotar-se-á as regras de base indicadas pelo referencial teórico, sem, no entanto, impor limitações quanto às possibilidades criativas que a análise em questão demande.

5.2 Pré-análise da legislação

Como primeiro passo da pré-análise foram selecionados dois grupos de materiais à serem analisados: o primeiro diz respeito à legislação pertinente à implementação da política pública que inaugura os Centros Judiciários de Solução de Conflitos no âmbito do Poder Judiciário; e o segundo grupo, consiste na entrevista estruturada aplicada no 1º Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC's) do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, junto aos jurisdicionados. Portanto, de forma sistemática, serão analisados:

- a) Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça;
- b) Lei 13.105/2015 – Código de Processo Civil (Normas fundamentais do Processo Civil – art. 1 a art.12; Dos conciliadores e mediadores judiciais – art. 165 a art. 175; Da audiência de conciliação ou de mediação – art. 334; Das ações de família – art. 693 a art. 699)
- c) Lei 13.140/2015 – Lei de Mediação;
- d) Resolução GP 102011 do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão – Criação do Núcleo Permanente de Resolução de Conflitos;
- e) Resolução GP 182015 do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão - Revoga a Resol-GP – 102011, do TJMA;
- f) Questionários aplicados aos jurisdicionados do 1º Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão.

Da submissão do primeiro grupo de material à análise, foram definidos os indicadores que permitem demonstrar qual a racionalidade praticada pela legislação, para que, em seguida, fosse possível estabelecer uma comparação com os indicadores encontrados no segundo grupo de materiais (entrevistas), com fins de verificar se a racionalidade encontrada nas falas dos jurisdicionados é a mesma praticada pela legislação.

Frisa-se que, no âmbito das ciências sociais, “não pode servir-se da linguagem preexistente no campo de objetos como se ela fosse um instrumento neutro”, é necessário compreender o saber pré-científico do participante de um mundo da vida (HABERMAS, 2012a,

p. 211), ou seja, é imprescindível que a análise dos documentos pré-selecionados, ocorra alinhada com o contexto de suas produções, e de seus atores principais.

Nesse sentido, rememora-se o já exposto no item 2.3, quando abordada a crise vivenciada pelo Poder Judiciário, e a necessária busca pela implementação de um acesso a justiça como acesso a ordem jurídica justa. A Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos, reflete, portanto, em seus normativos, o seu contexto de produção, traduzido na emergência de socorrer o Poder Judiciário de seu abarrotamento e ineficiência.

Daí porque levantam-se os seguintes pressupostos a serem confirmados ou falseados ao fim da análise:

a) O Poder Judiciário não promove bases para o desenvolvimento de um agir comunicativo;

b) A legislação base de implementação da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos, bem como as entrevistas realizadas com os jurisdicionados do 1º Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania, do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, refletem mais elementos de agir estratégico do que de agir comunicativo;

c) A Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos é fruto de um agir estratégico do Poder Judiciário, que, frente a crise em que vivencia, optou por novos modelos de resolução de conflitos, sobretudo como forma de buscar o desafogo, e não para efetivamente proporcionar acesso à ordem jurídica justa.

d) O Poder Judiciário comunica-se com o jurisdicionado por meio de atos de fala perlocucionários, ou seja, aqueles em que a enunciação não corresponde efetivamente aos fins almejados pelo locutor.

5.3 O tratamento do resultado, inferências e interpretação

Neste tópico inicia-se o processo de delimitação dos indicadores do agir comunicativo e do agir estratégico, no âmbito das legislações base da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos.

Para tantos, far-se-á uma análise individualizada de cada um dos diplomas, elegendo aqueles pontos que mais se aproximam da prática comunicativa, bem como, aqueles que mais se distanciam dela, configurando-se enquanto agir estratégico do Poder Judiciário.

5.3.1 Categoria A: existem indicadores do agir comunicativo na legislação referente a implementação da política pública?

5.3.1.1 A Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça

Alguns indicadores que possuem conexão com o agir comunicativo habermesiano foram levantados a partir da leitura analítica da Resolução 125/2010 do CNJ. O primeiro deles decorre da própria nomenclatura “Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário”.

Por meio dessa opção terminológica, o Conselho Nacional de Justiça objetiva desconstruir a ideia do processo judicial como principal porta de acesso à justiça. Dessa forma, não mais oferta-se a mediação e a conciliação como alternativas à um meio principal, mas sim como métodos igualmente adequados à resolução de conflitos.

Em seguida, a Resolução 125/2010 considera em sua formação “que o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa e a soluções efetivas”.

Na mesma linha de raciocínio, em seu art. 6º, V e VI propõe “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 (...)”; bem como propõe:

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

Na primeira parte do art.6º, VII, prevê a realização de gestão junto às empresas, públicas e privadas, bem como junto às agências reguladoras de serviços públicos, a fim de implementar práticas autocompositivas.

Todo esse incentivo aos métodos autocompositivos realizados logo nos primeiros artigos da Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, possibilitam a criação de uma rede articulada de instituições e agentes voltado a promoção de espaços de diálogo, o que aproxima a política pública do agir comunicativo.

Outro ponto de harmonia entre agir comunicativo e a Resolução, encontra-se na previsão do 7º, §2º, onde faculta-se aos Núcleos o estímulo a programas de mediação comunitárias. Nesse sentido, “a mediação comunitária apresenta-se como um importante instrumento que possibilita uma mudança de paradigma com a criação de um diálogo transformativo” (BUSTAMANTE, 2013, p. 415).

Esse acordo de entendimentos nas comunidades, por intermédio de terceiro imparcial que é membro da própria comunidade, contribui para o empoderamento dos cidadãos frente a resolução de suas conflitivas, possibilitando a inclusão social de parcela populacional marginalizada, em verdadeiro exercício do agir comunicativo (BUSTAMANTE, 2013).

Além da vertente de Centro de Resolução de Conflitos, os CEJUSC também devem atuar como centros de cidadania, para atendimento e orientação ao cidadão (art.8º), visando sobretudo a garantia do acesso à ordem jurídica justa.

No artigo 12, §4º a Resolução classifica mediadores e conciliadores como “facilitadores de diálogo entre as partes”, nesse mister aproxima-se sobremaneira do agir comunicativa uma vez que ambos se utilizam da linguagem como médium para obtenção do entendimento.

Já na parte do Anexo I da Resolução, que trata das Diretrizes Curriculares para formação de mediadores e conciliadores é possível encontrar diversos indicadores de que a formação almeja a prática do agir comunicativo, tanto que o conteúdo programático perpassa por temas como:

- [...] d) Teoria da Comunicação/Teoria dos Jogos. Axiomas da comunicação. Comunicação verbal e não verbal. Escuta ativa. Comunicação nas pautas de interação e no estudo do interrelacionamento humano: aspectos sociológicos e aspectos psicológicos. Premissas conceituais da autocomposição.
- e) Moderna Teoria do Conflito: Conceito e estrutura. Aspectos objetivos e subjetivos.

O fato da Teoria da Comunicação, e da Moderna Teoria do Conflito serem as primeiras temáticas abordadas no âmbito da formação de conciliadores e mediadores, demonstra a intenção do Conselho Nacional de Justiça em formar facilitadores que saibam efetivamente como promover um ambiente em que seja possível desenvolver o diálogo.

Seguindo na análise dos temas abordados na formação de mediadores e conciliadores o Anexo I da Resolução 125/2010 prevê:

- f) Negociação: Conceito: Integração e distribuição do valor das negociações. Técnicas básicas de negociação (a barganha de posições; a separação de pessoas de problemas; concentração em interesses; desenvolvimento de opções de ganho mútuo; critérios objetivos; melhor alternativa para acordos negociados). Técnicas intermediárias de negociação (**estratégias de estabelecimento de *rapport*; transformação de adversários em parceiros; comunicação efetiva**).

Quando trata da negociação, o programa do Conselho Nacional de Justiça, ocupa-se em “estratégias de estabelecimento de *rapport*; transformação de adversários em parceiros e comunicação efetiva”. É necessário que o mediador seja capaz de estabelecer com as partes

conexões verdadeiras de confiança, que o legitime para facilitar a construção de comunicações efetivas.

Dando seguimento, ainda no âmbito das Diretrizes Curriculares (Anexo I, Resolução 125/2010):

g) Conciliação: Conceito e filosofia. Conciliação judicial e extrajudicial. Técnicas (**recontextualização, identificação das propostas implícitas, afago, escuta ativa, espelhamento, produção de opção, condicionamento das questões e interesses das partes, teste de realidade**) [...] Etapas (planejamento da sessão, apresentação ou abertura, **esclarecimentos ou investigação das propostas das partes**, criação de opções, escolha da opção, lavratura do acordo).

Ao propor que sejam trabalhados temas como a recontextualização, o Conselho Nacional de Justiça permite a autorreflexão que Habermas buscava em sua teoria do agir comunicativo, recorda-se que para ele a linguagem é o caminho para alcançar-se uma sociedade autorreflexiva e orientada rumo à emancipação (DUPEYRIX, 2012).

Por fim, ressalta-se em termos de conteúdo, que a Resolução propõe a abordagem de técnicas como a escuta ativa, “por meio da qual o ouvinte busca compreender e se comunicar acerca do sentido e o motivo de mensagens verbais e não verbais (postura corporal), percebendo assim informações ocultas contidas na comunicação” (SPLENGLER, 2017, p. 61) possibilita que esse conciliador/mediador seja capaz de identificar a racionalidade que está sendo praticada pelos mediantes. Nesse sentido dispõe o Anexo I:

h) Mediação: Definição e conceitualização. Conceito e filosofia. Mediação judicial e extrajudicial, prévia e incidental; Etapas - Pré-mediação e Mediação propriamente dita (acolhida, declaração inicial das partes, planejamento, **esclarecimentos dos interesses ocultos** e negociação do acordo). Técnicas ou ferramentas (co-mediação, **recontextualização, identificação das propostas implícitas**, formas de perguntas, **escuta ativa**, produção de opção, **condicionamento das questões e interesses das partes, teste de realidade ou reflexão**) [grifo nosso]

Novamente, não há como sustentar a construção de comunicação efetivas, senão por meio da linguagem. É necessário que as partes tenham tido oportunidade de expor suas pretensões de validades, e que essas tenham sido submetidas a críticas pelo outro, e a autorreflexão, para que enfim alcancem o entendimento.

Dando seguimento à análise, o Anexo III da Resolução estabelece o Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais, e também possui alguns indicadores do agir comunicativo, tais como alguns dos princípios aludidos no artigo 1º:

I - 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;

II - Decisão informada - dever de manter o jurisdicionado **plenamente informado** quanto aos seus direitos e ao contexto fático no qual está inserido;

IV - 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;

VII - Empoderamento - **dever de estimular os interessados a aprenderem a melhor resolverem seus conflitos futuros em função da experiência de justiça vivenciada na autocomposição**;

VIII - Validação - dever de estimular os interessados perceberem-se reciprocamente como serem humanos merecedores de atenção e respeito (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2010, n. p.)

O sigilo sobre todas as informações obtidas na sessão de conciliação/mediação permite a construção de um ambiente de falas autênticas e verdadeiras, desconstruindo sobretudo a necessidade das partes se defenderem ou protegerem-se atrás de falas estratégicas ou dramatúrgicas. Assim como o dever de sigilo, é a imparcialidade que possibilita processos de comunicações efetivas no âmbito das sessões de conciliação/mediação.

O dever de manter as partes plenamente informadas quanto aos seus direitos e ao contexto fático no qual estão inseridos, igualmente aproxima-se de um agir comunicativo (*vide item 4.3*), tendo em vista que um dos pressupostos daquele é que o espaço de fala seja construído em bases mutuamente aceitas, e a mútua aceitação perpassa por um mundo da vida intersubjetivamente compartilhada e por pretensões de validade criticáveis.

A validação pressupõe o processo de reconhecimento do outro, o que de certa maneira traduz-se em entender as razões do outro, em ouvir os argumentos do outro. Aqui faz-se jus a uma das máximas do agir comunicativo habermesiano.

E ainda, o empoderamento das partes como detentoras de responsabilidade e capacidade para resolução de seus conflitos, sem dúvidas correlaciona-se com o poder de emancipação da linguagem proposto em Habermas. É através desse auto reconhecimento, e do reconhecimento do outro, que os sujeitos se libertam da dependência de um terceiro julgador, exercendo a vera cidadania, e de certa maneira, fortalecendo os vínculos democráticos.

E por fim, é possível identificar alguns deveres atribuídos à mediadores e conciliadores no âmbito do Anexo III – Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais, que também possuem conexão com a teoria habermesiana:

Art. 2º.

I - 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;

II - 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 e de interrompê-lo a qualquer momento;**

III - 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;

V - Compreensão quanto à conciliação e à mediação - Dever de assegurar que os envolvidos, ao chegarem a um acordo, **compreendam perfeitamente suas disposições, que devem ser exequíveis, gerando o comprometimento com seu cumprimento** (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2010, n. p., grifo nosso)

Dos deveres aduzidos pelo Código de Ética, merecem destaque o de garantir a prevalência da autonomia da vontade das partes e a ausência de obrigação de resultado.

Em relação a autonomia da vontade das partes, o pilar fundamental é a liberdade de tomar as próprias decisões, o que se repete na teoria habermesiana: não há agir comunicativo sem liberdade. As partes que agem comunicativamente o fazem de forma voluntária, sem qualquer elemento de coerção que as impliquem em comunicar. Elas legitimamente chegam ao entendimento não porque foram implicadas a isso, mas porque efetivamente testaram a força do melhor argumento.

Neste ponto, há também correlação com a não obrigação de resultado, ou seja, o mediador/conciliador tem o dever de não forçar a obtenção do acordo, tendo em vista que este deve ser obtido tão somente pelo processo dialogado acima descrito: consentimento sobre o pano de fundo (mundo da vida) e teste das pretensões de validades expostos por cada um dos interlocutores, a fim de eleger o melhor argumento.

5.3.1.2 A Lei 13.105/2015 – Código de Processo Civil

O Código de Processo Civil de 2015 já inaugura seu texto, expressamente admitindo a arbitragem na forma da lei (art. 1º, §2º), bem como, definindo o dever do Estado promover, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos (art. 1º, §2º). Dessa maneira, percebe-se a influência do Sistema Multiportas norte-americano, bem como a pretensão de instaurar-se uma nova perspectiva acerca da resolução dos conflitos no ordenamento jurídico brasileiro.

Ainda no seu art.1º, o Código de Processo Civil, aduz que “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do

processo judicial”. Propiciar ambiente de autocomposição no seio do Poder Judiciário, significa abrir espaço para a prática de um agir comunicativo, voltado à obtenção do consenso.

Essa nova perspectiva de abordagem do conflito, não apenas refletiu-se no estímulo aos meios autocompositivos, mas também se traduziu em reflexos no corpo do próprio processo judicial que rege a adjudicação do conflito, sendo possível perceber pelas disposições dos artigos que seguem:

Art. 6º. Todos os sujeitos do processo devem **cooperar entre si** para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Art. 9º. Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja **previamente ouvida**.

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, **com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar**, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício [grifo nosso]

Ainda no âmbito do próprio processo judicial, incidente sobre a adjudicação do conflito, tem-se um elemento que reflete o que Habermas elenca como pilar central do exercício da racionalidade: a fundamentação. Assim: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade “(art. 11, CPC). A fundamentação e a publicidade, tornam esses enunciados, em certa medida, passíveis de críticas.

Ao definir o papel do conciliador e do mediador, o Código de Processo Civil igualmente aproxima-se do agir comunicativo, sobretudo quando veda a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem (art. 165, §2º), e mais ainda quando define que cabe ao mediador auxiliar os interessados a compreender questões e interesses em conflito, prezando sempre pelo reestabelecimento da comunicação, e empoderamento das partes, para que elas possam, por si próprias, identificar soluções consensuais que gerem benefícios mútuos (art. 165, §3º).

Ponto conexo também é a adoção mais uma vez dos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada. Bem como as vedações trazidas pelo art. 166, quanto ao dever de sigilo, e pelos artigos 167, §5º, art. 170 e art. 172, quanto aos casos de impedimento e suspeição, a impossibilidade de advogar nos juízos em que se desempenhe a função de conciliador/mediador e de assessorar, representar ou patrocinar as partes pelo prazo de 01 (um) ano.

Essas vedações e limitações decorrentes do dever do sigilo e da imparcialidade são primordiais para viabilizar um agir comunicativo, tendo em vista que permite o estabelecimento do *rapport*, ou seja, da confiança entre as partes e o mediador/conciliador. As partes só disporão de enunciados com pretensão de validade, sem valer-se de artifícios dramáticos, se evidentemente perceberem que daquele momento de fala não restará nenhum prejuízo na sua esfera de direitos.

Ponto de proximidade entre as disposições do Código de Processo Civil e a teoria habermesiana, versa sobre a criação de câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo pela União, os Estados, o Distrito Federal e os municípios (art. 174, CPC).

A adoção de métodos auto compositivos no âmbito da Administração Pública, possibilita o verdadeiro exercício da cidadania, atribuindo, ainda que de forma mitigada, certa horizontalidade à relação entre administração e administrado. Esse espaço de fala dado ao administrado representa o fortalecimento do regime democrático, e o reconhecimento do acesso à justiça, enquanto acesso à ordem jurídica justa.

O Código atribui ainda papel de gerenciador das sessões, primordialmente ao conciliador/mediador, reservando ao magistrado a função de julgar. Nos termos do artigo 334, §1º: “o conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação ou de mediação, observando o disposto neste Código, bem como as disposições da lei de organização judiciária”.

Esta dissociação entre o papel do magistrado e a figura do conciliador/mediador, milita em favor da criação de um ambiente autêntico de fala, tendo em vista que a figura do magistrado, por si só, carrega consigo um simbolismo capaz de alterar o discurso das partes, recolocando os mediandos no papel polarizado de autor e réu.

O artigo 334, §2º, aduz também a possibilidade de haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à mediação, o que demonstra uma preocupação em propiciar tempo e espaço de fala necessários ao amadurecimento da percepção sobre o conflito pelas partes, desconstruindo a emergência pela obtenção do acordo a qualquer custo.

Nos conflitos familiares, esse tempo de maturação do conflito foi igualmente respeitado, conforme art. 696 que permite o fracionamento das sessões. Ademais, por força do art. 964, CPC, deve-se empreender todos os esforços para a solução consensual da controvérsia nos casos dos conflitos familiares, contando-se inclusive com auxílio de profissionais de outras áreas do conhecimento para a mediação e conciliação.

A preocupação com a não polarização dos mediandos, evidencia-se também no teor do artigo 965, §1º: “o mandado de citação conterá apenas os dados necessários à audiência e deverá estar desacompanhado de cópia da petição inicial, assegurado ao réu o direito de examinar seu conteúdo a qualquer tempo”. Assim, evita-se o contato com uma perspectiva do conflito já recortada (e reeditada) sob o olhar não apenas do requerente, mas também do seu advogado.

Isso reflete imediatamente sobre a sessão de mediação, tendo em vista que, quando se tem conhecimento prévio sobre a temática a ser judicializada, e sobre os argumentos estrategicamente postos na petição inicial, a tendência é que a parte requerida chegue a sessão já munida de contra-argumentos igualmente construídos pelo viés de convencimento do magistrado, e não pelo viés de fazer-se compreender em suas necessidades e interesses.

O Código de Processo Civil carrega assim, ao menos em sede principiológica, e em suas normas gerais sobre as sessões de mediação e conciliação, proximidades com a Teoria do Agir Comunicativo.

5.3.1.3 A Lei 13.140/2015 – Lei de Mediação

A Lei de Mediação ao conceituar mediação o faz indicando que esta será exercida por terceiro imparcial, sem poder decisório, que deverá ser escolhido ou aceito pelas partes, para auxiliá-las e estimulá-las na identificação e desenvolvimento de soluções consensuais para a controvérsia (art. 1º, Lei 13.140/2015). Nesse ponto, aproxima-se no agir comunicativo na medida em que destina o poder decisório às partes, tanto para resolução da demanda, quanto para definir o profissional que as auxiliará nesse processo.

Ainda na perspectiva do poder decisório das partes, é possível elencar como indicador do agir comunicativo, também o §2º, artigo 2º, da Lei de Mediação: “ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação”, atribuindo assim liberdade e autonomia às partes.

Assim como fazem os demais diplomas normativos até aqui analisados, a Lei 13.140/2015 replica os princípios norteadores da mediação, elencando entre eles: imparcialidade do mediador; isonomia entre as partes; oralidade; informalidade; autonomia da vontade das partes; busca do consenso; confidencialidade e boa-fé (art.2º, Lei 13.140/2015), privilegiando-se mais uma vez a construção de ambientes comunicacionais efetivos.

A confidencialidade deve ainda ser comunicada às partes logo no início da primeira reunião de mediação (art. 14, Lei 13.140/2015), demonstrando-se aqui a preocupação do

legislador em propiciar um pano de fundo adequado para que as partes enunciem suas pretensões de validade.

A busca pelo entendimento, própria da racionalidade comunicativa, é destacada entre as funções do mediador, que deverá conduzir o procedimento de comunicação entre as partes, buscando o entendimento e o consenso entre os mediandos (art. 4º, §1º, Lei 13.140/2015).

Os limites decorrentes da imparcialidade, tais como a aplicação das hipóteses legais de impedimento e suspeição do juiz, aos mediadores (art. 5º), ou ainda, o dever de revelar às partes qualquer circunstância ou fato que possa suscitar dúvida em relação a imparcialidade (art. 5º, § único), ou mesmo, o impedimento pelo prazo de um ano de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes (art. 6º), bem como a impossibilidade do mediador funcionar como árbitro, ou testemunha em processos em que tenha atuado como mediador (art. 7º), militam em favor do estabelecimento de um agir comunicativo entre as partes.

A confiança estabelecida entre mediador e as partes é elemento central para que o processo comunicativo avance, merecendo destaque o fato de que, nos termos do artigo 9º da Lei de Mediação, “poderá funcionar como mediador extrajudicial qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e que seja capacitada para fazer mediação”.

Uma medida processual que atribui segurança às partes nesse momento de abertura ao diálogo, é a previsão do § único, artigo 17: “enquanto transcorrer o procedimento de mediação, ficará suspenso o prazo prescricional”. Ou seja, as partes sabem que não serão lesadas diante da não obtenção do consenso, tendo em vista que ainda terão a possibilidade de valer-se da via judicial nesses casos. Evita-se assim a utilização dessa sessão de mediação com o fito de prejudicar o outro em sua esfera jurídica, ou de ver-se livre da possibilidade de responder judicialmente pelo feito.

O parágrafo único do artigo 28, desconstrói (ao menos em teoria) a dependência da homologação pelo terceiro julgado, neste sentido: “se houver acordo, os autos serão encaminhados ao juiz, que determinará o arquivamento do processo e, desde que requerido pelas partes, homologará o acordo, por sentença, e o termo final da mediação e determinará o arquivamento do processo”.

Em verdade a homologação não é necessária, devendo esta ser oriunda da escolha das partes, e de seu requerimento. O comprometimento com os termos assumidos deve ser decorrência do estabelecimento de um agir comunicativo. No entanto, em termos práticos, muito em decorrência da “cultura da sentença”, a homologação tende a ser consequência automática da feitura de termos no âmbito dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania.

A possibilidade da criação de câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito da Administração Pública (art.32, Lei 13.140/2015), conversa diretamente com a aproximação democrática proposta por Habermas, entre Estado e cidadão. Colocar o Estado (aqui entendido por seus órgãos da Administração Pública) aberto ao diálogo com o cidadão, em busca do consenso, é um exercício efetivo de cidadania.

A Lei de Mediação possibilita ainda outras formas consensuais de resolução de conflitos, tais como mediações comunitária e escolares (art. 42, Lei 13.140/2015), que, conforme já mencionado em itens precedentes, são métodos que possibilitam a inclusão democrática de parcela populacional que historicamente estão à margem da resolução estatal dos conflitos, e que, por meio da intercessão de mediadores, conseguem, por si sós, propor medidas resolutivas para demandas comunitárias.

5.3.1.4 Resolução GP 10/2011 e Resolução GP 18/2015 do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão

No âmbito do Estado do Maranhão, foi a Resolução GP 10/2011 do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, o instrumento responsável pela criação do Núcleo Permanente de Resolução de Conflitos. Em seguida, a Resolução GP 18/2015, do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão regulamentou a organização e funcionamento do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, bem como revogou a Resolução GP 10/2011.

A Resolução GP 10/2011, replicou, em todas as medidas, as diretrizes da Resolução 125/2010 do CNJ, valendo, neste sentido, todas as disposições sobre o agir comunicativo feitas no item correspondente à Resolução 125/2010 do CNJ.

Ademais, de forma individualizada, a Resolução GP 10/2011, reforça o compromisso do Poder Judiciário na criação de mecanismos de prevenção e solução consensual de conflitos de interesses.

Da mesma forma ocorre com a Resolução GP 18/2015, que pouco inova quanto as disposições, reforçando o já estabelecido na Resolução 125/2010 do CNJ. Fixa também o compromisso com a solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade.

5.3.2 Categoria B: existem indicadores do agir estratégico na legislação referente a implementação da política pública?

5.3.2.1 A Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça

Da leitura analítica da Resolução 125/2010 do CNJ também foi possível identificar indicadores que mais aproximam a Política Judiciária Nacional de tratamento adequados de conflitos, ao agir estratégico habermesiano.

O primeiro deles evidencia-se logo no teor do Considerando nº 2 da Resolução, que enuncia: “CONSIDERANDO que a eficiência operacional, o acesso ao sistema de Justiça e a responsabilidade social **são objetivos estratégicos do Poder Judiciário**, nos termos da Resolução/CNJ nº 70, de 18 de março de 2009” [grifo nosso].

Ademais, ainda no âmbito das considerações:

CONSIDERANDO que a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados no país tem **reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças** [grifo nosso].

Conforme já dito anteriormente a leitura habermesiana corrobora com a ideia de que nenhum enunciado pode ser interpretado senão a luz do contexto em que está inserido. Evidentemente, a Resolução em análise foi construída em atenção a um momento de crise do Poder Judiciário (*conforme já demonstrado no item 2.3*).

Quando em sua justificativa inicial, a Resolução ocupa-se em considerar que por meio da implementação dos métodos adequados de resolução de conflitos houve redução da excessiva judicialização de conflitos de interesses, bem como de recursos e de execução de sentenças, declara, ainda que implicitamente que, almeja obter tal diminuição como resposta da implementação da Política Judiciária Nacional de resolução de conflitos.

Essa atuação estratégica do Poder Judiciário fica ainda mais evidente quando da análise dos prazos estabelecidos para implementação da política pública. Desse modo, na redação original do parágrafo único, art. 1º, da Resolução (antes da modificação dada pela Emenda nº 02/2016), havia previsão do prazo de 12 (doze) meses para implementação do serviço de cidadania, conforma se lê:

Parágrafo único. Aos órgãos judiciários incumbe oferecer mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão. Nas hipóteses em que este atendimento de cidadania não for imediatamente implantado, **esses serviços devem ser gradativamente ofertados no prazo de 12 (doze) meses** [grifo nosso]

Ainda no âmbito do estabelecimento de prazos, é possível notar a urgência dada para implementação da política pública no artigo 7º, principalmente quando comparada a redação dada pela Emenda nº01/2013 e a Emenda nº 02/2016:

Art. 7º Os Tribunais deverão criar, **no prazo de 60 (sessenta) dias**, Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, compostos por magistrados da ativa ou aposentados e servidores, preferencialmente atuantes na área, com as seguintes atribuições, entre outras: (Redação dada pela Emenda nº 1, de 31.01.13) [grifo nosso]

Art. 7º Os tribunais deverão criar, **no prazo de 30 dias**, Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Núcleos), coordenados por magistrados e compostos por magistrados da ativa ou aposentados e servidores, preferencialmente atuantes na área, com as seguintes atribuições, entre outras: (Redação dada pela Emenda nº 2, de 08.03.16) [grifo nosso]

O artigo 7º da Resolução 125/2010 do CNJ, estabelece o prazo exíguo de 30 (trinta) dias para criação de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, o que representa indicativo de que a política pública foi construída com o intuito de desafogar o Poder Judiciário (SPLENGLER, 2017, p.79).

Ainda neste sentido, dois aspectos merecem atenção: a desconsideração de que a mediação deve ser instituída como meio de tratamento adequado de conflitos, não apenas pelo viés quantitativo, mas sobretudo qualitativo. E ainda, o risco de implementação precoce dos Núcleos Permanentes, com utilização de recursos humanos (secretárias/conciliadores/mediadores) não qualificados para desempenho de suas funções (SPLENGLER, 2017, p.79).

A redação original do artigo 8º, §3º e §4º, também estabelecia outros prazos referentes a implementação da política pública:

Nas Comarcas das Capitais dos Estados e nas sedes das Seções e Regiões Judiciárias, bem como nas Comarcas do interior, Subseções e Regiões Judiciárias **de maior movimento forense, o prazo para a instalação dos Centros será de 4 (quatro) meses a contar do início de vigência desta Resolução. (Revogado)** [grifo nosso]
 Art. 8º, §4º Nas demais Comarcas, Subseções e Regiões Judiciárias, **o prazo para a instalação dos Centros será de 12 (doze) meses a contar do início de vigência deste ato (Revogado)** [grifo nosso]

Segue estabelecendo prazos, o artigo art. 18-A: “O Sistema de Mediação Digital ou a distância e o Cadastro Nacional de Mediadores Judiciais e Conciliadores deverão estar disponíveis ao público no início de vigência da Lei de Mediação”. (Incluído pela Emenda nº 2, de 08.03.16).

Também sobre os prazos, o art. 18-C enuncia que “os tribunais encaminharão ao CNJ, no prazo de 30 dias, plano de implantação desta Resolução, inclusive quanto à implantação de centros (Incluído pela Emenda nº 2, de 08.03.16)”.

A imposição de prazos exíguos para implementação da Política Pública constitui indicador de aproximação entre a postura do Poder Judiciário, e o agir puramente estratégico denunciado por Jürgen Habermas.

O estabelecimento de metas e estatísticas também é algo que aproxima a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos do agir estratégico, é possível encontrar indicadores neste sentido, no artigo 2º, III: “na implementação da Política Judiciária Nacional, com vista à boa qualidade dos serviços e à disseminação da cultura de pacificação social, serão observados: III - acompanhamento estatístico específico”.

Possível encontrar igual referência no artigo 6º, segunda parte do inciso VII:

VII - realizar gestão junto às empresas, públicas e privadas, bem como junto 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** [grifo nosso].

Bem como no artigo 8º, §9º:

Para efeito de estatística referida no art. 167, § 4º, do Novo Código de Processo Civil, os tribunais disponibilizarão às partes a opção de avaliar Câmaras, conciliadores e mediadores, segundo parâmetros estabelecidos pelo Comitê Gestor da Conciliação. (Incluído pela Emenda nº 2, de 08.03.16) [grifo nosso].

Da mesma forma reforça a perspectiva estratégica da política a sua utilização como forma de promoção de carreira, tal como indica o artigo 6º, inciso III: “providenciar que 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”.

Forte evidência de que a política pública em questão foi construída visando socorrer o Poder Judiciário encontra-se no artigo 6º, VIII: “atuar junto aos entes públicos de modo a estimular a conciliação, em especial nas demandas que envolvam matérias sedimentadas pela jurisprudência”.

Quando o Conselho Nacional de Justiça dá atenção especial às demandas que envolvem matérias já sedimentadas pela jurisprudência demonstra preocupação de que não ingressem novamente no Poder Judiciário ações semelhantes àquelas em que já há um resultado

consolidado na jurisprudência. Privilegia aqui o desafogo do Poder Judiciário frente a efetiva resolução do conflito, desconsiderando o caráter singular de cada conflito, desconsiderando que cada demanda deve ser vista sobre o prisma de suas próprias características, e massificando a resolução de conflitos pela padronização dos resultados a serem alcançados pelas partes.

No que pese a regra do artigo 12, §5º, enuncie que “o conciliador e o mediador receberão, pelo seu trabalho, remuneração prevista em tabela fixada pelo tribunal, conforme parâmetros estabelecidos pela Comissão Permanente de Acesso à Justiça e Cidadania ad referendum do plenário”, é facultado que estas atividades sejam realizadas como trabalho voluntário (art. 7º, §5º).

Atualmente o 1º Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão compõe-se de 05 (cinco) mediadores/conciliadores efetivos; 04 (quatro) mediadores/conciliadores voluntários; 01 (um) servidor de cunho administrativo; 01 (um) secretária de centro; 01 (uma) colaboradora cedida de outros órgãos; 01 (um) juiz coordenador; e 02 (duas) prestadoras de serviço terceirizadas (serviços gerais). Observa-se assim que a mão de obra voluntária se aproxima da mão de obra efetiva.

Ademais, o Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão ainda não possui tabela de remuneração própria para fixação da remuneração de conciliadores e mediadores judiciais. Os seus mediadores efetivos do TJMA são servidores públicos já pertencentes ao quadro do Poder Judiciário, que ocupam uma função gratificada.

Em termos nacionais, a Resolução 271 de 2018 do Conselho Nacional de Justiça, fixou os parâmetros de remuneração paga aos conciliadores e mediadores judiciais. Conforme teor da Resolução, cabe ao mediador indicar a expectativa de remuneração, por patamares, no momento em que se inscrever no Cadastro Nacional de Mediadores Judiciais e Conciliadores. Assim, devem optar entre voluntário; básico (nível de remuneração 1); intermediário (nível de remuneração 2); avançado (nível de remuneração 3); e extraordinário (art. 2º, §1º, Resolução 271/2018 CNJ).

A remuneração do mediador, nesses casos, deve ser recolhida pelas partes, de modo antecipado. A primeira sessão de apresentação de mediação não poderá ser cobrada pelo mediador, e deverá conter, além da estimativa inicial das horas de trabalho, informações sobre todo o procedimento (art.2º, § 4ª, §5º, §6º, Resolução 271/2018 CNJ).

Outro forte indicador de que a política pública foi pensada como forma de socorrer o Poder Judiciário da crise que este vivencia, encontra-se no artigo 8º, §7º: “o coordenador do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania poderá solicitar feitos de outras unidades

judiciais com o intuito de organizar pautas concentradas ou mutirões, podendo, para tanto, fixar prazo”.

Esse movimento de trabalhar em pautas concentradas ou sistema de mutirões inviabiliza a prática do agir comunicativo, tendo em vista que se desconsidera as peculiaridades de cada demanda em específico, padronizando mais uma vez os resultados. Se não há espaço para expor pretensões de validade criticáveis, e tão pouco para construção de um mundo da vida compartilhado, evidentemente que o entendimento obtido (transcrito em forma de acordo) é meramente estratégico.

No que pese a Resolução possibilite a parceria com a iniciativa privada, recobra destas que parte das sessões realizadas pelas Câmara Privadas credenciadas sejam realizadas de forma gratuita, representando uma relação de custo-benefício para a instituição:

Art. 12-D. Os tribunais determinarão o percentual de audiências não remuneradas que deverão ser suportadas pelas Câmaras Privadas de Conciliação e Mediação, com o fim de atender aos processos em que foi deferida a gratuidade da justiça, como contrapartida de seu credenciamento (art.169, § 2º, do Novo Código de Processo Civil), respeitados os parâmetros definidos pela Comissão Permanente de Acesso à Justiça e Cidadania ad referendum do plenário. (Incluído pela Emenda nº 2, de 08.03.16) [grifo nosso]

Um outro ponto que pode servir como indicador do agir estratégico no âmbito do estabelecimento da política pública, refere-se a questão do poder simbólico envolvendo o Poder Judiciário, e neste ponto, a Resolução cuida de estabelecer vedações quanto ao uso de alguns ícones que fazem referência a essa instituição, neste sentido:

Art. 12-F. Fica vedado o uso de brasão e demais signos da República Federativa do Brasil pelos órgãos referidos nesta Seção, **bem como a denominação de "tribunal" ou expressão semelhante para a entidade e a de "Juiz" ou equivalente para seus membros.** (Incluído pela Emenda nº 2, de 08.03.16)

O Poder Judiciário historicamente foi construído sob a égide do Estado enquanto único agente capaz e legítimo a estabelecer o desfecho de um conflito de interesses. Ao institucionalizar meios adequados de resolução de conflitos o Poder Judiciário novamente incorpora a sua estrutura elementos de poder, ainda que agora possa fazê-lo por meio dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos de Cidadania.

Evidente que não se retira desta equação o cuidado que o Estado deve ter para salvaguardar o jurisdicionado de fraudes envolvendo instituições que se utilizam indevidamente

de símbolos e designações para ludibriar o usuário do serviço, pretendendo uma aproximação abusiva com os órgãos do Poder Judiciário (CARMONA, 2019).²⁵

5.3.2.2 A Lei 13.105/2015 – Código de Processo Civil

Tal como na Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, o Código de Processo Civil também carrega em suas disposições, alguns indicadores que mais se aproximam do agir estratégico denunciado por Habermas.

Novamente é possível encontrar a priorização do critério quantitativo sobre o critério qualitativo, quando da avaliação da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos. Nesse sentido, o artigo 167, §3º do CPC enuncia que constará no cadastro de conciliadores e mediadores dados como o número de processos de que participou, o sucesso ou insucesso da atividade, a matéria sobre a qual versou a controvérsia, dentre outros dados.

Da mesma forma, no §4º do mesmo artigo, fica estipulado que o Tribunal classificará os dados, e os publicará, para fins estatísticos e de avaliação da conciliação, da mediação e das câmaras privadas e seus mediadores e conciliadores.

Este ponto merece especial atenção tendo em vista que aqui é possível mais uma vez estabelecer um link com o momento de crise vivenciado pelo Poder Judiciário quando da implementação da política pública, e neste caso específico, sobre o contexto em que foi reelaborado o Código de Processo Civil em 2015.

Essa classificação e sistematização de dados vem sendo feita pelo Conselho Nacional de Justiça, em seu relatório “Justiça em Números”, que na sua versão 2018, traz um “Índice de Conciliação”, que “é dado pelo percentual de sentenças e decisões resolvidas por homologação de acordo em relação ao total de sentenças e decisões terminativas proferidas” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2018, p. 137).

Importa mencionar que até o presente relatório não eram computados para fins estatísticos os acordos decorrentes de conciliações pré-processuais, o que por si só reforça a perspectiva de que os dados relevantes ao Poder Judiciário são aqueles que representam a diminuição da carga processual.

²⁵ Sobre o tema, o professor Carlos Alberto Carmona proferiu parecer ao Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem – CONIMA, com ementa nos seguintes termos: Utilização, por órgão arbitral institucional, do vocábulo “tribunal” em sua denominação social – Legalidade – Inexistência de proibição do emprego do vocábulo “tribunal” para designar entidades privadas – Inexistência de impedimento, por conta da denominação social, de aceitar a filiação da instituição ao CONIMA – Abuso na utilização de símbolos nacionais – Recomendação. Ler mais em: <http://www.conima.org.br/arquivos/1297>.

Outra reflexão já feita no item precedente, mas que se repete no âmbito do Código de Processo Civil é quanto a remuneração de conciliadores e mediadores. Conforme artigo 169, CPC: “o conciliador e o mediador receberão pelo seu trabalho remuneração prevista em tabela fixada pelo tribunal, conforme parâmetros estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça”. Sendo possível ainda a realização de trabalho voluntário, observada a legislação pertinente e a regulamentação do tribunal (art.169, §1º).

Reforça-se aqui que, em termos práticos, ainda não ocorreu a efetiva regulamentação da profissão de mediador/conciliador no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão.

Repete-se aqui também a perspectiva do custo-benefício oriundo do credenciamento das Câmaras Privadas, visando-se desafogo do Poder Judiciário sobre as demandas que recobram a concessão de justiça gratuita:

Art. 169, §2º. Os tribunais determinarão o percentual de audiências não remuneradas que deverão ser suportadas pelas câmaras privadas de conciliação e mediação, **com o fim de atender aos processos em que deferida gratuidade da justiça, como contrapartida de seu credenciamento** [grifo nosso].

Uma das grandes alterações propostas pelo Código de Processo Civil de 2015 foi a inclusão do art. 334, que incorporou a audiência de conciliação/mediação como uma fase processual prévia:

Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

Assim, quase que de forma automática, todas as demandas que ingressarem ao Poder Judiciário, e que, não forem caso de improcedência liminar ou não estiverem abraçadas pelas possibilidades do §4º, art. 334, CPC, recaem sobre os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania. Cria-se um novo fluxo de redirecionamento de demanda, sem instituir nenhum modelo de filtro, ou observando as peculiaridades do conflito em questão.

Em seu §12, o artigo 334 abriga a urgência do Poder Judiciário em atender ao sobrecarregamento de demandas que lhe atropelam: “a pauta das audiências de conciliação ou de mediação será organizada de modo a respeitar o intervalo mínimo de 20 (vinte) minutos entre o início de uma e o início da seguinte”.

Em termos práticos, considerando a pauta de audiência do 1º Centro Judiciário de Solução de Conflitos do Estado do Maranhão, tem-se uma média de 40 (quarenta) à 50 (cinquenta) audiências por dia, para um corpo profissional de 05 (cinco)

mediadores/conciliadores efetivos. Além disso, o 1º CEJUSC possui como capacidade máxima de pautas por dia o montante 60 (sessenta) audiências, o que significa dizer que, em um dia de pauta cheia cada mediador/conciliador se responsabiliza por 12 audiências.

Outro ponto que merece atenção consiste no fato do agir comunicativo presupor a voluntariedade integral das partes, nesse sentido, ainda que o Código de Processo Civil tenha adotado um sistema de obrigatoriedade mitigada quanto ao comparecimento na sessão de mediação/conciliação, esta pode configurar-se como obstáculo para construção de um ambiente de fala autêntico e verdadeiro. Nesse sentido, elenca-se como indicadores de um agir estratégico, ou como obstáculos para obtenção de um agir comunicativo, os seguintes artigos:

Art. 334. §4º. A audiência não será realizada: I- se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual; II – quando não se admitir a autocomposição.

§5º O autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, constados da data da audiência.

§6º Havendo litisconsórcio, o desinteresse na realização da audiência deve ser manifestado por todos os litisconsortes.

De igual maneira, a imposição de sanção, em razão do não comparecimento injustificado das partes, também pode configura-se como obstáculo para busca do entendimento, portanto, inclui-se como indicador do agir estratégico, o artigo 334, §8º, que assim enuncia:

O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.

Aliás, outro ponto sobressalta aos olhos quando da leitura dos dispositivos do Código de Processo Civil como um todo, no que tange a organização das sessões de conciliação e/ou mediação: a polarização das partes por meio das nomenclaturas adotadas.

Na maioria dos dispositivos é possível observar a adoção de termos como: audiência, autor e réu, que por si só já remetem as partes a uma situação processual que tem construção simbolicamente fixada no inconsciente popular. O descuido linguístico quando da produção da norma acarreta reforços negativos de uma cultura da sentença, da dependência de um terceiro, de posições hierarquizadas e da imposição de soluções.

Ainda no corpo do artigo 334, §7º, possibilita-se a realização da mediação por meio eletrônico, o que, no que pese possa servir de um instrumento de contato inicial, parece

prescindir do elemento humano da comunicação que são as pessoas, o contato, a entonação, o gesticular, o não verbal, o compartilhar da mesma atmosfera de diálogo.

Da mesma forma, o fazer-se representar por outro (através de instrumento procuratório), garantia do art. 334, §4º CPC, configuraria, a luz da teoria habermesiana, um prejuízo para estabelecimento de um agir comunicativo, e, a luz da própria principiologia da mediação, restaria comprometida a faceta do reestabelecimento do diálogo entre as partes.

Outro importante indicador encontra-se no §11, do artigo 334, que assim aduz: “a autocomposição obtida será reduzida a termo e homologada por sentença”. Este dispositivo transparece a fragilidade dos compromissos assumidos entre as partes. Diz-se dar às partes autonomia e poder decisório, mas, ao fim, cabe ao Poder Judiciário a última palavra, a chancela sobre as vontades privadas.

Tanto é assim que, no próprio sistema utilizado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, o Attende, ao optar por “audiência realizada com acordo”, já inclui-se automaticamente nos termos do acordo o pedido de homologação: “*No ensejo, requerem a homologação judicial do ajuste, ficando advertidas de que, depois de devidamente homologado, o presente acordo valerá como título executivo judicial*”.

É evidente que esta leitura não pode prescindir de uma autocrítica, em se tratando de facetas transacionáveis de direitos indisponíveis, por implicação da própria Constituição Federal, é imprescindível que o Ministério Público, enquanto fiscal da lei (art. 127, CF), se manifeste em prol da segurança jurídica, e da proteção daquele em situação de vulnerabilidade.

5.3.2.3 A Lei 13.140/2015 – Lei de Mediação

O primeiro indicativo de um agir estratégico no âmbito da Lei de Mediação, encontra-se em seu artigo 2º, §1º, que anuncia a obrigatoriedade (ainda que mitigada) de comparecer à primeira reunião de mediação. Nesse sentido: “na hipótese de existir previsão contratual de cláusula de mediação, as partes deverão comparecer à primeira reunião de mediação”.

Compreende-se que o agir comunicativo tem por pressuposto a livre submissão dos agentes de fala ao contexto de deliberações acerca dos enunciados exarados, e da livre busca pelo consenso. Na medida em que se inclui algum elemento de obrigatoriedade, ainda que seja do mero comparecimento, opera-se a construção de uma barreira comunicativa.

Da igual maneira, a obrigatória submissão do consenso das partes à homologação em juízo, e, nos casos de direitos indisponíveis, a oitiva do Ministério Público, configura mais uma vez o elemento de poder do Estado, no qual a última palavra tende a ser do Poder Judiciário.

Pontua-se novamente que, essa leitura não pode ser feita sem autocrítica, e de externada a necessária observância dos ditames constitucionais.

Outro indicativo do viés estratégico da Política Pública pode ser encontrado no artigo 11, da Lei 13.140/2015, que enuncia os requisitos para atuação enquanto mediador judicial:

Art. 11. Poderá atuar como mediador judicial a pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e que tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM ou pelos tribunais, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça.

Diferentemente do que foi consignado para atuação na esfera extrajudicial, aqui, o Conselho Nacional de Justiça e a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), assumiram o monopólio da formação de conciliadores e mediadores judiciais.

A centralização e monopólio na capacitação de conciliadores e mediadores, faz com que não se reconheça a competência de cursos ministrados inclusive, por instituições parceiras (nas quais por vezes funcionam Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania) (SPLENGLER, 2017).

Em verdade, a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), até dispõe de procedimento de reconhecimento de escolas ou instituições para a realização de cursos de formação de mediadores judiciais, com base na Resolução ENFAM n. 3/2017 (que modificou os requisitos previstos na Resolução ENFAM 6/2016). No entanto, os requisitos para credenciamento são tão burocráticos e extensos que acabam inviabilizando o reconhecimento na prática.²⁶

²⁶ Para ilustração dos requisitos necessários para habilitação jurídica e regularidade fiscal solicitados para reconhecimento de instituição formadora, cita-se: Registro comercial, no caso de empresa individual; Ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado, no caso de sociedades comerciais, acompanhado de alterações ou da consolidação respectiva; Número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas – CPF, cédula de identidade e procuração dos representantes legais da instituição; . Número de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica – CNPJ do Ministério da Fazenda; Prova de inscrição no cadastro de contribuintes municipal, estadual ou distrital, relativo ao domicílio ou sede da instituição; Prova de regularidade para com as Fazendas Federal, Distrital, Estadual e Municipal do domicílio ou sede da instituição formadora e unidades onde serão ofertados os cursos; Certidão Conjunta Negativa de Débitos Relativos aos Tributos Federais e à Dívida Ativa da União, expedida pela Secretaria da Receita Federal, contemplando comprovação de regularidade perante a Seguridade Social; Certificado de Regularidade do FGTS, emitido pela Caixa Econômica Federal; Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas – CNDT, expedida pela Justiça do Trabalho, comprovando a inexistência de débitos perante a Justiça do Trabalho; Alvará de Funcionamento (da matriz e das unidades onde serão ofertados os cursos); dentre outros. RESOLUÇÃO ENFAM N. 3 DE 7 DE JUNHO DE 2017.

Outro aspecto que denota a não obtenção de um entendimento pautado no agir comunicativo, e sim no agir estratégico, é a necessidade de encerrar-se o procedimento da mediação judicial, por meio de um termo final, que, na hipótese de celebração do acordo valerá como título executivo extrajudicial, e depois homologado, como título executivo judicial (art. 20, Lei 13.140/2015).

Esse indicativo está diretamente vinculado a cultura da sentença, e a dependência do terceiro julgado, historicamente construída, conforme já mencionado em tópicos precedentes.

A previsão contratual da mediação deve conter: “penalidade em caso de não comparecimento da parte convidada à primeira reunião de mediação” (art.22, inciso IV Lei 13.140/2015). Ademais, em caso da previsão contratual incompleta:

Art. 22, §2º, IV - o não comparecimento da parte convidada à primeira reunião de mediação acarretará a assunção por parte desta de cinquenta por cento das custas e honorários sucumbenciais caso venha a ser vencedora em procedimento arbitral ou judicial posterior, que envolva o escopo da mediação para a qual foi convidada.

Dáí retira-se a concepção de sistema trabalhada por Habermas, no qual as instituições valem-se do seu poder impositivo, para obtenção de resultados. No caso em tela, a imposição é sobre o comparecimento, mas que, ainda assim, implica na quebra da voluntariedade em submeter-se a um processo autêntico de comunicação.

O artigo 25 institui a quebra da autonomia das partes quando anuncia que, na mediação judicial, os mediadores não estarão sujeitos à prévia aceitação das partes. Evidenciando-se aqui mais uma vez, a ingerência do Poder Judiciário no procedimento de resolução da demanda.

A clemência pela celeridade processual vem novamente esboçada na primeira parte do artigo 28, que estabelece o prazo de até sessenta dias, contados da primeira sessão, para conclusão do processo de mediação, demonstrando a preocupação com o contexto de crise numérica vivenciado pelo Poder Judiciário.

A legislação oferece ainda estímulo para que as partes abandonem o processo judicial em curso, e firmem acordo por meio da mediação (o que por via reflexa implica em redução de processos em curso). Assim, conforme artigo 29, da Lei 13.140/2015: “solucionado o conflito pela mediação antes da citação do réu, não serão devidas custas judiciais finais”.

Outra demonstração do viés estratégico adotado pelo Poder Judiciário, consiste na possibilidade dada pelo artigo 35, das controvérsias jurídicas que envolvam a Administração Pública Federal direta, suas autarquias e fundações, serem objeto de transação por adesão. Ou

seja, aplicar-se-á uma mesma solução administrativa à casos idênticos, tempestivamente habilitados mediante pedido de adesão (art. 35, §3º).

Esta adesão implicará em “renúncia do interessado ao direito sobre o qual se fundamenta a ação ou o recurso, eventualmente pendentes, de natureza administrativa ou judicial, no que tange aos pontos compreendidos pelo objeto da resolução administrativa” (art. 35, §3º).

Evidencia-se que, por meio de processos de adesão, exclui-se a possibilidade do estabelecimento de um agir comunicativo, uma vez que inobservam-se as peculiaridades do conflito (massificando-o), bem como, retira-se dos sujeitos que figuram nos “casos idênticos” o poder de fala, de exarar as suas pretensões de validade, e de construir a solução final para sua demanda. Isso, em última análise, significa redução da carga processual para o Poder Judiciário.

Por fim, assim como nos outros diplomas, a Lei de Mediação também enuncia a possibilidade da mediação ser feita pela internet ou outro meio de comunicação, sendo permitida a transação a distância (art.46). Como dito anteriormente, a comunicação é composta não apenas de elementos verbais, mas também de elementos não verbais. Nesse sentido, é possível que, no âmbito virtual, ocorra o esvaziamento de alguns elementos comunicacionais essenciais à obtenção do consenso.²⁷

5.3.2.4 Resolução GP 10/2011 e Resolução GP 18/2015 do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão

As Resoluções que se ocupam da regulamentação e implementação da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos no âmbito do Estado do Maranhão, pouco inovam quanto ao conteúdo já apresentado pelos demais diplomas que compõe o microsistema legislativo da política pública.

No entanto, quanto ao agir estratégico, é possível encontrar de forma ainda mais evidente a vinculação da política pública, com a necessidade do Poder Judiciário socorrer-se de estado de crise, sobretudo pelo viés da celeridade e da duração razoável do processo.

Logo em seus fundamentos, a Resolução GP 10/2011 do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, considera “que a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de apoio à

²⁷ Neste ponto, faz-se uma ressalva de que, conforme falado em tópicos antecedentes, a internet e as redes constituídas nela são campos possível para estabelecimento de uma racionalidade comunicativa, no entanto, nem sempre é possível alcançá-la sobretudo em razão do risco de perder-se elementos comportamentais, não verbais, importantes para atribuição de significação a algumas pretensões exaradas.

consecução da exigência constitucional de celeridade na prestação jurisdicional (CF, art. 5º, LXXVIII)”.²⁸

Ademais, na oportunidade de rever-se essa vinculação imediata entre os métodos adequados de resolução de conflitos e o objetivo de alcançar-se a celeridade processual, a Resolução GP 18/2015, que revogou as disposições da Resolução GP 10/2011 TJMA, reforçou-a:

CONSIDERANDO o que dispõem o art. 5º, incisos XXXV e LXXVIII, da Constituição Federal, as Resoluções n. 125, de 29 de novembro de 2010, e 70, de 18 de março de 2009, ambas do Conselho Nacional de Justiça, a Recomendação n.º 08, de 27 de fevereiro de 2007, do Conselho Nacional de Justiça, e a Lei nº 9.893, de 23 de agosto de 2013, que cria a Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos no Poder Judiciário do Estado do Maranhão e dá outras providências;

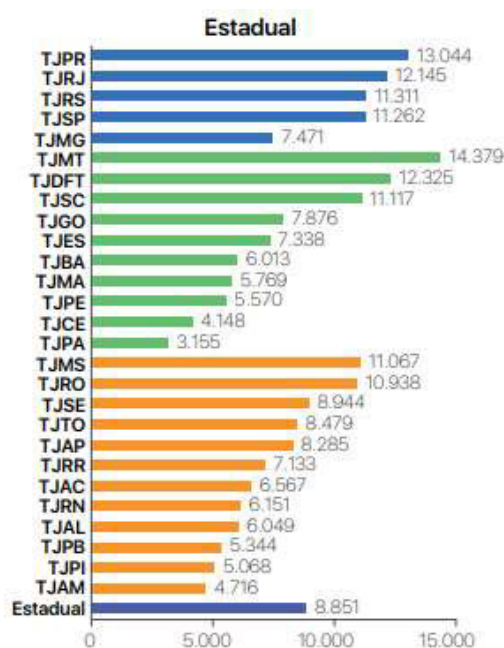
Por um exercício de remissão fracionada, é possível observar que o Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão vale-se, em primeiro momento, do artigo 5º, incisos XXXV e LXXVIII, da Constituição Federal, que elencam como direitos fundamentais: a inafastabilidade do Poder Judiciário (XXXV)²⁸ e a duração razoável do processo, bem como o princípio da celeridade processual (LXXVIII).

Seguindo nesta mesma linha de fundamentação a Resolução GP 18/2015, do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão continua: “CONSIDERANDO, ainda, que a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de apoio à consecução das exigências constitucionais de celeridade na prestação jurisdicional e de pacificação social”.

Ora, é inevitável considerar que a crise do Poder Judiciário nacional, é também a crise do Poder Judiciário do Estado do Maranhão. Neste contexto, é possível verificar que o Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão figura em posições intermediárias dentre aqueles Tribunais mais demandados, segundo dados do Relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça (2018, p.78). Nesse sentido, considerando os casos novos por 100.000 habitantes, por Tribunal, em 2017:

²⁸ Art. 5º, CF: XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; 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.

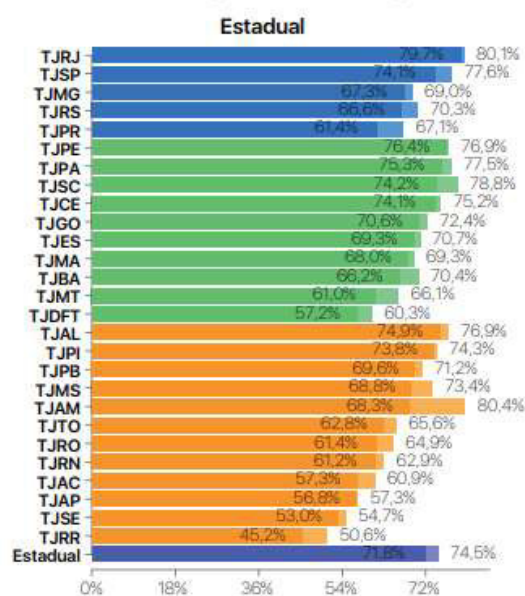
Figura 1: Casos novos por 100.000 habitantes, por Tribunal, em 2017



Fonte: Relatório Justiça em Número (2018) - CNJ

De igual forma, em 2017, encontra-se o Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão na zona intermediária, com relação à taxa de congestionamento (número de processos represados sem conclusão) (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2018, p.93):

Figura 2: Taxa de congestionamento por Tribunal



Fonte: Relatório Justiça em Número (2018) – CNJ

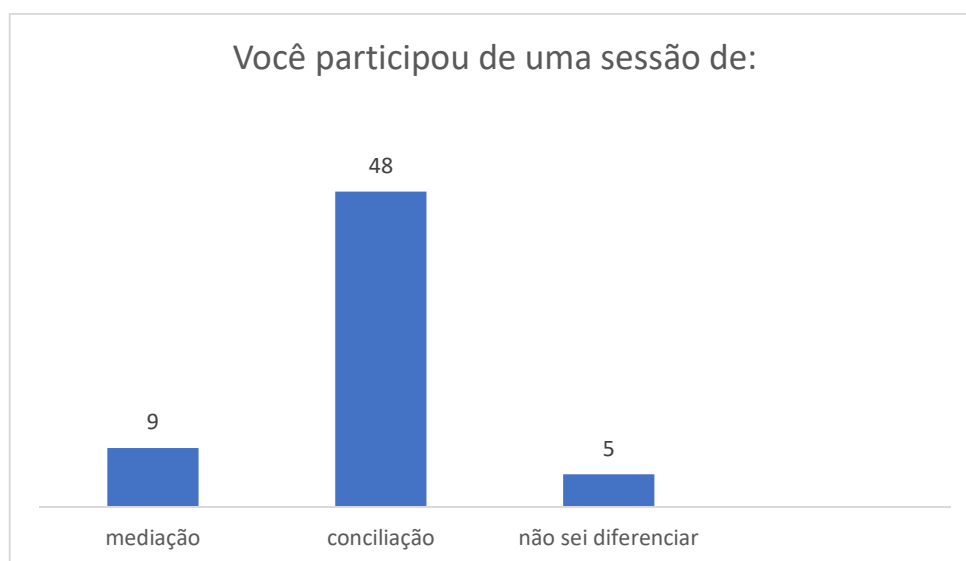
Esses dados transparecem o que Habermas já denunciava: é impossível interpretar enunciados sem considerar o contexto no qual foram produzidos. Evidencia-se aqui a preocupação do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão em implementar a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos, como uma forma de socorrer-se em um momento de crise institucional.

5.3.3 Categoria C: a percepção dos jurisdicionados acerca da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos no âmbito do Estado do Maranhão

Para confecção desse tópico foram entrevistados 62 (sessenta e dois) usuários do 1º Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, dentre requerentes, requeridos, e seus respectivos advogados (APÊNDICE C). Nesse sentido, 22 (vinte e duas) pessoas se declararam requerentes; 11 (onze) pessoas se identificaram como advogados do requerente; 19 (dezenove) pessoas como requeridas; e 10 (dez) pessoas como advogados do requerido.

Com relação a modalidade de sessão que haviam se submetido, 37 (trinta e sete) pessoas indicaram que se tratava de demanda processual, e 24 (vinte e quatro) pessoas indicaram ser a demanda pré-processual. Ademais, no que concerne também a qualificação da demanda, foi perguntado aos entrevistados se eles haviam participado de uma sessão de mediação, conciliação, ou se não sabiam diferenciar as metodologias, nesse sentido os resultados obtidos podem ser traduzidos da seguinte forma:

Gráfico 1: Tipo de sessão



Fonte: Autora, 2019.

Uma maioria de 48 (quarenta e oito) pessoas indicaram ter participado de uma sessão de conciliação, no entanto, é importante para fins de potencializar a correta utilização dos métodos, atentar para o montante de 14 (quatorze) pessoas que desconhecem as especificidades metodológicas, isto porque, no âmbito do 1º Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania do Tribunal de Justiça do Maranhão, a predominância é de realização de sessões de conciliação, sendo os casos em que ocorre aplicação da mediação previamente agendados, e que, conforme pauta disponibilizada pelo Centro quando das entrevistas, não correspondia a nenhum dos casos.

Portanto, aqueles 9 (nove) entrevistados que indicaram ter participado de uma mediação, em verdade estavam participando de uma conciliação, e os 5 (cinco) entrevistados que disseram não saber a diferença entre os métodos, declaradamente não sabiam qual o procedimento ao qual estavam submetidos.

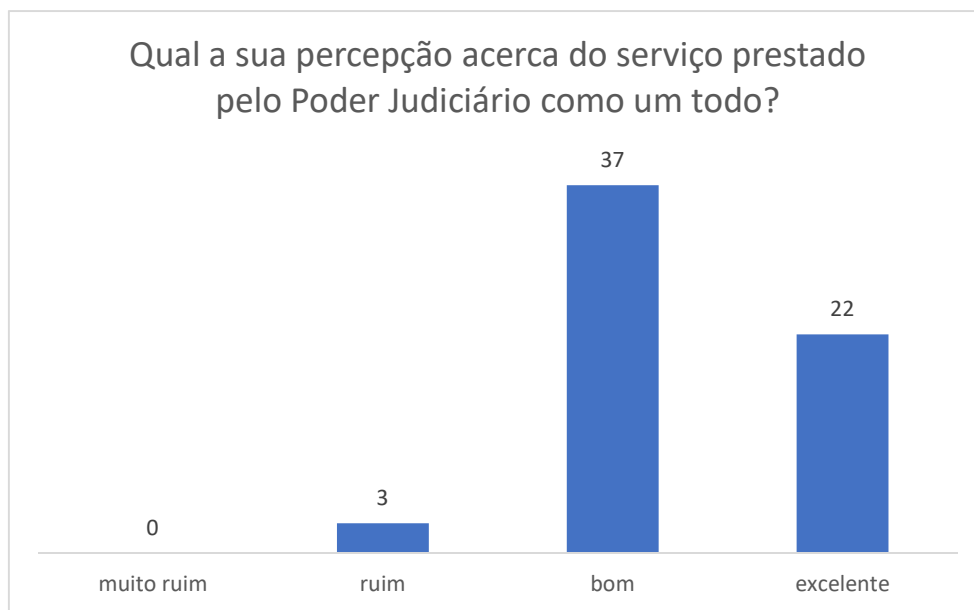
Qual a implicação desses dados para consolidação de um agir comunicativo no âmbito dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos? A informação sobre o procedimento, métodos e técnicas utilizadas na sessão, e sobre o contexto fático no qual o jurisdicionado está inserido é essencial para que ele possa tomar decisões informadas, pautado na compreensão quanto à conciliação e à mediação, em pleno exercício de sua autonomia.

Não por outro motivo, no processo mediativo, a primeira fase é denominada de “abertura”, momento no qual o mediador deverá explicar às partes qual o procedimento a ser desenvolvido, bem como, “prestar esclarecimento sobre a dinâmica para explicar o que é mediação” (TARTURCE, 2016, p. 234).

É nessa fase inicial que o mediador deve obter das partes o consentimento para submissão ao método, expondo suas expectativas com relação ao comportamento das partes, reforçando, sobretudo, que se trata de um momento de construção por meio do diálogo.

Após a qualificação dos sujeitos e das sessões, foi questionado qual a percepção do usuário do CEJUSC acerca da prestação de serviço pelo Poder Judiciário como um todo, nesse sentido os resultados espelham-se no gráfico que segue:

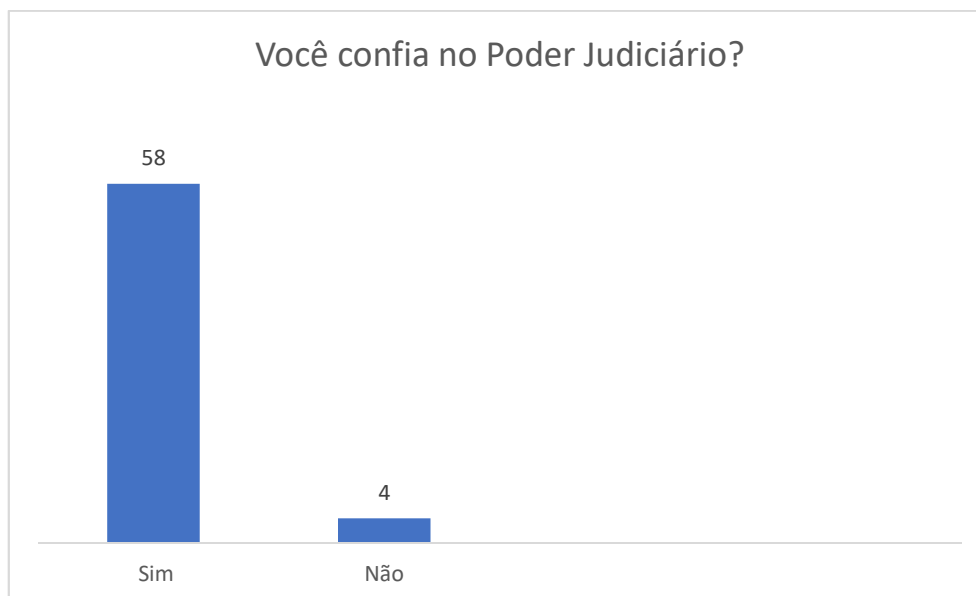
Gráfico 2: Qualidade do serviço prestado



Fonte: Autora, 2019.

De igual maneira, questionados acerca da confiança que detinham no Poder Judiciário, 58 (cinquenta e oito) entrevistados disseram confiar no Poder Judiciário, e apenas 04 (quatro) disseram não confiar.

Gráfico 3: Confiança no Poder Judiciário



Fonte: Autora, 2019.

Esses dados denotam a potencialidade que o Poder Judiciário possui de atuar como facilitador do agir comunicativo uma vez que detém, ao menos da maioria do público entrevistado, a confiança com relação aos seus serviços.

É evidente que não se pode desprezar o contexto no qual esses sujeitos estavam inseridos quando da realização das entrevistas: um novo cenário no âmbito do Poder Judiciário, diferente da polarização que costumeiramente vivenciam quando da adjudicação do conflito, assim, as respostas tendem a se refletir o critério de comparação (é bom em relação à algo preexistente).

Os resultados certamente aproximam a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos do agir comunicativo, vez que o voto de confiança do jurisdicionado no processo mediativo, proposto pelo Poder Judiciário, é premissa para alcance do diálogo no âmbito das sessões.

Isso se reforça quando confrontados os dados obtidos com o fato da maioria dos usuários já terem participado de outros momentos no âmbito do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania, tendo 37 (trinta e sete) pessoas indicado que não era a primeira vez que faziam uso do serviço, enquanto 25 (vinte e cinco) pessoas responderam que se tratava de uma nova experiência.

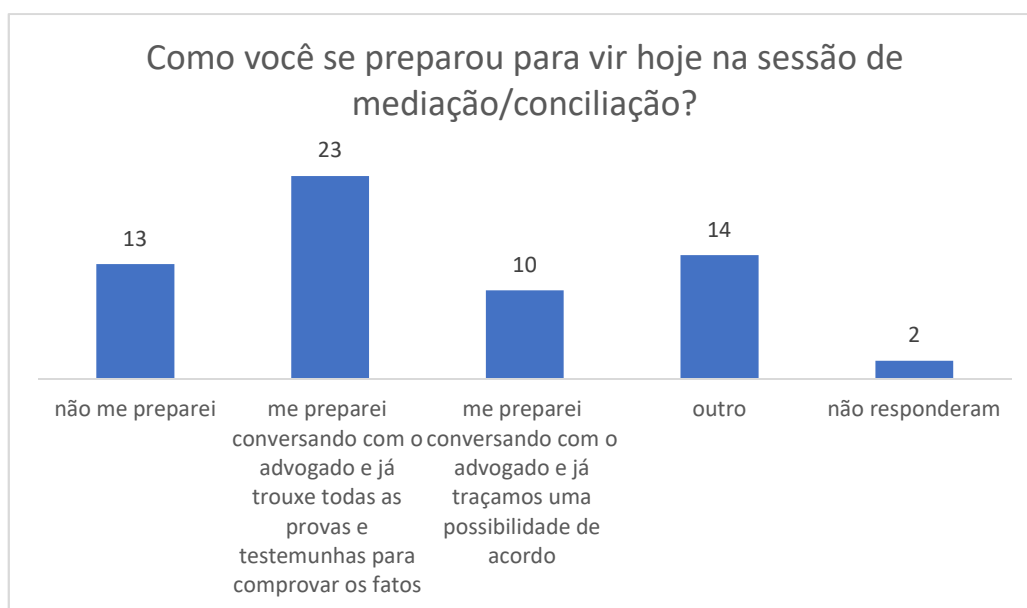
Ponto sensível dos resultados obtidos na pesquisa, e que se apresenta como obstáculo para obtenção de um agir comunicativo, diz respeito a forma como os jurisdicionados se prepararam para vivenciar aquele momento de conciliação/mediação.

A pergunta feita foi: “Como você se preparou para vir hoje na sessão de mediação/conciliação?”, e as repostas possíveis eram: a) não me preparei; b) me preparei conversando com o advogado e já trouxe todas as provas e testemunhas para comprovar os fatos; c) me preparei conversando com o advogado e já traçamos uma possibilidade de acordo; d) outro”.

Dentre as alternativas, aquela que mais transmuta um agir estratégico, pautando ainda na lógica de polarização do processo judicial, no qual se elege um ganhador e um perdedor, é a assertiva b, que enuncia que o preparo decorreu de conversa com o advogado (eleição de uma estratégia) e que a parte já estava munida de provas e testemunhas para comprovar os fatos.

Feitas essas considerações iniciais sobre as assertivas, passa-se a análise dos resultados obtidos. Desta maneira, os entrevistados se manifestaram da seguinte forma:

Gráfico 4: Preparação para sessão de mediação/conciliação



Fonte: Autora, 2019.

Dos entrevistados, 23 (vinte e três) pessoas indicaram que se prepararam para participar da sessão de mediação/conciliação por meio da consulta à um advogado, tendo feito prévia seleção de provas e testemunhas para comprovar os fatos, o que reforça a ideia de polarização ganhador/perdedor, e a necessidade de provar, no sentido de imputar, sua percepção do conflito sobre o outro.

De forma individualizada, quando observadas apenas as respostas dos advogados da parte requerida, sobretudo quanto a questão que perquiria de que forma haviam se preparado, foram expostas na alternativa “outros” algumas outras modalidades estratégicas de preparação, traduzidas em frases como: *“rápida leitura da inicial”*; *“estudando o processo e verificando a possibilidade de acordo”*; *“me preparei estudando o caso”*.

Evidencia-se aqui, sobretudo quando analisadas as respostas dos advogados, um reflexo da crise do ensino jurídico brasileiro (*consultar item retro 2.3.3*), uma vez que lhes foi ensinado no curso da graduação uma forma homogênea de preparo para “audiências”, geralmente pautada na leitura da petição inicial e elaboração de provas, elegendo-se os fatos que deveriam ser levados à sessão, e aqueles sobre os quais não se deve sequer mencionar.

Ocorre que esse modelo de preparo pré-formatado vai de encontro com o escopo das sessões de mediação, que é a reconstrução de vínculos de comunicação efetiva. Se as partes já chegam com discurso montado, pautado em provas e testemunhas, focadas na defesa de suas posições, e se os advogados reforçam esse comportamento estratégico, é indicativo de que não compreendem de fato a proposta do agir comunicativo.

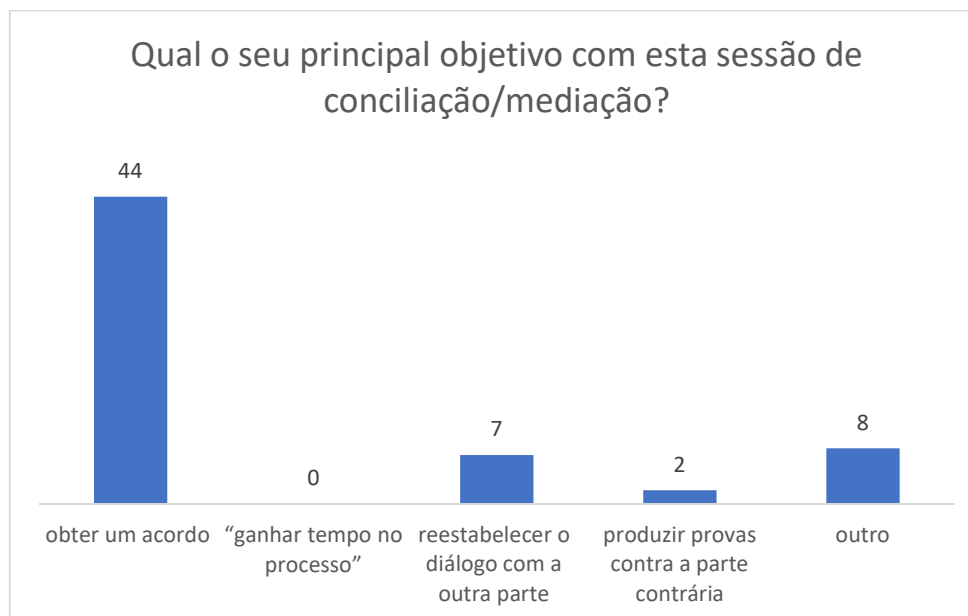
A forma de preparo que mais coadunaria com sujeitos voltados ao agir comunicativo seria pautado na identificação dos interesses e necessidades efetivas dos clientes, na investigação dos fatores que motivam a tomada de determinadas posições, e na inclusão dos interesses da outra parte, projetar quais seriam seus possíveis interesses, e de que formas poderiam ser contemplados em harmonia com os interesses do seu próprio cliente. O foco deve ser no processo de construção dialogada, levar fatos, interesses e necessidades, não para “impor” ao outro, mas sim para possibilitar um processo de trocas empáticas.

Esses dados ganham conotações ainda mais contraditórias quando confrontados com as respostas à questão sobre os objetivos a serem alcançados na sessão de conciliação/mediação. Conforme veremos a seguir, 44 (quarenta e quatro) pessoas elegeram como objetivo principal da sessão a “obtenção do acordo”, e apenas 07 (sete) aduziram ser o reestabelecimento do diálogo com a outra parte o objetivo principal. Ocorre que, no que pese o objetivo da maioria seja o acordo, 23 (vinte e três) pessoas dizem ter se preparado para aquele momento por meio de *“conversa com advogado e já ter levado para sessão todas as provas e testemunhas para comprovação dos fatos”*, ainda que estivesse a disposição dos entrevistados a assertiva que indicava como procedimento de preparação a conversa com advogado e desenho de propostas de acordo.

Se o sujeito almeja o acordo, o racionalmente esperado é que se prepare buscando alternativas para propiciar o acordo, e não munindo-se de ferramentas de convencimento para obtenção de uma sentença procedente. Evidencia-se aqui mais uma vez que “obter acordo”, não é necessariamente “obter entendimento”.

Sobre o objetivo principal a ser alcançado na sessão de conciliação/mediação, observou-se o seguinte panorama:

Gráfico 5: Objetivo com a sessão de conciliação/mediação



Fonte: Autora, 2019.

Sob a luz do agir comunicativo, o pilar fundamental é a comunicação, sem reestabelecimento da comunicação entre as partes não há como chegar-se ao entendimento, nos termos habermesianos da palavra. Assim, quando as partes elegem como objetivo a obtenção do acordo - até apresentam coerência pelo fato de terem indicado em maioria que estavam se submetendo a procedimento de conciliação, que conforme já visto, não pretende trabalhar vínculos, mas sim aspectos objetivos da demanda - mas afastam-se significativamente do agir comunicativo.

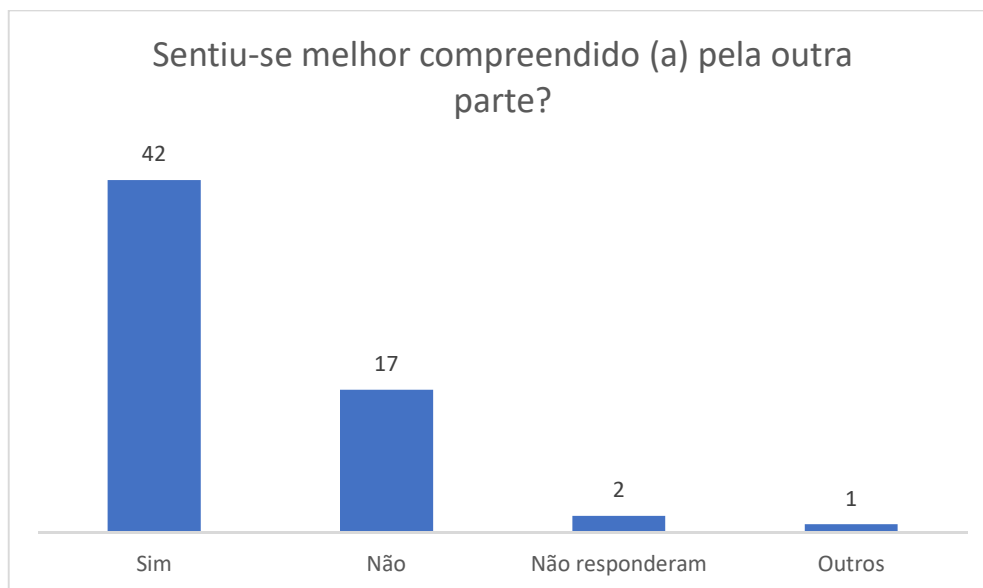
No que pese a predominância de sessões realizadas no 1º Centro Judiciário de Solução de Conflitos sejam de conciliação, isso não implica dizer que inexistem vínculos a serem trabalhados nas demandas propostas. Do contrário, parece-nos mais com um indicativo de que é necessário rever a forma de seleção do método à ser aplicado, vez que do contato com os entrevistados, e nos termos das pautas concedidas, diversas demandas eram sobre relações familiares e de consumo, e sendo assim, eram passíveis de mediação, nos termos do artigo 165, §3º, CPC.

Ainda com relação aos objetivos pretendidos, dentre os advogados da parte requerida, houve quem respondesse que o objetivo principal da sessão era “produzir provas contra a parte contrária” e “não ser multado no processo judicial”, em nítido descompasso com a proposta do agir comunicativo.

Adentrando no aspecto comunicacional, foram feitas três perguntas visando identificar se ocorre no âmbito das sessões de conciliação/mediação o efetivo ato de dialogar, ou seja, o

ato de compartilhar pretensões de validade sobre o mundo da vida com o outro, e restar aberto para apreensão das compreensões do outro sobre o mesmo fato. Nesse sentido três foram as perguntas feitas: “Sentiu-se melhor compreendido(a) pela outra parte?”; “Sentiu que compreende melhor a outra parte?”; e “Foi possível restabelecer o diálogo com a outra parte?”, das quais foram obtidos os respectivos resultados:

Gráfico 6: Compreensão pelo outro



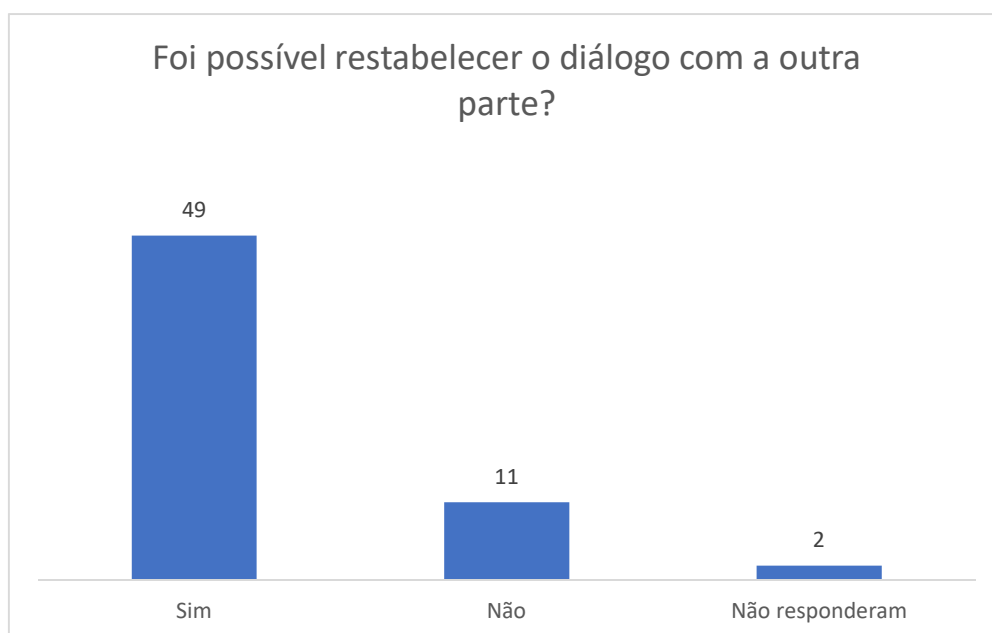
Fonte: Autora, 2019.

Gráfico 7: Compreensão do outro



Fonte: Autora, 2019.

Gráfico 8: Reestabelecimento de diálogo



Fonte: Autora, 2019.

Analisando apenas as respostas observa-se que de 62 (sessenta e duas) pessoas, apenas 17 (dezessete) disseram não sentirem-se melhores compreendidos pela outra partes, 19 (dezenove) disseram que não compreenderam melhor a outra parte, mas ainda assim 49 (quarenta e nove) informaram que foi possível reestabelecer o diálogo com a outra parte.

Qual a incongruência desses dados? O diálogo ocorre quando as partes se sentem compreendidas, bem como compreenderam melhor o outro. É uma via de mão dupla: compreender e ser compreendido. Nesse sentido, pelos números obtidos, o processo de comunicação só pode ter sido efetivo entre 40 (quarenta) pessoas, tendo em vista que 42 (quarenta e duas) pessoas disseram que sentiram-se melhor compreendidos, e apenas 40 (quarenta) disseram que sentiram que compreenderam melhor a outra parte, minimamente 2 (duas) pessoas restaram incompreendidas.

No mesmo sentido, não há como o diálogo ter sido reestabelecido entre 49 (quarenta e nove) pessoas, uma vez que o número é superior aos casos em que as pessoas compreenderam o outro e foram compreendidas.

Percebe-se de outro modo que em relação a pergunta “*Sentiu que compreende melhor a outra parte*” houve um aumento ao número de entrevistado que indicaram não ter compreendido melhor a outra parte, em comparação ao número de sujeitos que disse não ter se sentido compreendido. Neste ponto, sugere-se uma releitura correlata com a resposta do modo de preparo para sessão: rememora-se que naquele tópico as pessoas indicaram que já foram para

sessão com todas as provas e argumentos estruturados. O que isso significa para o processo de compreensão do outro?

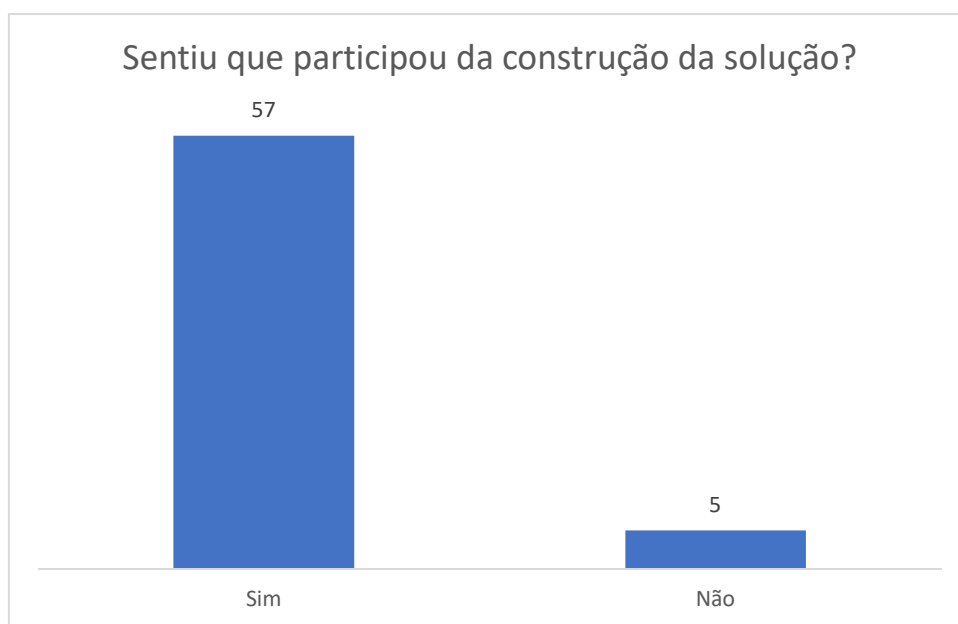
Não raras vezes no processo comunicacional as pessoas escutam o outro não para compreendê-lo, mas sim para refutá-los em seus argumentos. Quando as partes ingressam no momento de conciliação/mediação munido de armas, é provável que ao ouvir o outro selecione apenas os fatos que possam corroborar com suas perspectivas do problema, e desprezem aqueles que não lhe servirão como matéria de defesa. Falha nesse aspecto a escuta ativa, comprometendo a capacidade de compreender o outro.

Quando questionados sobre o aspecto da voluntariedade em firmar os termos, do acordo, 54 (cinquenta e quatro) dos entrevistados disseram não se sentir pressionados a fechar o acordo, tendo apenas 7 (sete) pessoas apontado alguma forma de pressão para o desfecho da demanda. Ademais, dos 62 (sessenta e dois) entrevistados, 55 (cinquenta e cinco) disseram sentir-se auxiliados pelo conciliador/mediador no momento da negociação com a outra parte. Esses resultados mais uma vez indicam a potencialidade do Poder Judiciário como promotor do agir comunicativo.

Quanto a compreensão dos compromissos assumidos no termo de acordo, 37 (trinta e sete) pessoas disseram ter compreendido; 3 (três) pessoas disseram não ter compreendido; 21 (vinte e uma) pessoas dizem não se aplicar ao caso; e apenas uma pessoa se absteve em responder. Um dos reflexos mais relevantes do agir comunicativo, é a retomada de responsabilidades e assunção genuína de compromissos, o que no caso dos entrevistados ocorreu em maioria.

Por fim, questionou-se aos entrevistados se eles se sentiram parte da construção da solução, nesse sentido, 57 (cinquenta e sete) pessoas dizem sentirem-se parte do resultado final, e apenas 5 (cinco) pessoas aduzem não se perceberem como construtores do desfecho final. Em termos gráficos:

Gráfico 9: Participação na construção



Fonte: Autora, 2019.

Daí retira-se o fato de que, no que pese existam ainda obstáculos a serem trabalhos para efetivo estabelecimento de processo comunicativo, nos termos da teoria habermesiana, o jurisdicionado já demonstra ter uma maior vinculação ao resultado final, quando contraposto ao cenário de pertencimento decorrente da sentença judicial emitida por terceiro que se substitui a vontade das partes.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se essa pesquisa, com o mesmo fundamento que a iniciou: acesso à justiça como acesso à ordem jurídica justa.

Tomando por base as formas constitucionais que regem a democracia brasileira, é indissociável da concepção de acesso à justiça, o respeito a autonomia do jurisdicionado. Seria um contrassenso seguir afirmando que a jurisdição se restringe a atuação do Estado sobre o cidadão, quando em verdade, se tem a liberdade e a dignidade da pessoa humana como um dos vetores democráticos contemporâneos.

A adoção de uma Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos, nada mais é do que o reconhecimento de que o Poder Judiciário não mais detém a estrutura necessária para responder satisfatoriamente à complexidade social que o demanda. Não por outro motivo a adoção da Política Judiciária veio com ímpeto de urgência.

A necessidade de uma reformulação - evidenciada em uma crise institucional - acabou trazendo à política pública, em alguns aspectos, ares de irracionalidade, sobretudo uma irracionalidade comunicativa. Passo à explicação, retomando os pressupostos levantados quando da análise de conteúdo, falseando-os ou mantendo-os.

Quanto ao primeiro deles, sustentou-se que o Poder Judiciário não promove bases para o desenvolvimento de um agir comunicativo. Com relação a esse ponto, fazem-se necessárias algumas ponderações, sobretudo quando consideradas as respostas obtidas nas entrevistas aplicadas aos jurisdicionados do 1º Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão.

Isto porque, no que pese os obstáculos *retro* mencionado, a política pública tem gerado, na percepção dos usuários do Centro, a sensação de construção e participação na solução final da demanda. Nesse sentido, ressalta-se a potencialidade que os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania tem de efetivamente servir para promoção de diálogos autênticos.

No entanto, não se pode deixar de asseverar mudanças necessárias para alcance desse objetivo, tais como a introdução do foco qualitativo e não meramente quantitativo para fins de controle da política pública; o respeito a autonomia das partes (sobretudo quanto à necessidade de homologação ou não dos ajustes); a revisão dos prazos estipulados nas legislações para sua implementação, primando sempre pela qualidade frente a quantidade; a desconstrução dos discursos de poder e chancela do Judiciário, dentre outros aspectos que legitimarão o jurisdicionado enquanto tomador de decisões.

Nesse liame de reconstrução, pontua-se a manutenção de alguns dos pressupostos levantados, assim, acerca da análise de conteúdo da legislação base de implementação da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos, evidenciaram-se mais elemento de agir estratégico, do que de agir comunicativo.

De igual maneira, compreende-se que em grande escala a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos é fruto de um agir estratégico do Poder Judiciário, que, frente a crise que vivencia, optou por novos modelos de resolução de conflitos, sobretudo como forma de buscar o desafogo, e não para efetivamente proporcionar acesso à ordem jurídica justa.

E por fim, quanto a linguagem adotada pelo Poder Judiciário, mantém-se igualmente o pressuposto que afirma que o Poder Judiciário se comunica com o jurisdicionado por meio de atos de fala perlocucionários, ou seja, aqueles em que a enunciação não corresponde efetivamente aos fins almejados pelo locutor. A mensagem enunciada é de pacificação social por meio da retomada do diálogo (qualitativa), e o fim almejado é de redução da carga processual (quantitativa).

A importância de evidenciar os pontos fortes da política pública, em que já é possível aplicar-se uma racionalidade comunicativa, e aqueles pontos em que ainda prepondera um agir estratégico, consiste justamente em aprimorar a utilização dos métodos adequados de resolução de conflitos como forma de devolver à sociedade o poder de tomar decisões acerca de questões cotidianas. Propiciar bases para que as relações humanas voltem a desenvolver-se por meio, e na linguagem, como elemento próprio do regime democrático.

O Direito, enquanto linguagem, não deve servir a um agir puramente estratégico, do contrário, tem potencialidade para fomentar a integração social pautada no agir comunicativo. Nesse sentido não basta que o Direito seja factível no plano social, ou seja, que ele se imponha com a coercitividade e autoridade próprias do Estado, mas sim, que ele seja validado racionalmente, sendo posto a prova por seus destinatários, que o deverão validar em razão da força do melhor argumento, do compartilhamento de pretensões de validade criticáveis acerca do mundo da vida.

Em última análise, o que pretende esta dissertação é reafirmar a importância da linguagem enquanto elemento central na resolução de conflitos, seja esta mediada pelo Estado, na figura do Poder Judiciário, seja ela desenvolvida por iniciativa das partes, por uso de métodos extrajudiciais.

A racionalidade humana pressupõe o intercâmbio linguístico entre sujeitos, é necessário compartilhar fatos e percepções acerca do conflito para que efetivamente esse consiga ser ressignificado na vida daqueles que o experimentam. A opção pela Política

Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos deve ser vista não pelo viés das estatísticas, com filtro meramente quantitativo, mas sim pelo viés qualitativo, da possibilidade de promoção do acesso à ordem jurídica justa, e do reestabelecimento do diálogo, não apenas entre jurisdicionados, mas sobretudo entre jurisdicionado e Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez (org). **Tribunal Multiportas**: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.

AZEVEDO, André Gomma de. Desafios de Acesso à Justiça ante o Fortalecimento da Autocomposição como Política Pública Nacional. In: RICHA, Morgana de Almeida; PELUSO, Antonio Cezar. **Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 11-29.

BARDIN, Laurence. **Análise de Conteúdo**. São Paulo: Edições 70, 1977.

BERTOLLA, Luana Michalski de Almeida. **Os métodos consensuais de resolução de conflitos**: instrumentos de democratização sob a ótica da teoria da ação comunicativa. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, Paraná.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

BONATO, Giovanni. Panorama da Arbitragem na França e na Itália: perspectiva de direito comparado com o sistema brasileiro. In: **Revista Brasileira de Arbitragem**. Comitê Brasileiro de Arbitragem. Vol 11. Síntese: São Paulo. 2014. P.59-92.

BONATO, Giovanni. CASTRO, Maíra Lopes de. Princípio da cooperação no novo código de processo civil brasileiro: a admissibilidade dos negócios jurídicos processuais no âmbito dos recursos. In: XXVI Encontro Nacional Do Conpedi Brasília – DF. **Processo, jurisdição e efetividade da justiça III**. Florianópolis: CONPEDI, 2017. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/roj0xn13/1743z27d>. Acesso em: 22 de agosto de 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 07 de abril de 2019.

_____. **Lei 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em: 07 de abril de 2019.

_____. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 07 de abril de 2019.

BRIQUET, Enia Cecili. **Manual de mediação**: teoria e prática na formação do mediador. Petrópolis, RJ: Vozes, 2016.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUSTAMANTE, Ana Paula. A aplicação do agir comunicativo de Habermas na mediação comunitária: o diálogo como instrumento transformador. In: José Alcebíades de Oliveira Júnior; Regina Lúcia Teixeira Mendes; Maria Luiza Scaremella. (Org.). **Sociologia, Antropologia e Cultura Jurídicas**. 1ª ed. Curitiba: FUNJAB/CONPEDI, 2013, v. 01, p. 398-417.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Quadro do Movimento Universal de Acesso à Justiça. In: **Revista de Processo**, RT-SP, nº 74, ano 19, abril-junho/1994, p. 82/97.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. **Uso do termo tribunal**. Parecer. CONIMA. 2019. Disponível em: <http://www.conima.org.br/arquivos/1297>. Acesso em: 26 de abril de 2019.

CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO. **Parecer nº 635/2018**. DF. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=100131-pces635-18&category_slug=outubro-2018-pdf-1&Itemid=30192. Acesso em: 10 de dezembro de 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Guia de Conciliação e Mediação: orientações para implementação de CEJUSCs**. Brasília/DF, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/1818cc2847ca50273fd110eafdb8ed05.pdf>>. Acesso em: 19 de dezembro de 2018.

_____. **Justiça em Números:2017**. Brasília: CNJ, 2017.

_____. **Justiça em Números:2018**. Brasília: CNJ, 2018.

_____. **Manual de Mediação Judicial**. 6 ed. Brasília: CNJ, 2016.

_____. **Resolução nº 125 de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010>>. Acesso em: 19 de dezembro de 2018.

_____. **Resolução nº 271 de 11 de dezembro de 2018**. Fixa parâmetros de remuneração a ser paga aos conciliadores e mediadores judiciais, nos termos do disposto no art. 169 do Código de Processo Civil – Lei nº 13.105/2015 – e no art. 13 da Lei de Mediação – Lei nº 13.140/2015. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/resolucao-n271-11-12-2018-presidencia.pdf . Acesso em: 27 de abril de 2019.

COSTA, Alexandre Araújo. Cartografia dos métodos de composição de conflitos. In: AZEVEDO, André Gomma de (org.). **Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação**. 1 ed. Brasília: Editora Grupos de Pesquisa, 2003, v. 3, p. 161-201.

CURY, Cesar Felipe. Mediação. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. **Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos**. Salvador: Juspodivm, 2018. p.495-519.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol 1. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017.

_____. O princípio da cooperação: uma apresentação. **Revista de Processo**. São Paulo, n 127, p. 75-79, set. 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. **Teoria Geral do novo processo civil**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

DUPEYRIX, Alexandre. **Compreender Habermas**. São Paulo: Edições Loyola, 2012.

ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do “Movimento de Acesso à Justiça”: epistemologia versus metodologia? In: PANDOLFI, Dulce (org). **Cidadania, justiça e violência**. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1999.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Relatório ICJ Brasil – 1º semestre/2017**. Disponível em: https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/relatorio_icj_1sem2017.pdf. Acesso em: 10 de dezembro de 2018.

GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no judiciário**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

GADAMER, Hans-Georg. A incapacidade para o diálogo. In: ALMEIDA, Custódio Luís Silva; FLICKINGER, Hans-Georg; ROHDEN, Luiz (Coords.). **Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer**. n. 117. Porto Alegre: Edipucrs, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2018.

_____. Os fundamentos da justiça conciliativa. In: **Revista da Escola Nacional da Magistratura**. Brasília. v. 2, n. 5, p. 22-27, abr. 2008. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/21448>. Acesso em: 14 de dezembro de 2018.

_____. Os métodos consensuais de solução de conflitos no novo CPC. In: BONATO, Giovanni. (Coord.) et al. **O novo código de processo civil**. Questões controvertidas. São Paulo: Atlas, 2015. p. 1-21.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo: racionalidade da ação e racionalização social**. Vol. 1. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012a.

_____. **Teoria do agir comunicativo: sobre a crítica da razão funcionalista**. Vol. 2. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012b.

HERRLEIN JR., Ronaldo. Uma Introdução ao Pensamento de Habermas: Teoria da Ação Comunicativa. **Revista Prâksis** [en linea] 2007, 1 (Enero-Junio). Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=525552616010>. Acesso em: 28 de fevereiro de 2019.

JUNIOR, Humberto Theodoro. NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre M. Franco. PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

KOHN, Karen; MORAES, Cláudia Herte de. **O impacto de novas tecnologias na sociedade: conceitos e características da Sociedade da Informação e da Sociedade Digital**. 2007. Disponível em: <https://www.intercom.org.br/papers/nacionais/2007/resumos/R1533-1.pdf>. Acesso em: 25 de abril de 2019.

LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. A Resolução n.125 do Conselho Nacional de Justiça: origem, objetivos, parâmetros e diretrizes para a implantação concreta. In: RICHIA, Morgana de Almeida; PELUSO, Antonio Cezar. **Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 229-249.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas**. 2ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MANDRIOLI, Cristiano. **Giurisdizione (in generale)**. Verbete/. Itália: 1993.

MARCATO, Antonio Carlos. Algumas Considerações sobre a crise da justiça. In: ZUFELATO, Camilo. YARSHELL, Flávio Luiz. **40 anos da teoria geral do processo no Brasil**. São Paulo: Editora Malheiros, 2013.p.21-42.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil (e-book)**. V. 1. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____. **O novo processo civil**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARRAFON, Marco Aurélio. **Para compreender (e superar) os pilares do positivismo jurídico (parte 2)**. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mai-25/constituicao-poder-preciso-compreender-superar-positivismo-juridico-parte>. Acesso em: 14 de dezembro de 2018.

MATURANA, H.R.; VARELA, F.J. **A árvore do conhecimento – As bases biológicas da compreensão humana**. Editora Psy II: São Paulo, 1995.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. 3 ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2017.

NOGUEIRA, Mariella Ferraz de A. Pollice. Dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos. In: RICHA, Morgana de Almeida; PELUSO, Antonio Cezar. **Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2011a. p. 251-260.

_____. Dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania. In: RICHA, Morgana de Almeida; PELUSO, Antonio Cezar. **Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2011b. p. 261-272.

OLIVEIRA, Vânia M.R. de; CAMPISTA, Valesca do R. O silêncio: multiplicidade de sentidos. In: **SINAIS - Revista Eletrônica - Ciências Sociais**. Vitória: CCHN, UFES, Edição n.02, v.1, Outubro. 2007. pp.107-120. Disponível em: <http://www.periodicos.ufes.br/sinais/article/viewFile/2850/2316>. Acesso em: 25 de abril de 2019.

PALERMO, Luis Carlos. A importância da teoria do agir comunicativo na atualidade: racionalidade, mundo da vida e democracia deliberativa. In: **PRACS: Revista eletrônica de humanidades do Curso de Ciências Sociais da UNIFAP**. n.6, Macapá: UNIFAP, 2013. Disponível em: <https://periodicos.unifap.br/index.php/pracs/article/viewFile/806/n6Palermo.pdf>. Acesso em: 03 de março de 2019.

PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. **Novo processo civil brasileiro: métodos adequados de resolução de conflitos**. Curitiba: Juruá, 2015.

PEIXOTO, Ravi. Os princípios da Mediação e da Conciliação: uma análise da Res.125/2010 do CNJ, do CPC/2015 e da Lei 13.140/2015. In: In: DIDIER JUNIOR, Fredie. **Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos**. Salvador: Juspodivm, 2018.p. 91-107.

PELUSO, Antonio Cezar. **Discurso de Posse na Presidência do STF e do CNJ**. Brasília, abril, 2010. Disponível em: < <http://ghlb.files.wordpress.com/2010/04/discursopeluso.pdf>>. Acesso em: 19 de dezembro de 2018.

PEREIRA, Carlos André M. P.; ROSÁRIO, José Orlando R.; GÓES, Ricardo T. de. A filosofia do direito em Jürgen Habermas a partir da ação comunicativa. In: **Revista de Direito Mackenzie**. V. 11. N. 2. 2017. p.111-128. Disponível em: <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/issue/view/572>. Acesso em: 16 de fevereiro de 2019.

PICON, Leila Cássia; MINGOTTI, Maria Carmela e BUZZATO, Gustavo. O papel da linguagem na construção da integração social. **Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI**, Itajaí, v.10, n.4, 3º quadrimestre de 2015. Disponível em: www.univali.br/direitopolitica - ISSN 1980-7791. Acesso em: 25 de abril de 2019.

POKORSKI, Maria Melania Wagner F.; POKORSKI, Luís Antônio Franckowiak. **A linguagem constituinte do ser humano**. Estud. psicanal., Belo Horizonte , n. 38, p. 97-103, dez. 2012 . Disponível em

<http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-34372012000200011&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 25 abr. 2019.

ROSENBERG, Marshall, B. **Comunicação não violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais**. São Paulo: Ágora, 2006.

SADEK, Maria Tereza; ARANTES, R. A crise do Judiciário e a visão dos juízes. São Paulo: **Revista USP**, 1994. (21), 34-45. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9036.v0i21> . Acesso em: 17 de dezembro de 2018.p. 34-45.

_____. **O judiciário em debate**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010. Disponível em: <https://static.scielo.org/scielobooks/82r9t/pdf/sadek-9788579820342.pdf>. Acesso em: 17 de dezembro de 2018.

SANDER, Frank. Varieties of Dispute Processing. In: LEVIN, A. Leo; WHEELER, Russell R (org). **The pound conference: perspectives on justice in the future**. ST. Paul Minnesote: West Publishing Co, 1979.

SANTOS, Hermílio. Interação social e novas mídias: elementos para uma análise da interação mediada. In: **Revista FAMECOS**. Porto Alegre. 2002. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/revistafamecos/article/viewFile/3172/2442>. Acesso em: 25 de abril de 2019.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual de arbitragem: mediação e conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SILVA, Maria Ozanira da Silva e. Avaliação de políticas e programas sociais: aspectos conceituais e metodológicos. In: SILVA, Maria Ozanira da Silva (org.). **Avaliação de políticas e programas sociais: teoria & prática**. São Paulo: Veras Editora, 2001.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

SOUSA, João Pedro. **Elementos de teoria e pesquisa da comunicação dos media**. 2 ed. Porto, 2006. Disponível em: <http://www.bocc.ubi.pt/pag/sousa-jorge-pedro-elementos-teoria-pesquisa-comunicacao-media.pdf>. Acesso em: 16 de fevereiro de 2019.

SPLENGLER, Fabiana Marion. **Fundamentos políticos da mediação comunitária**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2012.

_____. **Mediação de conflitos: da teoria à prática**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. **A verdadeira autoridade do Supremo Tribunal diante de crises**. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-03/lenio-streck-verdadeira-autoridade-supremo-tribunal-diante-crises>. Acesso em: 14 de abril de 2019.

SUNSTEIN, Cass R.; HOLMES, Stephen. **El costo de los derechos**. Por qué la libertad depende de los impuestos. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2012. p. 31-154.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO. **Resolução GP 10/2011**. Disponível em: http://gerenciador.tjma.jus.br/app/webroot/files/publicacao/415814/resol-gp_-_102011_-_cria_o_nupemec_26022018_1418.pdf. Acesso em: 07 de abril de 2019.

_____. **Resolução GP 18/2015**. Disponível em: http://gerenciador.tjma.jus.br/app/webroot/files/publicacao/415814/resol-gp_-_182015_regulamenta_a_organizaao_e_o_funcionamento_do_nupemec_26022018_1419.pdf. Acesso em: 07 de abril de 2019.

UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva 2008/52/CE, de 21 de maio de 2008**. Regulamenta certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial. Jornal Oficial da União Europeia, Parlamento Europeu e do Conselho, Bruxelas, 18/06/2013, p. L165/2-L165/12.

URIBE RIVERA, Francisco Javier. **Agir Comunicativo e Planejamento Social: uma crítica ao enfoque estratégico**. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 1995. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/4ghgb/pdf/rivera-9788575412480.pdf>. Acesso em: 14 de abril de 2019.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e solução pacífica dos conflitos de interesse. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. **Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos**. Salvador: Juspodivm, 2018. p.833-841.

_____. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Mauricio Zanoide de (coords.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005.

_____. Política Pública do Poder Judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. In: RICHÁ, Morgana de Almeida; PELUSO, Antonio Cezar. **Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 03-09.

APÊNDICE A – Questionário

PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO (UFMA) QUESTIONÁRIO

TEMA: TEORIA DO AGIR COMUNICATIVO E MEIOS ADEQUADOS DE RESOLUÇÃO DO CONFLITO: uma avaliação dos Centros Judiciários de Solução de Conflito e Cidadania do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão na perspectiva do jurisdicionado.

LOCAL: 1º Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC's) – Estado do Maranhão.

PESQUISADORA: Máira Lopes de Castro

01. Nesta sessão você é:

- a) Requerente (parte que solicitou a sessão de conciliação/mediação)
- b) Advogado da parte Requerente
- c) Requerido (parte que foi convidada/intimada para a sessão de conciliação/mediação)
- d) Advogado da parte Requerida

02. Qual a sua percepção acerca do serviço prestado pelo Poder Judiciário como um todo?

- a) muito ruim
- b) ruim
- b) bom
- c) excelente

03. Você confia no Poder Judiciário?

- a) Sim
- b) Não

04. Você participou de uma sessão de:

- a) mediação
- b) conciliação
- c) não sei diferenciar

05. Sua demanda é:

- a) Processual (já existia um processo ajuizado no Poder Judiciário)
- b) Pré-processual (**não** existe um processo ajuizado no Poder Judiciário)

06. É a primeira vez que você faz uso do Centro Judiciário de Solução de Conflitos?

- a) Sim
- b) Não

07. Como você se preparou para vir hoje na sessão de mediação/conciliação?

- a) não me preparei
- b) me preparei conversando com o advogado e já trouxe todas as provas e testemunhas para comprovar os fatos
- c) me preparei conversando com o advogado e já traçamos uma possibilidade de acordo
- d) outro: _____

08. Qual o seu principal objetivo com esta sessão de conciliação/mediação?

- a) obter um acordo
- b) “ganhar tempo no processo”
- c) reestabelecer o diálogo com a outra parte
- d) produzir provas contra a parte contrária
- e) não ser multado no processo judicial
- f) outro: _____

09. Sentiu-se melhor compreendido (a) pela outra parte?

- a) Sim
- b) Não

10. Sentiu que compreende melhor a outra parte?

- a) Sim
- b) Não

11. Foi possível restabelecer o diálogo com a outra parte?

- a) Sim
- b) Não

12. Você se sentiu pressionado a fechar um acordo?

- a) Sim
- b) Não

13. Você compreendeu quais compromissos foram assumidos por você no acordo?

- a) Sim
- b) Não
- c) Não se aplica

14. Sentiu-se auxiliado (a) pelo conciliador/mediador para negociar melhor com a outra parte?

- a) Sim
- b) Não

15. Sentiu que participou da construção da solução?

- a) Sim
- b) Não

Sua colaboração é de extrema relevância para o desenvolvimento desta pesquisa científica! Muito obrigada!

APÊNDICE B – Termo de Consentimento Livre e Esclarecido

TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO

Você está sendo convidado para participar da pesquisa “TEORIA DO AGIR COMUNICATIVO E MEIOS ADEQUADOS DE RESOLUÇÃO DO CONFLITO: uma avaliação dos Centros Judiciários de Solução de Conflito e Cidadania do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão na perspectiva do jurisdicionado”.

Você foi selecionado por ser usuário dos serviços prestados por esse Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC's). O objetivo desta pesquisa é analisar de que forma a institucionalização dos meios adequados de resolução de conflitos possibilita um agir comunicativo entre a sociedade ludovicense o Poder Judiciário local.

Sua participação nesta pesquisa consistirá no preenchimento de um questionário.

Sua participação não é obrigatória. A qualquer momento você pode desistir de participar e retirar seu consentimento. Ademais, sua recusa não trará nenhum prejuízo em sua relação com o pesquisador, com o orientador e com as instituições envolvidas.

Não há riscos ou prejuízos previstos relacionados à sua participação. Os benefícios da pesquisa são estritamente acadêmicos.

As informações obtidas por meio dessa pesquisa serão confidenciais e o sigilo sobre sua participação será assegurado. Os dados serão divulgados unicamente pelo pesquisador deste Projeto de forma genérica, em termos quantitativos e qualitativos, de modo a não possibilitar sua identificação pessoal nas conclusões adquiridas.

Caso deseje, será disponibilizada cópia deste termo, no qual consta o telefone e o endereço institucional do pesquisador, podendo tirar suas dúvidas sobre o Projeto e sua participação, agora ou a qualquer momento.

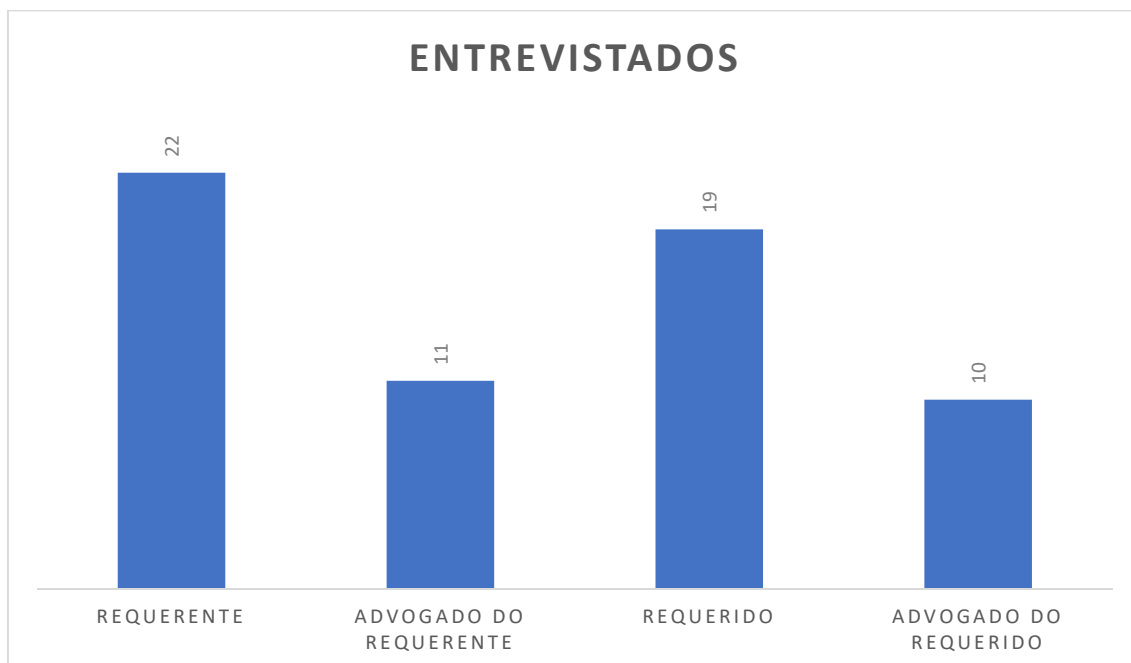
Concordo em participar da pesquisa,

Participante

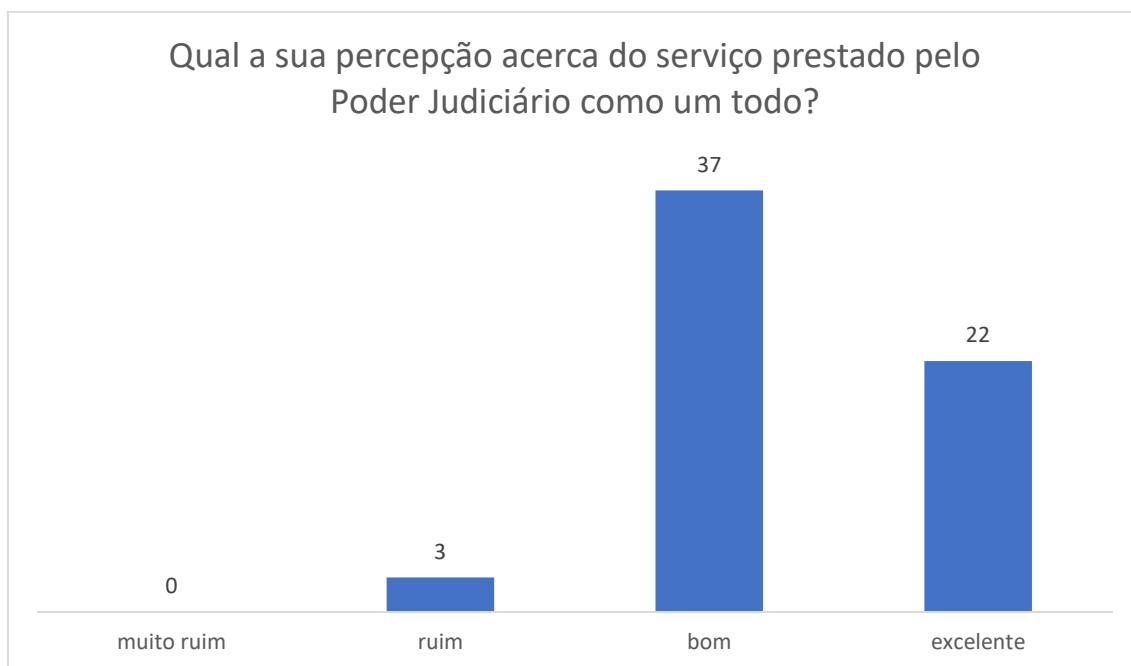
Maíra Lopes de Castro

Pesquisadora MAÍRA LOPES DE CASTRO – PESQUISADORA

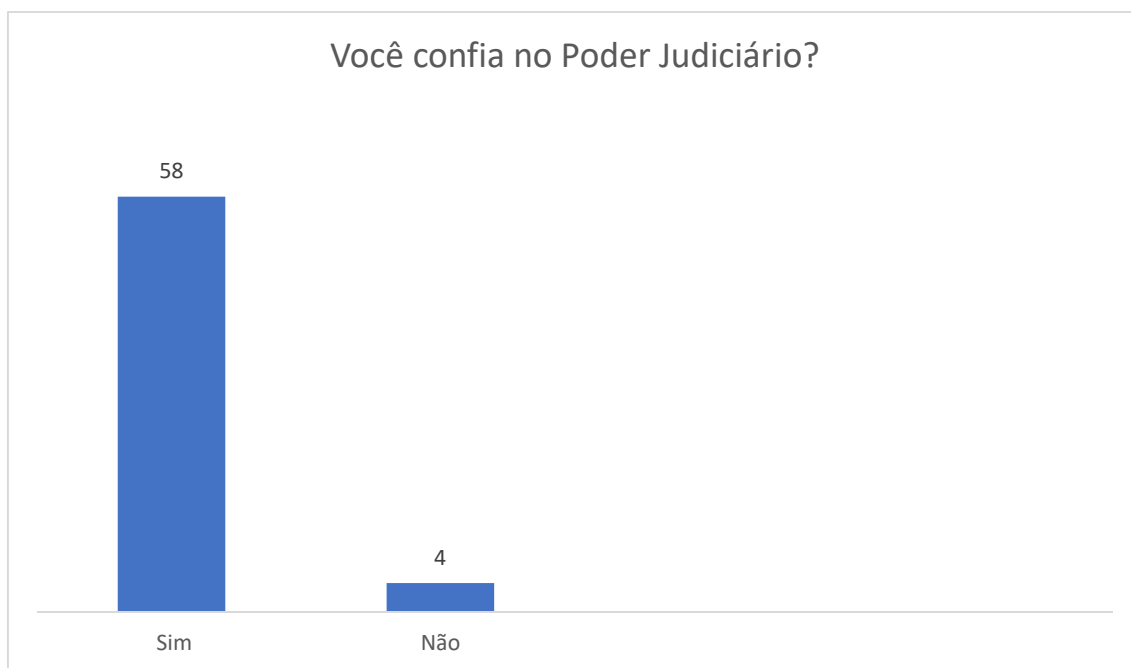
TEL: 98820-2019 - Email: maira.lopes.castro@hotmail.com

APÊNDICE C– Resultados das entrevistas aplicadas junto aos jurisdicionados

Fonte: Autora, 2019.



Fonte: Autora, 2019.



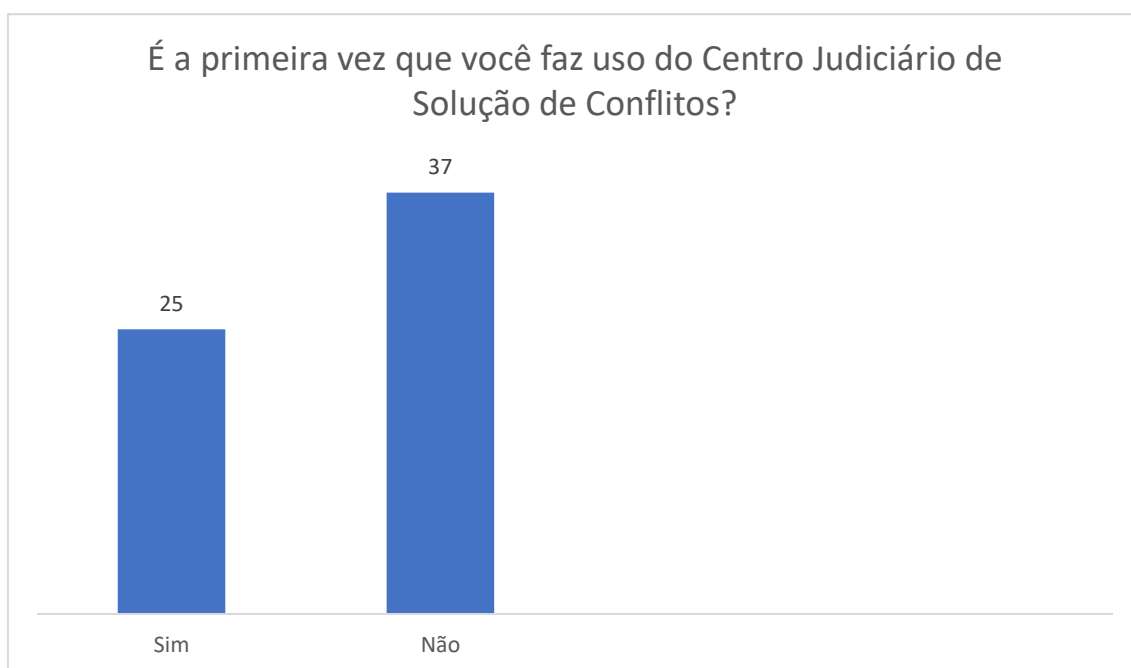
Fonte: Autora, 2019.



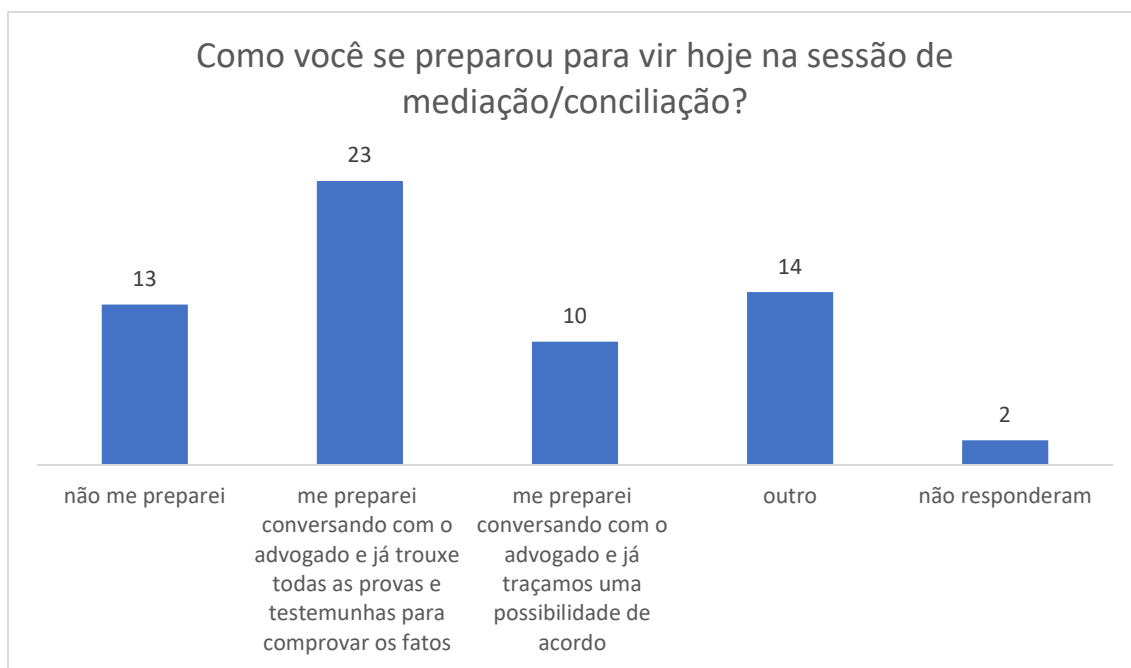
Fonte: Autora, 2019.



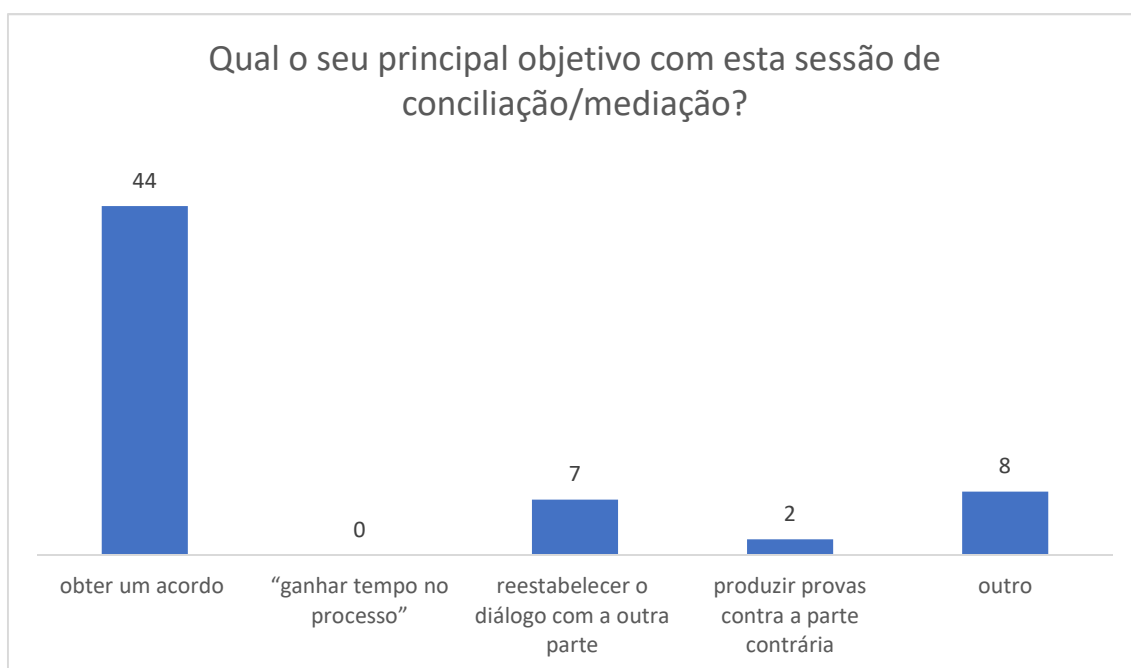
Fonte: Autora, 2019.



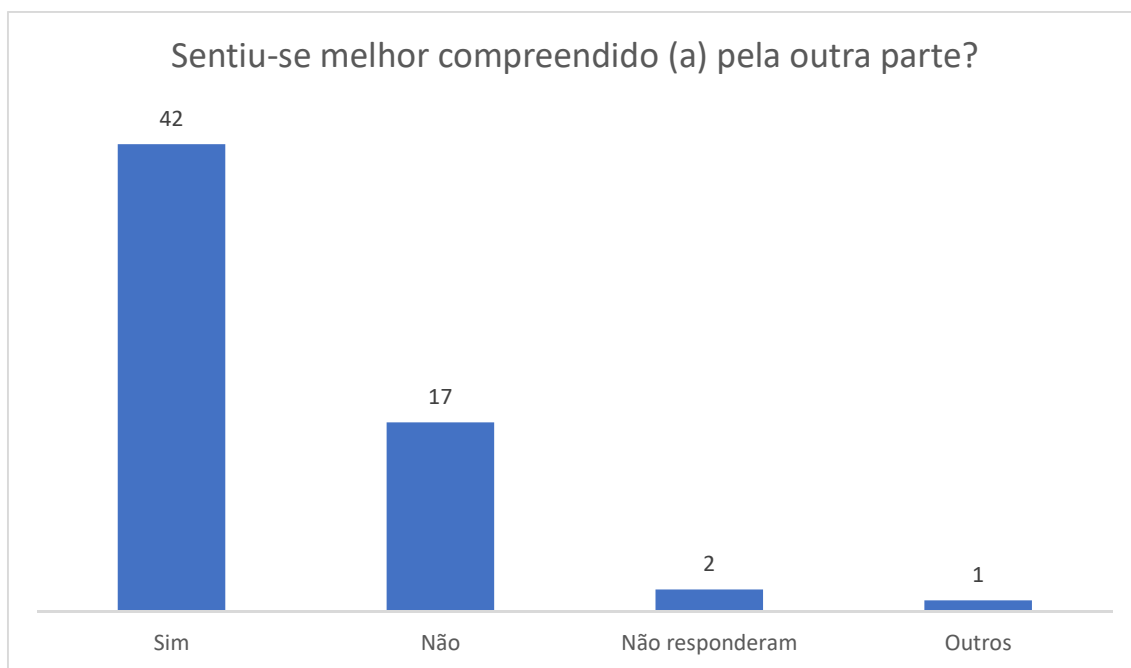
Fonte: Autora, 2019.



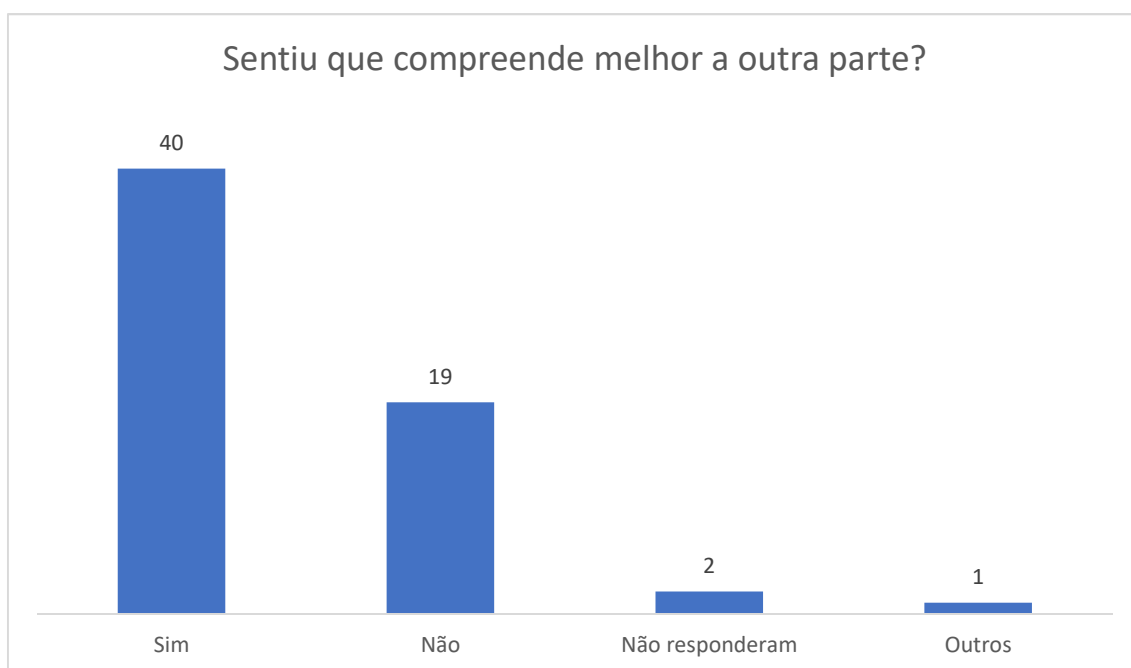
Fonte: Autora, 2019.



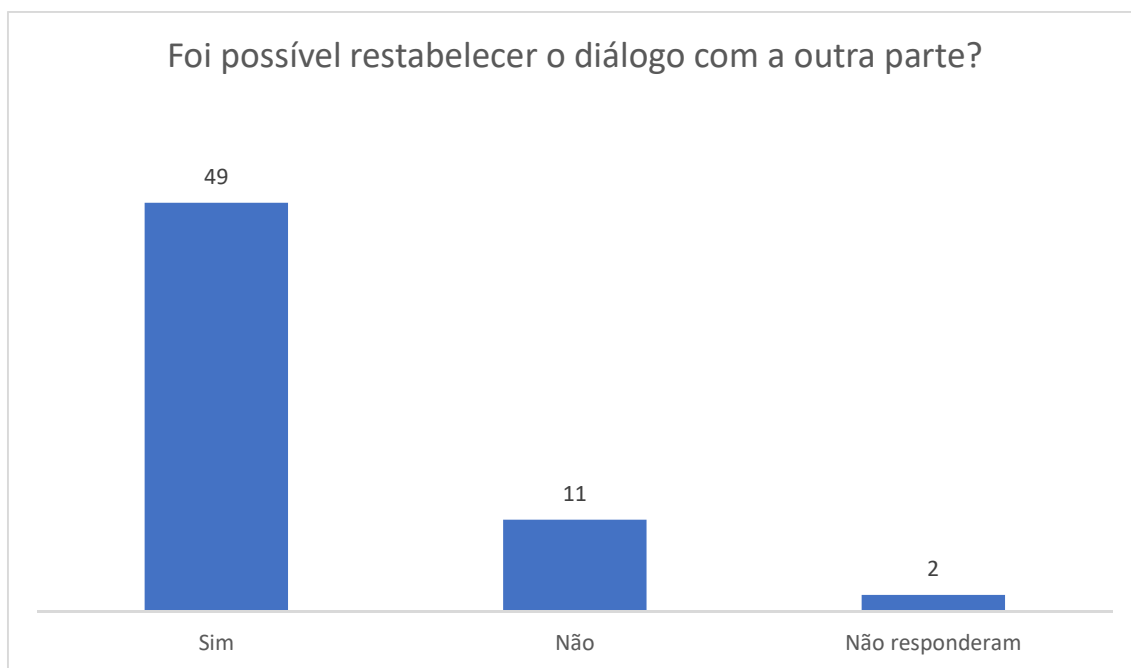
Fonte: Autora, 2019.



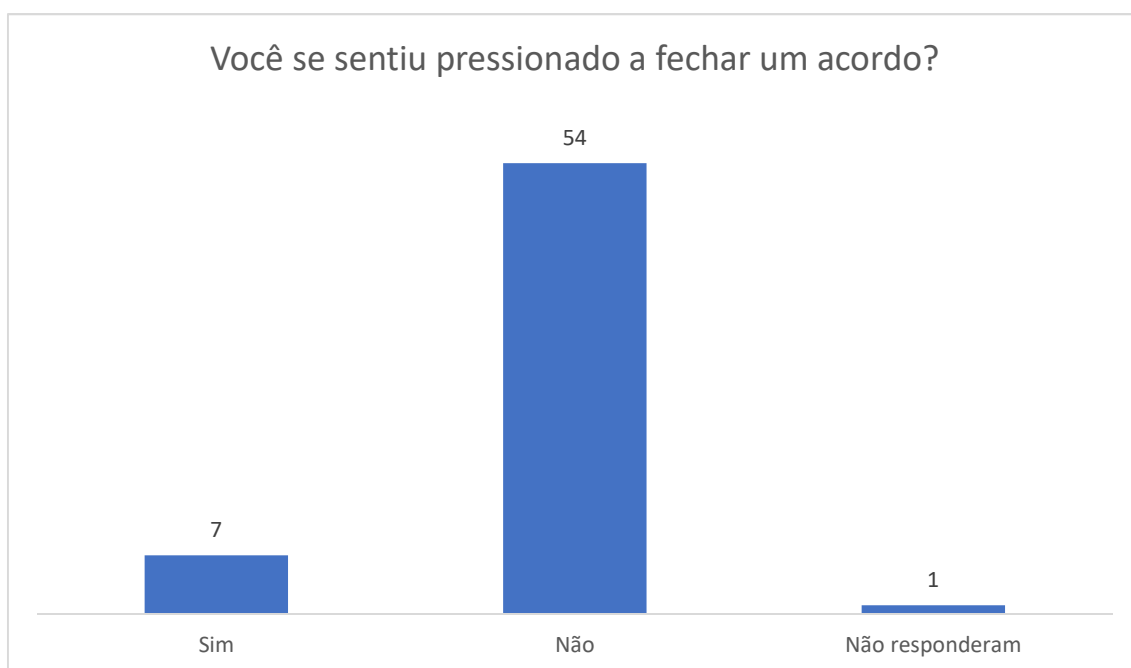
Fonte: Autora, 2019.



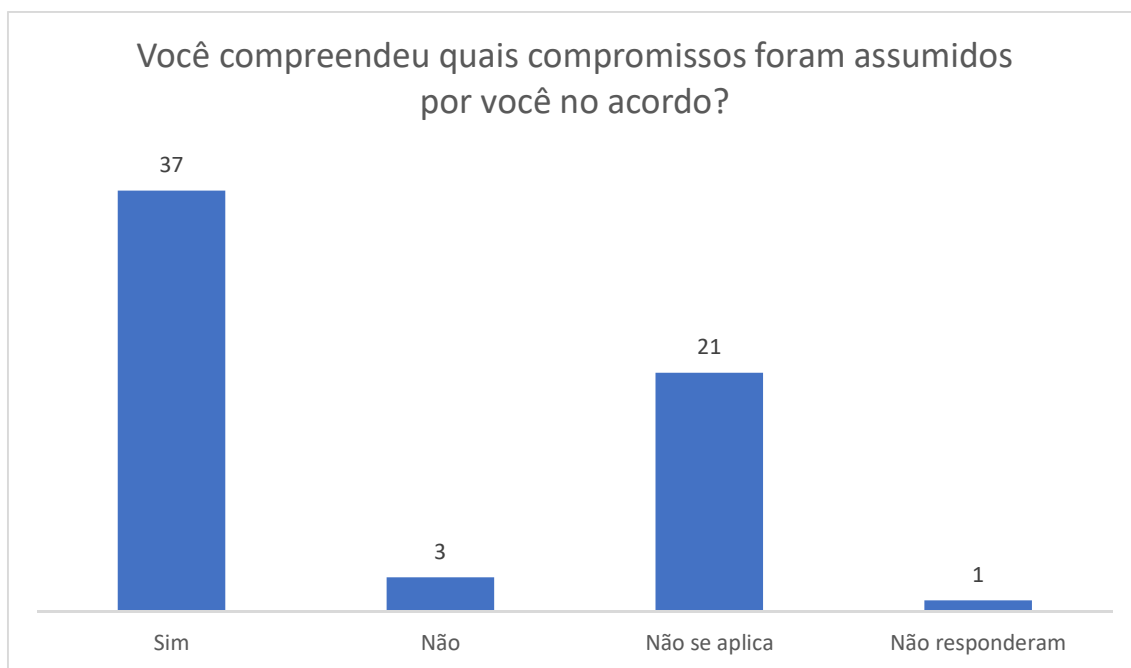
Fonte: Autora, 2019.



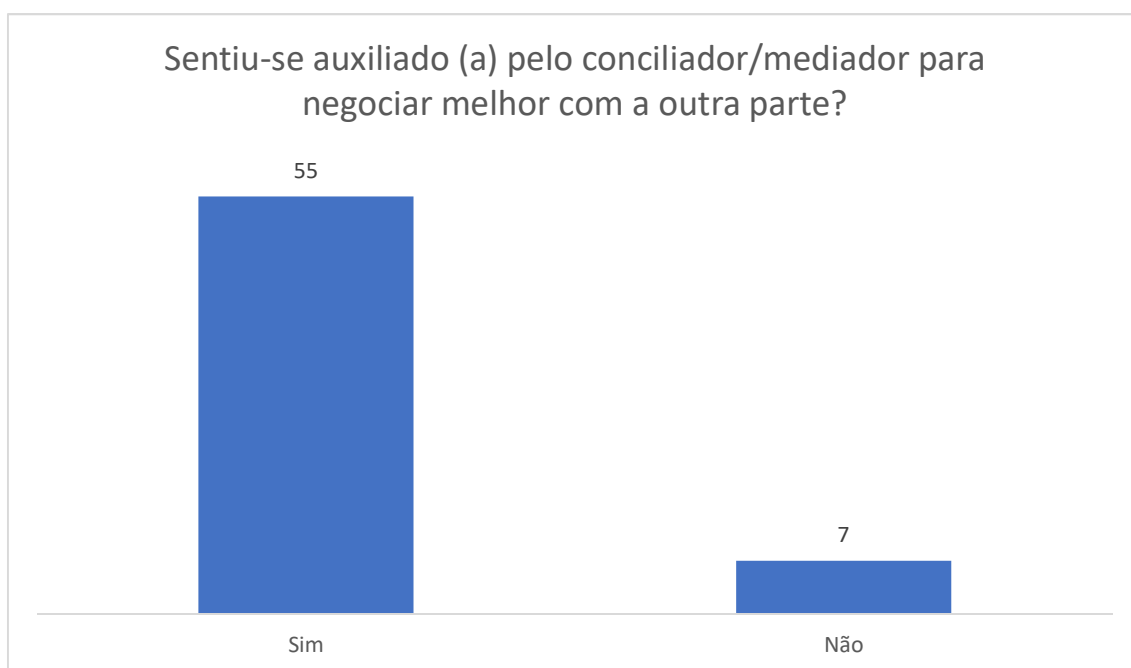
Fonte: Autora, 2019.



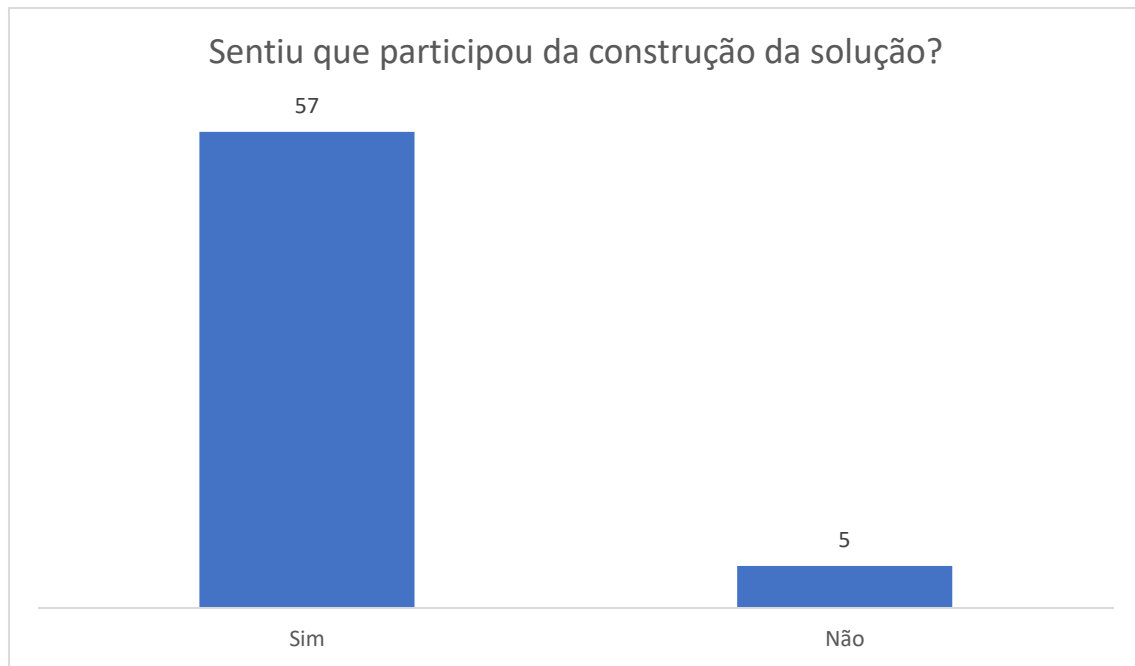
Fonte: Autora, 2019.



Fonte: Autora, 2019.



Fonte: Autora, 2019.



Fonte: Autora, 2019.