

Mediação e conciliação no Judiciário: Dilemas e significados¹

Kátia Sento Sé Mello

Professora da ESS/UFRJ

Bárbara Gomes Lupetti Baptista

Pesquisadora do INCT-InEAC/Nufep/UFF

O objetivo deste trabalho é descrever e analisar as práticas que caracterizam a mediação e a conciliação de conflitos no âmbito do Poder Judiciário no Estado do Rio de Janeiro. Trata-se de compreender, no âmbito do processo de mudanças institucionais pelo qual a sociedade brasileira vem passando desde a década de 1980, os diferentes significados atribuídos a esses institutos pelos diferentes operadores do campo jurídico e pelas partes usuárias nos contextos em que são acionados. A principal questão que norteia esta pesquisa é saber em que medida o Estado pode diminuir o abismo que ainda separa o direito e os tribunais da sociedade, por intermédio destes novos institutos de administração de conflitos.

Palavras-chave: administração de conflitos, conciliação, mediação, Poder Judiciário

The objective of **Mediation and Settlements in the Judiciary: Dilemmas and Meanings** is to describe and analyse mediation and settlement practices in the sphere of the Rio de Janeiro State Judiciary. An understanding is sought of the process of institutional changes through which Brazilian society has been passing since the 1980s, the different meanings attributed to these doctrines by the diverse operators in the legal field and by the users in contexts in which they are engaged. The primary question that guides this research is ascertaining to what extent the State can reduce the gap between the law and the courts of the society, through these new doctrines of conflict management.

Keywords: conflict management, settlement, mediation, Judiciary

1. Introdução

O objetivo deste trabalho é descrever e analisar os discursos que caracterizam a mediação e a conciliação de conflitos judiciais, priorizando a análise dos manuais e dos documentos destinados à capacitação de mediadores e conciliadores no âmbito do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro. Consideramos também a percepção de alguns operadores desse campo, com quem realizamos entrevistas formais e informais, assim como discursos disponibilizados no site do Conselho Nacional de Justiça, que promove, desde 2006, em âmbito nacional, o Movimento pela Conciliação. Trata-se de compreender os diferentes significados atribuídos a esses institutos pelos vários atores sociais envolvidos em seu processo de implantação – operadores do campo jurídico, profissionais de diversas áreas do saber –, assim como pelas partes usuárias nos contextos em que são acionados.

Recebido em: 01/11/10

Aprovado em: 04/12/10

¹ Uma versão anterior deste trabalho foi apresentada na 27ª Reunião Brasileira de Antropologia — grupo de trabalho Sensibilidades Jurídicas e Sentidos de Justiça na Contemporaneidade: Interlocução entre Antropologia e Direito, em Belém, Pará, de 1º a 4 de agosto de 2010.

Desde a década de 1980, a sociedade brasileira tem assistido a uma série de mudanças institucionais – ou propostas de mudanças – que têm o intuito de implementar ou ampliar os princípios de um Estado democrático de direito. A pretendida reforma do Judiciário, por exemplo, expressa essa expectativa de transformação. No entanto, apesar de todos os esforços consolidados formalmente pela Constituição de 1988, os conflitos sociais parecem ter se acentuado, seja no contexto criminal, seja no das relações interpessoais. Além disso, a adoção de medidas diversificadas, como a mediação e a conciliação, parece fazer convergir duas ordens antagônicas: a tradição do campo jurídico, que privilegia a supremacia da ordem jurídica sobre a ordem social, e a perspectiva multidisciplinar dessas novas instituições, com o auxílio de profissionais de diversas áreas que conduzem as conciliações e mediações.

A principal questão a nortear esta pesquisa é, portanto, descobrir em que medida o Estado, por intermédio dessas novas instituições de administração de conflitos, pode diminuir o abismo que ainda separa o direito e os tribunais da sociedade. Seria possível argumentar que a mediação é simplesmente um novo nome para a prática da conciliação, considerada um insucesso no âmbito da reforma do Judiciário? O debate sobre a implantação da mediação e da conciliação de conflitos estende-se, para além de diversos tribunais do país, também a outras organizações da sociedade, sejam elas públicas ou privadas, governamentais ou não governamentais. Muitas delas têm desenvolvido ações e propostas no mesmo sentido, como, por exemplo, as Escolas de Perdão e Reconciliação (Espere), da PUC do Rio de Janeiro; a Mediare Diálogos e Processos Decisórios, empresa “especializada na prevenção, avaliação, administração e resolução de conflitos, facilitação de diálogos, construção de consenso e processos decisórios”; organizações não governamentais, como o Balcão de Direitos, do Viva Rio; o Núcleo de Mediação do Carmo, em Olinda; entre outras. Esse fato parece demonstrar a constituição de um “campo de forças” (BOURDIEU, 1989) em que percepções, representações, orientações, propostas e ações tornaram-se objeto de disputa, de alianças e de fronteiras grupais e institucionais. Neste trabalho, trataremos especificamente da mediação e da conciliação de conflitos no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

2. A mediação judicial de conflitos

Não há no Brasil – como há em outros países, a exemplo de Portugal, Argentina, Canadá e Estados Unidos – uma legislação que regulamente as práticas cobertas pela denominação *mediação de conflitos*, nem tampouco uma profissionalização de mediadores. Do mesmo modo, as definições do que sejam mediação judicial e mediação extrajudicial parecem estar mais delimitadas pelas instituições que aplicam seus princípios. Assim sendo, a mediação judicial está associada aos princípios colocados em prática no interior das instituições judiciais, ou seja, quando partes em conflito são encaminhadas por um juiz para sessões de mediação, no contexto do processo judicial; e, por oposição, a mediação extrajudicial está ligada ao que ocorre fora dos muros dessas instituições e dos processos judiciais propriamente ditos.

Conforme salientado por Oliveira (2010), alguns autores e atores chegam mesmo a tratar a mediação nos Tribunais de Justiça como sendo marcada pela lógica judiciária e praticada por juristas, diferentemente do que consideram ser a prática em ambientes extrajudiciais, esta sim, considerada revolucionária. A nosso ver, esta percepção parece conceber o mundo do Judiciário como homogêneo, reificando a crença na sua autonomia frente à sociedade, quando, conforme pesquisas etnográficas têm demonstrado, este princípio é constitutivo do próprio direito (BOURDIEU, 1989; GARAPON, 1997; SCHRITZMEYER, 2001; FIGUEIRA, 2008). Dessa forma, a ideia de homogeneidade e autonomia atribuída ao Judiciário é, nos termos de Bourdieu (1989), uma “ilusão” decorrente de um desconhecimento ou de um não reconhecimento de sua força simbólica. Cabe, portanto, descrever, analisar e compreender os diferentes atores sociais, procedimentos, princípios e meandros que se articulam nos diferentes fóruns judiciais nos quais estes institutos estão sendo aplicados.

A literatura sociológica sobre o tema destaca que, na percepção de muitos mediadores extrajudiciais, a mediação judicial estaria mais comprometida com a celeridade e com a diminuição dos processos a cargo dos juízes e, ao mesmo tempo, não passaria de um novo nome para a prática da conciliação (OLIVEIRA, 2010). No entanto, embora não haja um consenso sobre a definição do que seja mediação de conflitos, é preciso enfatizar que, no que se refere aos princípios de atuação, enquanto a mediação supõe a discussão entre as partes conduzida por um *tertius* imparcial, não comprometido de nenhuma forma com um determinado

resultado do conflito, a conciliação, também conduzida por um terceiro, está definitivamente comprometida com a extinção do processo/resolução da lide, centrando sua atenção no resultado final, entendido como representativo da “pacificação” do conflito e do retorno ao *status quo ante*. Quer dizer, de um lado, a mediação aposta na explicitação dos argumentos para que as partes decidam, elas mesmas, o que vão fazer com seus interesses conflitantes; de outro, a conciliação quer acomodar os interesses conflitantes das partes para que a harmonia volte a reinar entre elas e o processo se conclua (NADER, 1978; LEITE, 2003).

Ainda que pesem diferentes contextos e objetivos, a *mediação de conflitos* vem se tornando um campo de saber constituído em torno do Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem (Conima) e do Projeto de Lei 94/02, que regulam as diferentes práticas institucionais de aplicação da mediação de conflitos, de acordo com o que informam os cursos de formação e capacitação de mediadores (SCHUCH, 2008; OLIVEIRA, 2010). Nesse campo, diversos são os atores que circulam nas diferentes instituições e fóruns de debate: professores, conferencistas ou alunos de trajetórias profissionais variadas, em âmbito nacional e internacional. Dessa forma, uma primeira reflexão se coloca: haverá realmente uma fronteira explícita entre o que é judicial e o que é extrajudicial no contexto da prática de mediação de conflitos?

2.1. A mediação judicial de conflitos no Rio de Janeiro

Existem muitas propostas institucionalizadas, em nível tanto estadual como federal, com o objetivo de implementar definitivamente a conciliação e a mediação como lógicas necessárias ao funcionamento do sistema judiciário. Isso significa que está na pauta do Executivo e do Judiciário efetivar medidas denominadas “alternativas” de administração de conflitos.

Reservadas suas peculiaridades, o “expressinho”, sistema de atendimento idealizado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – e que também existe em outros tribunais – para desafogar e desburocratizar o Judiciário, é um exemplo de política institucional voltada para criar alternativas à forma tradicional de administração de conflitos dos tribunais. A fim de implementar o projeto, o Tribunal emprestou salas do edifício do foro para as prestadoras mais acionadas. A ideia é solucionar problemas previamente e evitar a institucionalização dos conflitos, ou seja, evitar a proposição de ações judiciais.

É interessante destacar que o adjetivo “alternativo” é geralmente utilizado pelos diferentes profissionais desse campo em referência às técnicas e aos procedimentos inscritos na denominação mediação de conflitos. No entanto, conforme analisado por Simião (2005), para a sociedade do Timor Leste o termo “mediação alternativa” de conflitos refere-se à mediação tradicional praticada fora dos tribunais por anciãos de aldeias. Não se refere aos procedimentos, mas ao processo, relatado oralmente, que desencadeou um determinado conflito. O autor destaca a importância da oralidade, ainda, nos momentos em que a mediação se realiza. Não é sem razão que os mediadores são designados *lia na'in*, ou seja, “donos da palavra” ou “oradores”. Neste caso, importa mais a reconciliação entre diferentes grupos em conflito, por intermédio do resgate das narrativas de cada parte, que uma disputa entre pessoas.

No caso do Rio de Janeiro, pensando no significado da palavra “alternativo”, perguntamo-nos, desde que iniciamos a pesquisa, o porquê de os Tribunais insistirem em divulgar ou categorizar desta forma a mediação e a conciliação. Chamava-nos a atenção o fato de tais institutos serem implementados como uma etapa do processo judicial, no âmbito do próprio Tribunal, e, apesar disso, serem adjetivados como “alternativos”. A que referencial se aplicaria esse seu caráter? Quer-se dizer: a mediação e a conciliação seriam alternativas a quê: ao processo judicial em si ou à sua forma tradicional de administração de conflitos, baseada no privilégio da ordem jurídica sobre a ordem social? Para nós, a categoria “alternativo” era algo que nos remetia, diretamente, à existência de uma opção. Ou seja, a mediação e a conciliação seriam algumas, dentre outras, das possíveis formas de administração institucional de conflitos. No entanto, observamos empiricamente que são métodos de administrar conflitos no próprio âmbito do processo judicial, e não formas diferenciadas ou “alternativas” a ele. No caso da mediação, por exemplo, é o próprio juiz que remete as partes para o Centro de Mediação e, no caso da conciliação, esta é uma etapa (ou uma fase) do processo judicial que até pode ser declinada, mas não pode ser propriamente caracterizada como opcional ou alternativa.

No estado do Rio de Janeiro, o primeiro curso de mediação de conflitos oferecido no Tribunal de Justiça, realizado em janeiro de 2009, culminou na inauguração, em 10/12/2009, do Centro de Mediação do Fórum Central do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Ele é um bom ponto de partida para se pensar questões importantes a respeito da atuação de mediadores no espaço ju-

diciário, assim como os diversos sentidos e sensibilidades sobre justiça, direitos e cidadania que se revelam nessa prática, colocando em interação atores, saberes e visões de mundo. Esse curso de capacitação permite pensar também o processo de profissionalização da mediação, com a criação de uma nova área de atuação no Judiciário, com saberes e práticas bastante específicos. Nesta ocasião, por exemplo, especificou-se, com clareza, a diferença entre as duas instituições de administração de conflitos. Nas palavras da diretora do Centro de Mediação do Fórum Central, “a conciliação visa à obtenção de acordo para acabar com o processo, enquanto a mediação vai facilitar a composição entre as partes, influenciando, posteriormente, a relação entre elas após o término do processo”².

Foram oito os cursos de mediação oferecidos entre janeiro e outubro de 2009, todos com duração de 40 horas distribuídas ao longo de uma semana e realizados na sede do Tribunal de Justiça, no Centro do Rio de Janeiro. Embora uma lista explicitando o número de alunos dos cursos não tenha sido divulgada, no primeiro deles, por exemplo, o professor falou em 100 participantes, dos quais 50 eram técnicos do Judiciário – entre eles, assistentes sociais, psicólogos, analistas judiciários e agentes administrativos de cartórios – e 50, magistrados, entre juízes e desembargadores. Trata-se de um projeto visando à formação de mediadores no âmbito do Tribunal, a partir da perspectiva de que os conflitos interpessoais podem ser resolvidos de maneira pacífica com a presença de um terceiro imparcial – o mediador – que, a partir do uso de técnicas específicas, pode auxiliar pessoas em conflito a chegarem a soluções por elas próprias, sem a necessidade da decisão exterior de um juiz. Além disso, tal técnica foi apresentada como uma ferramenta capaz de levar as pessoas a perceberem interesses e sentimentos mútuos, proporcionando uma aproximação entre elas e ampliando sua capacidade de administrar o conflito com base no que consideram justo.

A proposta da técnica pressupõe que o conflito não é uma interação negativa. Ao contrário, ele é percebido como um processo que pode gerar, a partir da divergência de interesses, objetivos e interpretações entre duas ou mais pessoas, mudanças positivas nas suas interações interpessoais. Essa nova percepção do conflito permite, portanto, repensar as relações sociais a partir de outra perspectiva. No entanto, vale registrar que esta percepção não se dá de forma espontânea ou automática. Segundo a proposta da mediação, há técnicas e habilidades em autocomposição que, se bem utilizadas pelo mediador – o terceiro imparcial

2 <http://srv85.tjrj.jus.br/publicador/exibirnoticia.do?acao=exibirnoticia&ultimasNoticias=17818&classeNoticia=2&v=2>

—, permitem a condução do conflito de maneira positiva, ou seja, como um processo que explicita a oportunidade de o mediador valorizar as reações das pessoas para modificar suas percepções sobre a situação e refletir sobre seu domínio da técnica.

A proposta guarda analogia com os modelos dos processos institucionais de administração de conflitos vigentes no sistema da *common law*, chamados, propriamente, de resolução de conflitos (*conflict resolution*) ou mediação de disputas (*dispute settlement*), em que as partes explicitam suas diferenças diante de árbitros — juízes ou jurados —, que atuam para chegar a consensos possíveis, seja na área cível, seja na área criminal. Não é demais reparar, desde já, nos contrastes profundos dos processos de produção da verdade judiciária nas duas tradições: na *common law* se busca, através de um processo adversário, alcançar consensos sobre a verossimilhança da verdade judiciária; na *civil law*, busca-se, em processo contraditório, uma verdade, que se revelará ao julgador (GARAPON, 2008; KANT DE LIMA, 2008).

2.2. O ‘Manual de mediação judicial’

Os cursos de mediação de conflitos realizados no Fórum Central do Rio de Janeiro foram baseados no *Manual de mediação judicial*, organizado por André Gomma de Azevedo, juiz de direito do Tribunal de Justiça da Bahia. O autor é mestre em direito pela Universidade de Columbia, foi mediador estagiário no Instituto de Mediação e Resolução de Conflitos e nos Juizados de Pequenas Causas no Harlem, em Nova York, EUA. É atualmente pesquisador associado da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, docente nos cursos de pós-graduação *lato sensu* da Fundação Getúlio Vargas, no Rio de Janeiro, e instrutor de técnicas auto-compositivas do Movimento pela Conciliação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)³. Cabe mencionar sua formação porque ela é representativa da tradição de um sistema jurídico denominado *common law*, o que nos remete, com base nos princípios constitutivos desse modelo, à hipótese da difusão e da diversificação de saberes no interior do TJ/RJ.

O citado manual traz em sua capa a fotografia da escultura *We shall beat our swords into plowshares* (Transformaremos nossas espadas em arados), que evoca, conforme explicação contida em sua orelha,

3 Embora não caiba na proposta deste artigo, é importante assinalar que este curso de mediação contou com a interlocução de Gabriela Asmar, presidente da Comissão de Mediação da OAB/RJ, advogada com formação também nos EUA, ex-integrante do Mediare. O trânsito entre os profissionais envolvidos com a capacitação de mediadores é intenso entre as diferentes instituições governamentais e não governamentais, judiciais e extrajudiciais, conformando uma interlocução que não se restringe particularmente aos tribunais.

a figura de um homem empunhando um martelo em uma das mãos e, na outra, uma espada que está sendo convertida em arado, simbolizando o desejo do homem de pôr um fim a formas violentas de resolução de conflitos e de alterar alguns meios destrutivos de resolução de disputas para instrumentos para o benefício de todos.

A escultura encontra-se em exposição permanente nos jardins da sede das Nações Unidas, em Nova York, um presente oferecido pela antiga União Soviética em 1959. É minimamente curiosa a presença desta fotografia no manual, já que a ONU, fundada após a Segunda Guerra Mundial, tem por objetivo a manutenção da paz e da segurança no mundo, além de “fomentar relações cordiais entre as nações, promover progresso social, melhores padrões de vida e direitos humanos”⁴. Seria a fotografia uma referência à conversão de uma tradição baseada na “foiça e no martelo” à proposta do sistema jurídico da *common law* como alternativa possível e reconhecida internacionalmente por quem deveria emanar os princípios de busca pela paz?

O *Manual de mediação judicial*, em seu sumário, anuncia a mediação como uma política pública que entende o conflito como parte constitutiva das relações sociais, o que pode promover a qualidade em processos autocompositivos. Na seção destinada aos agradecimentos, o organizador acrescenta que o manual foi baseado nos termos do artigo 277, §1º do Código de Processo Civil, e do artigo 2º da lei nº 9.099/1995, o que, por si só, chama a atenção para o ponto de vista dos significados de ambos os institutos, pois tais dispositivos legais tratam da conciliação em processos judiciais. Nessa perspectiva, conciliação e mediação seriam sinônimos? Ou seriam propostas diferenciadas de administração de conflitos pelo Judiciário? O prefácio, assinado pelo então ministro da Justiça, Tarso Genro, destaca que um dos desafios da Justiça é “desenvolver procedimentos que sejam considerados justos pelos próprios usuários, não apenas em razão dos resultados...” e, ainda, que “o acesso à Justiça não se confunde com acesso ao Judiciário”. Isso significa que “o verdadeiro acesso à Justiça abrange não apenas a prevenção e a 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 assim como de seus resultados”.

4 http://www.onu-brasil.org.br/conheca_onu.php

Conforme mencionado anteriormente, outro princípio constitutivo da mediação apresentado pelo *Manual* é a percepção de que conflitos representam um “fenômeno natural na relação de quaisquer seres vivos” e uma oportunidade positiva para ganhos mútuos das pessoas neles envolvidas. Parece um princípio oposto ao contraditório, presente no modelo processual tradicional, segundo o qual o resultado do processo não só é arbitrado por um *tercius* que não está inserido na relação entre as pessoas, como também conduz – nos termos do manual – à “pacificação social” por intermédio da polarização entre um ganhador e um perdedor. A obra destaca, ainda, que o conflito – um processo construtivo se conduzido com “técnica adequada” – é uma das razões pelas quais as pessoas podem concluir a relação processual “com um fortalecimento da relação social preexistente à disputa”. Acrescenta, também, que esta recontextualização da abordagem sobre o conflito pode impulsionar alterações referentes à responsabilidade e à ética profissional. Ou seja, o discurso do campo, efetivamente, aponta para um redirecionamento da visão do conflito, que passa a ser tomado como algo natural, em vez de ameaçador da paz social. Mas, ao mesmo tempo em que afirma isso, o campo também reproduz a ideia de que a mediação e a conciliação são instrumentos para a pacificação social, o que contradiz a ideia anterior e aponta para um aparente paradoxo, que dificulta não só a apreensão dos significados dessas instituições, como também nos coloca interrogações sobre os rumos empíricos que a implementação dessas práticas trará.

Aliás, nesse particular, chama a atenção e é bastante curioso o fato de que a mediação e da conciliação sejam transferidas a outras pessoas que não os próprios juízes, apontando para uma ratificação de que, efetivamente, a cultura jurídica mantém tão arraigados procedimentos não afeitos ao consenso, que se faz necessária a cessão do papel dos juízes (de mediadores e de conciliadores) a outros operadores. Tal atitude sugere que as medidas são alternativas ao Judiciário (o que não é de toda verdade, pois elas também se fazem no âmbito do Judiciário) e que os juízes têm dificuldade de administrar conflitos compartilhando a participação do processo com os próprios envolvidos. Transmite ainda uma ideia um tanto “hierarquizada” sobre as formas de administração de conflitos, em que as tradicionais são efetivadas por juízes e as outras, alternativas, por quaisquer pessoas que realizem um curso específico para essa atuação, sendo desnecessária uma maior expertise.

É interessante notar que todos os demais capítulos do manual se referem à transmissão de técnicas de abordagem que os mediadores em formação devem incorporar ao exercício da sua função. Observamos que, dado o fato de não haver uma regulamentação da profissão de mediador, o conteúdo do manual parece reiterar observações realizadas por Schuch (2008) e Oliveira (2010) nas etnografias a respeito do assunto, destacando que se trata de um campo de conhecimento e atuação ainda em formação que vem se constituindo a partir de um saber prático. Estas autoras argumentam que as técnicas e os procedimentos colocados em prática pelos mediadores em ação estão muito referenciados em suas trajetórias de mediação nas quais se mesclam vários campos de saber, como a psicologia, a pedagogia, o direito, o serviço social, a antropologia e outros saberes afins com as ciências humanas.

O manual afirma que qualquer pessoa pode se tornar um mediador, na medida em que, em sua maioria, os seres humanos já estiveram engajados na mediação de algum tipo de interação social na sua rede de familiares e amigos. O capítulo “Panorama do processo de mediação” estabelece alguns critérios de definição da formação do mediador, afirmando que

um mediador, a fim de ter uma atuação efetiva, deve possuir ou desenvolver certas habilidades. Isso não significa que apenas pessoas com um perfil específico possam atuar como mediadores. Pelo contrário, o processo de mediação é flexível o suficiente para se compatibilizar com diversos tipos de personalidades e maneiras de proceder. Assim, entende-se que apesar de ser mais eficiente selecionar pessoas para serem treinadas como mediadores com base em suas características pessoais, as habilidades autocompositivas são adquiridas predominantemente por intermédio de um adequado curso de técnicas autocompositivas. Vale ressaltar que mesmo essas pessoas que naturalmente já possuem perfis conciliatórios necessariamente devem participar de programas de treinamento em habilidades e técnicas autocompositivas. (AZEVEDO, 2009, p. 59)

De acordo com o mesmo manual, diversas são as indicações das características e habilidades que um mediador eficiente deve desenvolver. Algumas delas são: a aplicação de diversas técnicas autocompositivas com base na natureza de cada conflito; a aplicação da denominada “escuta ativa” ou “escuta dinâmica”; a inspiração de confiança e respeito nas pessoas envolvidas nos conflitos que estão sendo mediados; a administração de situações nas quais os “ânimos

estejam acirrados”; o estímulo à busca de soluções criativas para os interesses antagônicos; o afastamento de perspectivas judicantes ou sua substituição por perspectivas conciliatórias; a motivação de soluções prospectivas sem atribuição de culpa; o estímulo à reformulação de questões diante de impasses; a abordagem com imparcialidade tanto das questões juridicamente tuteladas quanto daquelas da ordem da relação social entre as pessoas em conflito.

Outro aspecto destacado como importante nos espaços de debate sobre a mediação e nos espaços de sua aplicação é o denominado *rapport*, que significa, basicamente, o estabelecimento de uma relação de confiança entre o mediador e as partes em conflito. Considerando as características do nosso sistema processual, o *rapport* parece ser uma orientação que pressupõe e, principalmente, propõe um outro princípio e/ou outra lógica, diferentes daqueles que estruturam o sistema contraditório e a centralidade do juiz.

O estabelecimento da confiança parece indicar a maneira como o mediador se posiciona. Ele é um *tercius* que age como facilitador do resgate da comunicação entre as partes em conflito. Dessa forma, assumindo uma posição mais igualitária em relação às partes do que aquela assumida por um juiz, a figura do mediador parece romper com a centralidade da pessoa externa que teria o poder decisório da resolução do conflito, como é o caso do juiz.

Nessa posição, a orientação da mediação judicial privilegia a comunicação não violenta e a imparcialidade do mediador, de modo a que ele não transmita noções preconceituosas em relação ao que é ouvido ou à linguagem corporal das partes conflitantes. Nesse aspecto, trata-se de incorporar no procedimento da administração de conflitos a dimensão dos sentimentos das partes, que, na estrutura do sistema processual, não é considerada integrante do processo judicial. Assim, aquilo que é denominado “escuta ativa”, conforme o manual e a prática dos mediadores, implica a consideração das emoções dos indivíduos em litígio. Ao fazê-lo, o instituto da mediação parece preconizar a importância da explicitação desses sentimentos para a compreensão das controvérsias em questão.

É papel do mediador, portanto, auxiliar as partes a distinguirem aquilo que é emoção, o que é problema e o que é interesse comum, e, assim, encontrar alternativas para a resolução do conflito em questão. A proposta de fragmentação do conflito, ou seja, a separação de todos os aspectos que podem estar misturados às emoções individuais visa ao direcionamento da percepção do conflito de forma prospectiva por ambas as partes. O

objetivo é que as pessoas em litígio possam tomar consciência da natureza social do conflito e da possibilidade de se chegar a alternativas de resolução com autonomia justamente porque, tendo sido todos os aspectos explicitados e cognitivamente percebidos, os indivíduos parecem capacitados a tomar decisões.

É nesse sentido que o conflito é considerado positivo. Dessa forma, não poderíamos mesmo dizer que o *rappport* reforce o princípio da bilateralidade, ou seja, o de que o indivíduo não pode ser atingido nos seus interesses por nenhuma decisão judicial. Na mediação, o exercício da prática não se dá na *disputatio*, mas no diálogo construído por intermédio do mediador. Conforme destacado no *Manual de mediação*,

diante de uma controvérsia, as partes têm a tendência de aglutinar questões, sentimentos e interesses em uma única grande questão, que lhes parece extremamente complexa e praticamente insolúvel. (...) Depois de separar e reconhecer questões, sentimentos e interesses, o mediador deve analisar a controvérsia em pequenos blocos, começando por fatores menos complexos, por interesses comuns e por sentimentos positivos. (...) Ao se sentirem capazes de resolver elas mesmas as questões, as partes desenvolvem pelo mediador um sentimento de gratidão e reforçam a confiança que nele depositaram no início do processo. (AZEVEDO, 2009, p. 142)

3. A conciliação judicial de conflitos

Há muitas formas de trabalhar o tema da conciliação no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, especialmente porque a organização judiciária do estado está dividida em diversas competências⁵, o que significa que as formas de conciliação implementadas em seu âmbito são, obviamente, igualmente diversificadas. As conciliações realizadas em uma Vara Cível não se dão do mesmo modo que aquelas verificadas nos Juizados Especiais, nem tampouco em uma Vara de Família ou de Órfãos e Sucessões. Cada um desses espaços comporta práticas, rituais e visões diferenciados sobre o que é um conflito e como se deve administrá-lo.

Nesse sentido, em se tratando de um primeiro contato mais direto com esse tema, este artigo não tem o propósito de marcar os contrastes verificados em cada um desses espaços, mas sim o de dar algumas indicações mais gerais sobre quais os

5 O Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado do Rio de Janeiro regula a administração e o funcionamento do Poder Judiciário estadual, fixando, inclusive, as distintas competências dos juízes de primeira instância no que diz respeito às matérias e às naturezas dos conflitos encaminhados ao Judiciário.

significados e as representações atribuídos pelos operadores do campo jurídico ao instituto da conciliação e em que contextos essa medida alternativa surgiu e vem sendo implementada.

O Código de Processo Civil Brasileiro (CPC), no art. 125, inciso IV, prevê, como dever do magistrado, “tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes”. Além desse dispositivo, também os artigos 277, 331 e 447 do CPC dispõem sobre procedimentos obrigatórios de tentativa de conciliação no âmbito do processo civil, o que marca a opção do legislador por mecanismos conciliatórios permanentes durante o curso do processo judicial.

As audiências de conciliação em Varas Cíveis, por exemplo, parecem atos meramente burocráticos, que acontecem simplesmente porque assim determina o Código de Processo Civil, sem uma preocupação efetiva com o entendimento das partes e o consenso, ao contrário do que sustenta o discurso institucional. No site do Conselho Nacional de Justiça, por exemplo, consta a seguinte definição sobre conciliação:

O que é conciliação?

É um meio alternativo de resolução de conflitos em que as partes confiam a uma terceira pessoa (neutra), o conciliador, a função de aproximá-las e orientá-las na construção de um acordo. O conciliador é uma pessoa da sociedade que atua, de forma voluntária e após treinamento específico, como facilitador do acordo entre os envolvidos, criando um contexto propício ao entendimento mútuo, à aproximação de interesses e à harmonização das relações⁶.

Porém, pela observação de uma audiência conciliatória em uma das 50 Varas Cíveis do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, verificamos que o discurso não é compatível com a prática. As partes, em geral, sequer comparecem à audiência, sendo representadas por seus advogados, que, através de procuração, manifestam terem poderes para transigir. Mas, de fato, em geral, não chegam a um consenso, até mesmo porque quando desejam efetivamente entrar em acordo, fazem-no extrajudicialmente, em seus respectivos escritórios, e levam ao juiz a petição do acordo já efetivado para mera homologação.

A determinação legal do art. 447 do CPC, que impõe ao juiz que determine o comparecimento em juízo de ambas as partes, autora e ré, antes de iniciada a audiência de instrução e julgamento para que seja renovada a tentativa de conciliação, é algo absolutamente fictício, pois cada vez menos essas audiências são

6 http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=7932&Itemid=973

realizadas. Mesmo quando ocorrem, o comparecimento das partes só é exigido se se faz necessário o depoimento pessoal; caso contrário, as partes não precisam comparecer à audiência, de modo que a tentativa de conciliação determinada é transferida aos advogados, que, instados sobre a possibilidade de acordo, se manifestam no lugar de seus clientes, jurisdicionados, que são excluídos dessa etapa processual (LUPETTI BAPTISTA, 2008).

Os conciliadores, por sua vez, normalmente são bacharéis em direito que atuam com o fim específico de lograr o título, que vale como pontuação na prova para a magistratura, não tendo, em geral, o propósito efetivo de buscar o entendimento mútuo das partes e incentivar o diálogo e o consenso, como publiciza o discurso institucional⁷. Foi o que nos narrou informalmente um entrevistado, enquanto aguardávamos o intervalo entre audiências em uma Vara Cível do TJ/RJ:

Nós não ganhamos nada para realizar este trabalho. Eu, por exemplo, sou oficial das Forças Armadas, tenho outra atividade profissional. Mas preciso de três anos de experiência comprovada para fazer o concurso para o Ministério Público e para a Magistratura. A minha atuação aqui serve como essa experiência de prática profissional, que eu não vou conseguir ter porque não posso ser advogado. Eu gosto de estar aqui, mas isso aqui, para todo mundo, é provisório. Quem vai ficar aqui a vida toda? Ninguém. Você não ganha nada... A maioria das pessoas está aqui pelo que explico: prova de prática para fazer concurso público. Alguns também querem aprender, porque não tiveram oportunidade de fazer estágio e aí, com essa experiência aqui, conhecem um pouco do processo, veem um pouco como funciona um cartório, sempre aprendem alguma coisa nova. Mas a maioria é pelo título mesmo.

Essa declaração permite perceber a possível existência de um choque entre as pretensões do Tribunal e as expectativas e os interesses dos conciliadores. A entrevista, que ilustra uma forma de internalizar sua atuação, nos exigiu a seguinte problematização: os conciliadores de fato assimilam o discurso institucional, que investiria na prática da conciliação por considerá-la efetivamente importante na transformação das formas tradicionais de administração de conflitos no Judiciário e da cultura jurídica da litigiosidade, ou sentem-se desmotivados em sua atuação?

7 A lei estadual nº 4.578/05, cuja íntegra se encontra disponível no site da Alerj, dispõe sobre os conciliadores e os juízes leigos no âmbito do Poder Judiciário do estado do Rio de Janeiro, e prevê, em seu art. 12, § 5º, que “o exercício das funções de conciliador ou juiz leigo, por período superior a um ano, será considerado como título em concurso público para a Magistratura de carreira do Estado do Rio de Janeiro”, o que motiva bacharéis em direito, recém-egressos da universidade e sem experiência profissional, a atuar como conciliadores com este exclusivo fim.

O mesmo entrevistado nos esclareceu que um funcionário do próprio cartório realiza as audiências quando a vara não tem conciliador, o que nos dá a percepção de que esta atividade é, de certa forma, banalizada, sendo comparada aos demais atos burocráticos cotidianos de um cartório que não exigem expertise específica nem uma forma diferenciada de pensar a jurisdição.

Normalmente, os conciliadores são psicólogos, assistentes sociais e bacharéis em direito. Todos fazemos um curso, que é muito simples. Eu mesmo jamais vi ninguém ser reprovado. Esse curso nos habilita a sermos conciliadores. O Tribunal faz as chamadas para o curso, e os interessados se inscrevem. Sempre tem vaga. Mas, se, por acaso, uma determinada vara não tiver conciliador, os funcionários do próprio cartório podem fazer a audiência de conciliação.

Sob a perspectiva dos advogados, a audiência de conciliação é igualmente desqualificada. Eles a entendem como “perda de tempo”, já que exige suas presenças mas não efetiva um acordo.

Uma advogada que atua para uma instituição financeira considerada “litigante habitual” no Tribunal do estado, e com quem tivemos a oportunidade de conversar, nos disse que os advogados que fazem as audiências de conciliação não são os mais experientes, pois nessas audiências não acontece nenhum ato processual que exija conhecimento técnico e jurídico mais elaborado, sugerindo uma desqualificação do próprio campo para com a finalidade desse método alternativo de resolução de conflitos.

Nosso escritório organiza a agenda de modo a que os advogados menos experientes façam as audiências de conciliação, deixando os mais antigos para a representação dos clientes nas audiências de instrução e julgamento, quando são colhidas as provas e ouvidas as testemunhas e nas quais está presente o próprio juiz. Como as audiências de conciliação são realizadas por conciliadores, que não têm autoridade para decidir questões importantes para o processo e que estão ali apenas para tentar conciliar, reservamos estas para os advogados menos experientes, pois, em geral, nelas nunca há acordo.

Logicamente, o retrato que ora descrevemos, bastante incipiente, é um recorte da realidade das Varas Cíveis do Tribunal que, como dissemos, muda bastante se formos a uma Vara de Família ou mesmo a um Juizado no período de mutirão de conciliação, quan-

do há maior predisposição de todos para o consenso. Nesse caso, a realidade é bem distinta, havendo um número maior de acordos do que em audiências conciliatórias comuns, realizadas sem o apelo do Movimento pela Conciliação mobilizado pelo CNJ.

Essa ideia geral, adquirida a partir de uma etnografia que iniciamos no TJ/RJ, se soma, para fins deste trabalho, ao discurso idealizado que vem se construindo acerca da implementação da conciliação como medida alternativa de solução de conflitos pelo Judiciário. A conciliação surge em um contexto em que não apenas o Judiciário passa por uma séria crise de legitimidade, como também a celeridade passa a integrar o campo prioritário de sua pauta, sendo os mecanismos alternativos e, no caso da conciliação, o mutirão advindo do Movimento pela Conciliação, medidas que visam cumprir as metas de desafogar o Judiciário, como mencionamos anteriormente. Mas, além disso, a conciliação – e também a mediação – surge como forma mais “humanística” de administrar conflitos no Judiciário⁸. Um juiz nos disse o seguinte:

[Antes de implementar a mediação], por mais que eu me dedicasse, por mais longas que fossem minhas sentenças, por mais completas, digamos assim, elas eram insuficientes (...). Eu resolvia o processo, mas não o problema da vida (...). Meu foco não é o processo; meu foco são as pessoas (...). Minha formação humanística passa obviamente pela preocupação com o próximo.

Esse aspecto é bastante significativo para pensar que as práticas conciliatórias acabaram por se desviar a tal ponto desse propósito, que, segundo nos indicam os dados, a mediação surge como, talvez, uma tentativa de sucesso para, de uma vez por todas, e considerando o malogro da conciliação, servir como uma via efetivamente consensual e dialogal de solução de conflitos no Judiciário.

O discurso do juiz, pioneiro na implementação da mediação em uma Vara de Família, reforça a hipótese:

Por mais que eu atacasse a questão do ponto de vista técnico, eu não resolvia a questão na sua plenitude. Então, muitas vezes, eu homologava, por exemplo, um acordo (...), mas é um faz de conta, não é? Homologar um acordo que em tese não atendia às necessidades daquela criança porque os pais sequer conversavam...

8 O Tribunal de Justiça de Goiás, por exemplo, implementou Centros de Pacificação Social (CPS), pensados exatamente na tentativa de conciliar o interesse do Tribunal de esvaziar prateleiras com uma forma mais consensualizada e dialogal de administrar os processos. Eis o que consta no site do TJGO: “O CPS é uma ideia revolucionária no que diz respeito ao atendimento célere e digno ao cidadão, na maioria das vezes, humilde, que vê na Justiça a última esperança para a solução dos seus problemas. Num curto espaço de tempo, o CPS realiza serviços de âmbito judicial e social através de conciliadores e mediadores. Com isso todos saem ganhando: tanto as partes, que têm seu conflito resolvido de forma mais humana e rápida, quanto os próprios representantes do Judiciário, uma vez que a iniciativa serve para evitar que mais processos se abarquem nas prateleiras das escrivânias”. Disponível em: <http://www.tjgo.jus.br/bw/?p=35945>

Mesmo a conciliação realizada em juízo, no âmbito de uma audiência e homologada pelo magistrado, não dá conta da natureza do conflito e não resolve o problema efetivo, que fica escondido atrás dos autos judiciais. A mediação surge, então, nesse contexto, como uma atividade que não está centralizada nem no juiz, nem na técnica processual, mas na tentativa de vincular as partes que estão em litígio e possibilitar seu diálogo para, a partir desse consenso, permitir que sejam adotadas as medidas práticas por elas pleiteadas.

Nesse sentido, nos perguntamos se a mediação, com sua proposta de (re)conciliação das partes, funcionaria também como um mecanismo de ruptura com a lógica da conciliação, que, uma vez mal-implementada e absorvida pela burocracia do Tribunal, ficou desacreditada pelos operadores e pelos próprios cidadãos. A mediação, ao pretender centralizar a administração do problema nas pessoas nele envolvidas, e não no juiz, acabaria por introduzir no campo jurídico uma lógica de legitimidade com a qual este não está habituado⁹.

O mencionado juiz, a quem entrevistamos formalmente e que é um grande motivador da mediação, manifestou preocupação com essa problemática.

Na mediação – eu já disse isso lá no tribunal e alguns juízes me olharam assim meio..., e os psicólogos e os assistentes sociais vibraram – o juiz é um mero auxiliar do mediador. O juiz não é, vamos dizer, a figura central, a figura fundamental na mediação. Não é. O juiz tem a grande missão de mostrar para aquelas pessoas que a solução que ele dará é insuficiente, não é a melhor solução.

A fala de nosso interlocutor é bastante interessante porque aponta, inclusive, uma resistência no campo do direito em perceber que seus mecanismos são falhos, e que sua forma de administrar os conflitos não funciona mais e não atende aos anseios dos jurisdicionados. E ainda: ilustra que a transferência do papel centralizado na pessoa do juiz para os mediadores causa certo incômodo aos magistrados, denotando que a disputa pelo monopólio de dizer o direito nesse campo ainda é um traço que marca sua estrutura. É curioso constatar que todos disputam um espaço de poder: ao mesmo tempo em que os juízes se incomodam ao perceber que não são mais figuras centrais na administração dos conflitos, os assistentes sociais e psicólogos “vibram”.

9 Sob esse ponto de vista, um mediador que entrevistamos destacou uma diferença interessante entre a conciliação e a mediação: “Os conciliadores se intrometem muito no diálogo das partes, interferem, dão opinião. O mediador escuta mais do que interfere (...). O conciliador tem mais compromisso com o acordo, com dar fim ao processo; já o mediador não tem esse compromisso. Ele olha mais para o conflito”.

4. Considerações finais: a mediação e a conciliação de conflitos à luz do sistema processual brasileiro

4.1. O contraditório como princípio e lógica estruturantes do processo judicial

Uma questão que nos parece preliminar e central na discussão sobre esse processo de incorporação da mediação e da conciliação na agenda prioritária dos tribunais, notadamente no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, diz respeito ao aparente paradoxo que o uso desses institutos provoca no processo judicial, tal como estruturado hoje. E por que a implementação de tais institutos no processo judicial se representaria como paradoxal?

Dentre outras razões, porque o processo judicial brasileiro não comporta o consenso e o diálogo como formas de administração de conflitos, uma vez que está centrado tanto no *princípio* quanto na *lógica* do contraditório, cuja estrutura impede a cooperação das partes e, conseqüentemente, as afasta de qualquer possibilidade de entendimento mútuo (AMORIM, 2006).

A lógica do contraditório é um método de constituição do saber jurídico e de socialização dos operadores do campo do direito que não se confunde com o princípio do contraditório, embora nele encontre eco e inspiração. A diferença básica entre a lógica e o princípio, nesse caso, reside no fato de que o contraditório no processo, como princípio, é empírico, enquanto a lógica do contraditório é mais ampla e contamina todas as demais manifestações do direito destituídas de empiria, seja na doutrina, seja na chamada teoria. A eficácia dessa lógica na filosofia do direito fica, assim, neutralizada, sem demonstrações ou experimentações que lhe sirvam de suporte para explicações, compreensões ou aplicações. A lógica do contraditório, portanto, se estrutura no pensamento e informa a prática dos operadores.

O princípio do contraditório, também chamado de princípio da bilateralidade, é um princípio de direito processual que decorre do exercício do direito de defesa e se define, segundo a dogmática, como

aquele segundo o qual ninguém pode ser atingido por uma decisão judicial na sua esfera de interesses, sem ter tido a ampla possibilidade de influir eficazmente na sua formação em igualdade de condições com a parte contrária (...) o contraditório pressupõe a audiência bilateral das partes. (GRECO, 2009, p. 540)

Já a lógica do contraditório estrutura o campo do direito e tem sua origem, conforme registra a história do saber jurídico, nos exercícios de *contradicta* e da *disputatio*, realizados nas primeiras universidades que ministraram o ensino jurídico durante a Idade Média, particularmente na Itália, berço deste ensino (BERMAN, 2004).

Por ser constituída de argumentação infinita, a lógica do contraditório necessita da manifestação de uma autoridade que a interrompa para que seja dada continuidade aos procedimentos judiciais nos tribunais brasileiros, papel este normalmente reservado ao juiz. Na ausência da autoridade formalmente constituída, o contraditório tende a prosseguir, descartando a possibilidade de um consenso entre os interlocutores.

Tanto é assim que existe um instituto de direito processual denominado “confissão”, previsto nos artigos 348 a 354 do Código de Processo Civil, que se define exatamente pela impossibilidade de uma parte concordar com a outra sobre as questões postas no processo. Se o fizesse, correria o risco de perder a demanda, uma vez que o principal efeito da confissão é o reconhecimento de que os fatos alegados pela parte contrária são verdadeiros.

Como visto, o direito brasileiro é, então, um campo que não adota o consenso nem como forma de diálogo no processo, nem como categoria estruturante do conhecimento. Ao revés, adota o contraditório como base e como lógica não apenas do sistema processual, como também da construção do saber jurídico, pois as doutrinas, ou “correntes doutrinárias”, constitutivas do seu discurso teórico nada mais são do que formas opostas de ver/interpretar o mesmo objeto ou o mesmo dispositivo legal ao sabor da autoridade acadêmica *ad hoc*, muitas vezes confundida, pela analogia do método, com a autoridade judiciária. Ou seja, o que Bourdieu chama de “consenso no dissenso” (BOURDIEU, 1968, p. 142) é algo estranho ao direito.

Nesse sentido, sob diversos aspectos, a estrutura do processo brasileiro parece obstaculizar formas de resolução consensual dos conflitos sob julgamento, de modo que pensar na internalização da mediação e da conciliação em um processo fulcrado nessas premissas (do contraditório) nos parece, por si só, paradoxal ou, talvez, inovador a tal ponto que sua efetividade encontraria barreiras e se chocaria com a tradição. Tais obstáculos serão bastante interessantes para uma análise futura sob uma perspectiva antropológica, proposta que não é a deste artigo, mas que, certamente, nos orientará em próximos olhares a serem lançados sobre o tema.

4.2. A centralização do papel do juiz na condução do processo

Soma-se ao que foi dito outro aspecto ainda, bastante característico do sistema processual brasileiro, que chama a atenção quando se pensa nas formas alternativas de resolução de conflitos aqui analisadas. Trata-se da absoluta centralização da condução do processo na figura do juiz, o que traz como consequência imediata o afastamento das partes da administração do conflito e sua sujeição aos procedimentos e aos atos processuais ditados pelo magistrado. Este fato, assim como o contraditório, retira das partes a autonomia e a possibilidade de decidir os rumos do seu próprio processo, inviabilizando ou, talvez, obstaculizando, por conseguinte, as medidas consensuais de administração judicial de conflitos.

Nesse sentido, destaca-se a ruptura que a implementação dessas medidas alternativas pretende causar na estrutura tradicional até então vigente. O espaço que a mediação e a conciliação pretendem conceder às partes do processo, transferindo a elas o papel central no processo judicial, pelas razões já expostas, parece discrepar das formas tradicionais de administração de conflitos nos tribunais. Como mencionamos, a possibilidade de os cidadãos acessarem o tribunal e ocuparem um papel importante no curso do seu processo judicial sempre esteve obstaculizada. São raros os espaços concedidos aos cidadãos para que explicitem seu conflito, e muito comuns os casos judiciais que iniciam e terminam sem que as partes se dirijam ao foro, o que revela o lugar secundário ocupado por elas na administração dos processos.

A estrutura do processo, centralizada na figura do juiz, impede o diálogo das partes, que, em vez de pretenderem convencer umas às outras sobre as razões que as motivam no processo, acabam obrigadas ou condicionadas a se preocuparem, exclusivamente, em convencer o juiz sobre os seus argumentos, atitude que, mais uma vez, dificulta o consenso. Nesse sentido, a proposta das medidas de conciliação e mediação, tal como pensadas, institucionalmente, ao mesmo tempo em que pretende romper, se choca com a estrutura vigente. Como ressaltamos no tópico anterior, tal conclusão nos traz interessantes questões sobre o uso desses novos mecanismos pelos operadores a serem observadas e pensadas mais especificamente.

4.3. Cultura da litigiosidade x anseio por pacificação social

O discurso jurídico que vem sendo produzido acerca da implementação dos institutos da conciliação e da mediação sugere que o Judiciário vem repensando sua forma de encarar os conflitos. Poderia a adoção desses institutos representar um novo formato no trato das ações, em que se enfoque mais o conflito que os autos processuais? Por outro lado, quando o Judiciário reforça seu papel de pacificador da sociedade, não acaba por internalizar a mediação e a conciliação como instrumentos destinados a viabilizar esse papel? Se assim for, isso não significa o reforço da visão tradicional que pressupõe (e reproduz) a ideia de que os conflitos são, de fato, ameaçadores da paz social¹⁰ e, por conseguinte, de que a jurisdição, longe de administrá-los, teria a função de extirpá-los da sociedade? Não representaria este movimento simplesmente a extinção dos processos (causas de extinção: artigos 267 e 269 do CPC)? Ou representaria um esforço em escamotear (e/ou devolver) os conflitos em si, sem uma solução efetiva para a mesma sociedade em que eles se originaram? A realidade demonstra que extinguir um processo judicial não necessariamente significa administrar o conflito interpessoal que o pressupõe e, efetivamente, resolver o problema real das pessoas (AMORIM, KANT DE LIMA, MENDES, 2005).

A jurisdição, enquanto atividade meramente substitutiva, dirime o litígio do ponto de vista dos seus efeitos jurídicos, mas, na imensa maioria das vezes, ao contrário de eliminar o conflito subjetivo entre as partes, incrementa-o, gerando maior animosidade e, em grande escala, a transferência de responsabilidades pela derrota judicial. A parte vencida dificilmente reconhece que seu direito não era “melhor” que o da outra e, não raro, credita ao Poder Judiciário a responsabilidade pelo revés em suas expectativas. O vencido dificilmente é convencido pela sentença, e o ressentimento decorrente do julgamento fomenta novas lides, em um círculo vicioso (FERRAZ, 2007).

O discurso institucional acerca da necessidade de se implementar essas políticas alternativas nos tribunais comumente adota a justificativa de que elas são imprescindíveis para acabar com a “cultura da litigiosidade”¹¹, vigente em nosso país. Verifica-se, portanto, uma crença do sistema de que as pessoas são demasiado litigiosas e que esta cultura é a causa do esgotamento dos tribunais. A assertiva deixa de considerar, por exemplo, a forma como o campo

10 Sobre este aspecto e sobre o uso da conciliação e da mediação como instrumentos de pacificação e de inculcação de uma ideologia da harmonia para exercício do controle, ver NADER, 1994.

11 Informe do CNJ sobre a abertura da Semana Nacional da Conciliação. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/index.php?view=article&catid=1%3Anotas&id=5441%3Asemananacionalpelaconciliacao-tera-abertura-simultanea-em-cinco-capitais-&format=pdf&option=com_content&Itemid=675

jurídico se constitui. Nele, toda regra tem exceção, quer dizer, para toda regra posta há sempre correntes doutrinárias com interpretações diversas. Isso leva as pessoas a acreditar que sempre poderão, em alguma instância judicial, encontrar algum julgador que acolha sua tese, de modo que litigar, nesse sistema, é alimentá-lo, pois ele foi constituído de forma a sempre permitir teses necessariamente opostas para um mesmo dispositivo jurídico.

Laura Nader (1994), quando estudou a construção da ideologia da harmonia nas sociedades modernas ocidentais, observou que a litigiosidade era representada de forma absolutamente negativa, publicizando a ideia de que a administração alternativa de conflitos estaria associada à paz, enquanto a judicial, à guerra.

A lógica da *alternative dispute resolution* (ADR) [resolução alternativa de disputa], que se parece querer implementar no Brasil (embora nossa cultura jurídica seja completamente diferente da americana), engloba programas que promovem a reestruturação dos procedimentos judiciais por meios mais informais (e não processuais) de resolução de disputas, como a conciliação, a mediação e a arbitragem. Segundo o enfoque desses programas, a Justiça deve se voltar para a promoção do acordo, substituir o confronto pela harmonia, a guerra pela paz. Em alternativa às disputas judiciais, em que se pode vencer ou perder, eles defendem o lema “vencer ou vencer”, só possível por acordo.

Os programas de ADR baseavam-se em uma explícita rejeição ao conflito em sociedade e, assim, pretendiam evitar não as causas da discórdia, mas sua manifestação no sistema de justiça. Eram também uma apologia ao modelo da eficiência. Prometia-se dirimir o problema da explosão de litígios por meio da promoção de uma justiça rápida, benéfica e alternativa aos conflitos judiciais. Ou seja, a cultura da paz social parece ter sido inspirada pelos discursos da *common law*, e introduzida no nosso sistema. Segundo a ministra Ellen Gracie, ao implantar o Movimento pela Conciliação em agosto de 2006, o CNJ “teve por objetivo alterar a cultura da litigiosidade e promover a busca de soluções para os conflitos mediante construção de acordos”¹². O conselheiro Joaquim Falcão, de modo semelhante, afirmou que a fase de conciliação em geral “não é suficientemente enfatizada pelos juízes, comprometidos com a cultura jurídica atual de justiça imposta e não produzida pelas partes”¹³. Superar esse traço cultural, de acordo com a propaganda do movimento, parece se constituir parte fundamental de uma estratégia para desafogar o Judiciário e lhe dar mais celeridade, bem como tornar a sociedade mais “pacífica”.

12 http://www.cnj.jus.br/images/stories/movimento_conciliacao/artigos_textos/conversar_faz_diferenca.pdf

13 http://www.cnj.jus.br/images/stories/movimento_conciliacao/artigos_textos/artigo_02.pdf

Uma cartilha produzida em 2008 resume, de fato, a pacificação social como seu principal objetivo (Conselho Nacional de Justiça, 2008). O movimento pretendeu “disseminar a cultura da paz e do diálogo, desestimular condutas que tendem a gerar conflitos e proporcionar às partes uma experiência exitosa de conciliação”¹⁴. Quer dizer, por um lado, a propaganda das medidas alternativas parece querer introduzir uma nova perspectiva de análise dos conflitos, encarando-os como algo inerente às relações sociais e que, portanto, em vez de serem simplesmente traduzidos em dispositivos legais e transformados em uma sentença judicial, passarão a ser administrados consensualmente. No entanto, por outro lado, o discurso reforça que a sociedade brasileira é demasiado litigiosa e que a cultura da paz social precisa, então, ser incorporada, o que será feito por via dessas novas formas de administração de conflitos. A contradição nos termos precisa ser problematizada. É o que ora tentamos, ao propor que se façam reflexões e relativizações a partir dos discursos oficiais produzidos sobre esse tema¹⁵.

4.4. A celeridade como meta prioritária na agenda do Judiciário

Na mesma linha do que foi dito acima, convém destacar outra questão importante acerca da implementação da mediação e da conciliação como medidas judiciais: a busca prioritária dos tribunais por celeridade. Ela nos faz questionar se o uso desses mecanismos alternativos estão a serviço dessa busca apenas para esvaziar as prateleiras dos tribunais. Muitas mudanças empreendidas no processo brasileiro atual visam, ao invés de melhorar a qualidade dos procedimentos judiciais e da prestação jurisdicional, desafogar o Judiciário. Vê-se, então, um notório abismo entre as expectativas dos cidadãos e os objetivos dos tribunais, contraste este resumido no binômio qualidade x quantidade que hoje representa bastante bem os critérios de administração e gestão dos tribunais.

Os tribunais brasileiros optaram claramente por instituir, neste momento, a cultura da pacificação e da harmonia. Esse fato nos remete ao estudo em que Laura Nader tenta entender as condições e os motivos pelos quais as sociedades ocidentais modernas oscilam entre modelos legais ora de harmonia, ora de conflito, e como essas escolhas estão vinculadas a momentos políticos específicos (NADER, 1994).

14 O slogan da campanha em 2008 foi “Conciliar é querer bem a você”.

15 O movimento Conciliar é Legal deve seguir adiante, pois o recém-empossado ministro presidente do Supremo Tribunal Federal, Cezar Peluso, que também preside o Conselho Nacional de Justiça, manifestou-se, expressamente, favorável à iniciativa (em entrevista concedida à Revista Consultor Jurídico, em 11 de agosto de 2010. Disponível on-line em: <http://www.stf.jus.br>

Atualmente, as políticas que visam efetivar medidas voltadas para a conciliação e a mediação no Judiciário, além de tomá-las por procedimentos análogos, também as veem como a solução para o colapso do sistema, hoje engolfado em processos que clamam pela prestação jurisdicional. Será que as ações de conciliar e mediar se transformaram em sinônimos de desafogar?

Ora, a Emenda Constitucional nº 45/2004 inseriu no artigo 5º da Constituição Federal¹⁶, que trata das garantias individuais dos cidadãos brasileiros, o inciso LXXVIII, alçando a celeridade à categoria de garantia constitucional. O efeito simbólico produzido por essa inserção levou os tribunais a adotar, desde então (embora outras ações já tivessem sido tomadas na tentativa de diminuir a quantidade de processos), medidas institucionais visando à celeridade processual. Muitas delas, como é o caso do Movimento pela Conciliação¹⁷, foram capitaneadas, como já mencionamos, pelo CNJ, criado pela mesma emenda. Mas parece que estas medidas objetivam exclusivamente a celeridade e, com isso, olvidam-se de outros fatores importantes para o jurisdicionado. Este, inclusive, não teve participação na escolha institucional (e unilateral) da celeridade como pauta atual dos tribunais.

Celeridade essa de difícil definição, uma vez que, como se sabe, a obediência aos prazos legalmente previstos para o início e o término dos processos é puramente teórica, como têm demonstrado as recentes pesquisas que examinaram os chamados fluxos processuais. O fato de que os processos que começam e terminam dentro dos prazos previstos em lei são exceções nos faz inquirir sobre os critérios, certamente extralegais, capazes de definir e determinar a morosidade e/ou a celeridade processual (RIBEIRO, 2009).

Uma questão relevante se coloca: a celeridade é um fator de qualidade da prestação jurisdicional ou uma medida voltada, exclusivamente, para a diminuição da quantidade e das pilhas de processos amontoados nos tribunais por suposta litigiosidade excessiva dos cidadãos brasileiros? E, seguindo essa linha de raciocínio: a implementação da mediação e da conciliação¹⁸ nos tribunais visa romper com a estrutura atual do processo, a fim de permitir que a administração de conflitos pelo Judiciário se dê com maior participação das partes, visando ao consenso e ao diálogo, ou se trata de mais uma medida, entre tantas outras, que visa, simplesmente, desafogar os tribunais a qualquer preço com a maior rapidez possível? Em suma: as medidas alternativas foram pensadas para atender aos anseios dos jurisdicionados ou do Judiciário?

16 Art. 5º, inciso LXXVIII, CF/88: "A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

17 No site do Conselho Nacional de Justiça encontra-se disponível amplo e diversificado material sobre o Movimento pela Conciliação. Acesso em: http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=7932&Itemid=973

18 É muito comum, por exemplo, em Juizados Especiais, constatar a representação da conciliação como uma ameaça por parte dos envolvidos, mais do que propriamente uma tentativa de harmonizar a relação das pessoas e discutir o conflito que as levou ao Tribunal. Uma senhora com quem conversamos após uma audiência conciliatória em um dos Juizados do Foro Central nos disse: "Eu me senti ameaçada pelo conciliador. Estou decepcionada. A conciliadora praticamente me obrigou a aceitar a proposta de R\$ 100 das Lojas Americanas. E eu aceitei. Isso não é acordo".

Referências

- AMORIM, Maria Stella de. (2006), “Juizados Especiais na Região Metropolitana do Rio de Janeiro”. Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro (SJRJ), nº 17, pp. 107-131.
- _____; KANT DE LIMA, Roberto [e] MENDES, Regina Lúcia Teixeira (orgs). (2005), Ensaio sobre a igualdade jurídica: Acesso à Justiça Criminal e direitos de cidadania no Brasil. Rio de Janeiro, Lumen Juris.
- AZEVEDO, André Gomma de (org). (2009), Manual de mediação judicial de conflitos. Ministério da Justiça do Brasil.
- BERMAN, Harold. (2004), Direito e Revolução: A formação da tradição jurídica ocidental. São Leopoldo, Editora Unisinos.
- BOURDIEU, Pierre. (1968), Campo intelectual e projeto criador. Em: Problemas do estruturalismo. Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, pp. 105-143.
- _____. (1989), O poder simbólico. Lisboa/Rio de Janeiro, Difel/Bertrand.
- BRASIL: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. (2006), Manual de implementação do projeto Movimento pela Conciliação.
- FERRAZ, Taís Schilling. (2007), A conciliação e sua efetividade na solução dos conflitos. Disponível (on-line) em: www.stf.gov.br/arquivo/cms/conciliar/ConteudoTextual/Conciliacao.
- FIGUEIRA, Luiz Eduardo. (2008), O ritual judiciário do Tribunal do Júri. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor.
- GARAPON, Antoine. (2008), Julgar nos Estados Unidos e na França: Cultura jurídica francesa e *common law* em uma perspectiva comparada. Rio de Janeiro, Lumen Juris.
- _____. (1997), Bem julgar: Ensaio sobre o ritual judiciário. Lisboa, Instituto Piaget.
- GRECO, Leonardo. (2009), Instituições de processo civil: Introdução ao direito processual civil. Vol. 1. Rio de Janeiro, Forense.

- KANT DE LIMA, Roberto. (2008), Ensaios de antropologia e de direito: Acesso à Justiça e processos institucionais de administração de conflitos e produção da verdade jurídica em uma perspectiva comparada. Rio de Janeiro, Lumen Juris.
- LEITE, Ângela Moreira. (2003), Em tempo de conciliação. Niterói, EdUFF.
- LUPETTI BAPTISTA, Bárbara Gomes. (2008), Os rituais judiciais e o princípio da oralidade: Construção da verdade no processo civil brasileiro. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor.
- NADER, Laura. (1994), A civilização e seus negociadores: A harmonia como técnica de pacificação. Conferência de abertura da XIX Reunião da Associação Brasileira de Antropologia. Niterói, ABA/PPGACP-UFF.
- _____[e] TODD, Harry F. (1978), The Disputing Processes: Law in Ten Societies. Nova York, Columbia University Press.
- OLIVEIRA, Marcella Beraldo de. (2010), Justiça do diálogo: Uma análise da mediação extrajudicial. Tese (doutorado). Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais, Universidade Estadual de Campinas.
- RIBEIRO, Ludmila Mendonça Lopes. (2009), Administração da Justiça Criminal na cidade do Rio de Janeiro: Uma análise dos casos de homicídio doloso. Tese (doutorado). Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro.
- SCHRITZMEYER, Ana Lucia Pastore. (2001), Controlando o poder de matar: Uma leitura antropológica do Tribunal do Júri – ritual lúdico e teatralizado. Tese (doutorado). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo.
- SCHUCH, Patrice. (2008), “Tecnologias da não violência e modernização da Justiça no Brasil: O caso da Justiça Restaurativa”. Trabalho apresentado na 26ª Reunião da Associação Brasileira de Antropologia. Porto Seguro.
- SIMIÃO, Daniel Schroeter. (2005), As donas da palavra: Gênero, justiça e a invenção da violência doméstica em Timor-Leste. Tese (doutorado). Programa de Pós-Graduação em Antropologia, Universidade de Brasília.